RUPTURA

Un libro de los estudiantes
de la Facultad de Jurisprudencia
de la Pontificia
Universidad Católica del Ecuador

Asociación Escuela de Derecho 2010
Libro N. 54

Coordinación y edición:

» Mauricio Maldonado Muñoz
» Diego Almeida Campana
» Juan Carlos Meza Aguinaga

Cevallos®
editora jurídica

AED
Asociación Escuela de Derecho

El libro "Ruptura", parte imborrable de la historia de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, hoy cuenta con más de cincuenta ediciones y, por ende, con más de cincuenta años de trajinar en nuestra memoria; que así siga siendo: larga vida al trascendente, memorable e histórico "Ruptura", el libro de los estudiantes de la Facultad de Derecho.

Mauricio
Maldonado Muñoz
PRESIDENTE AED 2010

Diego
Almeida Campana
VICEPRESIDENTE AED 2010

Ruptura N. 54

BIBLIOTECA

AED
Asociacion Escuela de Derecho
"HERNAN SALGADO PESANTES"

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros medios, sin el permiso previo y por escrito del editor.

AED

ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

RUPTURA N. 54

Cevallos
editora jurídica

2011

Editor: Mauricio Maldonado Muñoz

Ruptura N. 54

El contenido intelectual y de investigación de esta obra
son de responsabilidad exclusiva del autor.

Diagramación de texto y diseño de portada:
• Ing. Roberto Cevallos Añasco
Diseñador Gráfico
« cevallosluisroberto@hotmail.com »

Impresión: Fausto Reinoso,
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 203, Quito

ISBN 13: 978-9978-392-24-9
Derechos de autor: 037382
Edición: Quito, noviembre 2011.

A Hernán Salgado Pesantes,
maestro y amigo.

Las artes gráficas–digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y diagramación de texto, son propiedad de **Cevallos® editora jurídica** y no pueden ser utilizados por terceros bajo ningún concepto para trabajos gráfico–editoriales similares.

Mensaje del Consejo de Coordinación y Edición

El libro Ruptura es la única publicación de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; y, valga decirlo, este es un mérito que corresponde a sus estudiantes, representados por la Asociación Escuela de Derecho.

Esta publicación, prestigiosa como nutrida, ha sido, siempre, la oportunidad para que luzca la academia y para que resalte nuestro aporte jurídico e investigativo a la sociedad desde una reflexión profundamente democrática.

Hoy, después de un difícil trajinar para la historia del libro Ruptura, esta publicación vuelve a nuestras bibliotecas y lo hace cargado de importantes colaboradores nacionales y extranjeros.

En cuanto al contenido, pues, esta publicación pretende ser una de las mejores que se hayan editado desde que el libro Ruptura vio la luz.

De ese modo, a tiempo y sin contratiempos, les entregamos esta publicación dentro del plazo que nos habíamos fijado y que la normativa de la AED permite, tal cual solía realizarse.

Hemos ocupado este tiempo para que la publicación que tienen en sus manos sea el fiel reflejo de la excelencia académica y así queremos que permanezca en la memoria de la AED, tan valiosa como importante e histórica.

Agradecimientos

El Consejo Editorial y de Coordinación expresa sus más afectuosos y sinceros agradecimientos a nuestros articulistas: Héctor FIX-ZAMUDIO, Miguel CARBONELL, Víctor BAZÁN, Domingo GARCÍA BELAUNDE, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Jorge W. PEYRANO, Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Hernán SALGADO PESANTES, Rafael OYARTE MARTÍNEZ, Santiago GUARDERAS IZQUIERDO, Agustín GRIJALVA, Sonia MERLYN SACOTO, Pablo ORTIZ GARCÍA, Sandro VALLEJO ARISTIZÁBAL, Salim ZAIDÁN, Mauricio MALDONADO MUÑOZ, David CORDERO HEREDIA, Christian PAULA AGUIRRE, Juan José ALENCASTRO, Ismael QUINTANA GARZÓN, Gabriel SANTELICES, Francisco PUENTE.

Igualmente, y en homenaje póstumo, honramos la memoria de Juan LARREA HOLGUÍN (1927-2006), uno de los más destacados juristas de la historia del Ecuador.

Agrademos a nuestros distinguidos auspiciantes, empresas que colaboran a la academia y al desarrollo del país, quienes posibilitaron esta publicación: Estudio Jurídico Pérez, Bustamante & Ponce, Grant Thornton, Corporación de Estudios y Publicaciones, Agencia Nacional de Tránsito, UCEDA Challenger International American English, ASLEX Abogados (Auspiciante Edición Digital) y al Estudio Jurídico Izurieta Mora Bowen.

Agradecemos a la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y a sus autoridades: Dr. Santiago GUARDERAS IZQUIERDO (Decano), Dr. Wladimir GARCÍA (Subdecano); y, Dra. Ivette HABOUD (Secretaria-Abogada).

Un especial agradecimiento a los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la razón de todo esto.

Consejo Editorial y de Coordinación

Mensaje AED-PUCE 2010

La publicación del libro Ruptura No. 54 cierra un ciclo importante para las actividades de la Asociación Escuela de Derecho 2010 y para sus dignatarios.

A lo largo de nuestra gestión de la AED 2010, realizamos muchas y diversas obras que marcaron un período caracterizado por la recuperación de tradiciones y por el emprendimiento de proyectos que no se habían visto a lo largo de la historia de la Facultad.

Entre otras obras, la AED 2010 realizó el "Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional AED-PUCE" (Oct. 18, 19 de 2010) –cuyas memorias constan en esta obra-; conformó la FEUPRI (Frente de Estudiantes de las Universidades Privadas) para la generación de propuestas y defensa de la postura de las Universidades Particulares y Co-Financiadas para la Ley Orgánica de Educación Superior; organizó y/o coordinó más de 25 conversatorios y foros con la participación de ponentes nacionales y extranjeros (entre otros Eugenio Raúl ZAFFARONI, Víctor BAZÁN, Domingo GARCÍA BELAUNDE, Hernán SALGADO PESANTES, Rafael OYARTE MARTÍNEZ, César MONTAÑO, Sandro VALLEJO ARISTIZÁBAL, Sonia MERLYN SACOTO); co-organizó y/o apoyó diversas iniciativas académicas de estudiantes y profesores como las Jornadas de Técnicas de Litigio en Derechos Humanos, Jornadas Laborales, Jornadas Procesales, Primer encuentro de Centros Jurídicos de Atención Gratuita y otras; participó en diversos medios de comunicación, expresando su opinión sobre los temas más trascendentales para el país y luchando porque se respete el ordenamiento jurídico –poniendo, de nuevo, en la palestra las opiniones de la AED- (los principales medios fueron: Teleamazonas, Ecuavisa, RTU, Telesucesos, Sonorama, Radio Sucesos, Sistema de Radios Corape, Radio City, El Comercio); gestionó, puso en marcha y logró la construcción de la Sala de Lectura "Dr. Hernán Salgado Pesantes" con nuevas instalaciones en el octavo piso; dotó de nuevos códigos y algunas publica-

ciones a la Sala de Lectura; participó en el Consejo de Facultad defendiendo los derechos de los estudiantes y a sus legítimos intereses, siempre en sindéresis con sus necesidades y sin ninguna preferencia política; recuperó, para la Facultad, la Semana de Derecho, que se realizó en homenaje al natalicio de Hans Kelsen (con más de quince eventos en una sola semana); realizó concursos de oratoria, cuento y poesía, la tradicional noche bohemia, la semana de la memoria histórica de la Facultad, la tradicional "chanchada" junto al Decano, la colada morada y guaguas de pan, como tradición cultural nacional; adquirió, por gestión o por compra, un nuevo juego de muebles, nuevas carteleras, cámaras de seguridad para la Facultad, códigos, libros, becas para la participación de estudiantes en foros académicos; con la aprobación estudiantil reformó los Estatutos y logró que, por primera vez, las sesiones del Directorio sean abiertas al escrutinio público y que los miembros de la Junta de Facultad sean parte del mismo; promovió el diálogo democrático, respetando en todo momento las opiniones contrarias, aún cuando fuesen radicales, en el período de la AED 2010 no se gestó ninguna sanción disciplinaria, en todos los casos se implementaron mecanismos de diálogo; en conjunto con las Asociaciones Escuela de Administración, Arquitectura, Comunicación, Lingüística Aplicada e Ingeniería, la AED 2010 entregó de forma gratuita a todos los estudiantes la Agenda Cuaderno 2010 demostrando un trabajo eficiente en el que no se trasladaron costos a los estudiantes; participó en la reforma del Estatuto de FEUCE – Q y su reglamento de elecciones (llegando a ocupar la Vicepresidencia de la Asamblea de Estudiantes de la PUCE); conformó siete comisiones para descongestionar la actividad de la Asociación y poner en marcha proyectos puntuales; colaboró económicamente con nuestros representantes en los concursos de de derechos humanos en el extranjero, así como con otras iniciativas de estudiantes; prestó servicio de transporte nocturno; colaboró con diversas fundaciones de interés social, sobre todo con la Fundación GASKAVA, con quienes realizamos el más grande Tallarín de la Amistad, por los diez años de la Fundación, en diciembre de 2010. Además, la Asociación Escuela de Derecho 2010, realizó varios otros proyectos en los ámbitos académico, cultural, social y deportivo.

Estas obras, para quienes las vieron, vivieron y pueden dar fe de ellas, hablan solas de la gestión de la AED 2010; hemos dejado, pues, que hablen estos proyectos y no las excusas.

En lo demás, estamos orgullosos de haber entregado a nuestra querida Facultad nuestros mayores esfuerzos.

En cuanto a esta edición del libro Ruptura, esperamos que la sepan aprovechar, estamos seguros que es de altísima valía y que ustedes sabrán apreciarla en toda su dimensión.

Mauricio MALDONADO MUÑOZ
PRESIDENTE AED 2010

Diego ALMEIDA CAMPANA
VICEPRESIDENTE AED 2010

Índice

A manera de prólogo
Reflexiones sobre el Estado Constitucional
por Mauricio Maldonado Muñoz (Ecuador) 21

1. MEMORIAS "PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL AED-PUCE"
(18, 19 Octubre de 2010)

En torno al control de convencionalidad
por Víctor Bazán (Argentina) 37

El presidencialismo y sus alternativas
por Domingo García Belaunde (Perú) 61

El presidencialismo atenuado y su funcionamiento
por Domingo García Belaunde (Perú) 67

Autoritarismo e hiperpresidencialismo en el Ecuador
por Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) 85

El sistema ecuatoriano de justicia constitucional y la Corte Constitucional
por Rafael Oyarte Martínez (Ecuador) 107

¿Neoconstitucionalismo en el Ecuador?
por Salim Zaidán (Ecuador) 157

2. REFLEXIONES SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos
por Héctor Fix-Zamudio (México) 187

Los lenguajes alternativos como derecho a la libertad de expresión de las personas con discapacidad sensorial
por Christian Paula (Ecuador) 275

Las obligaciones internacionales de los Estados respecto a las personas privadas de su libertad
por David Cordero Heredia (Ecuador) 317

El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional
por Miguel Carbonell (México) 351

Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad
por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) 363

Nociones de Derecho Internacional Humanitario
por Juan José Alencastro (Ecuador) 413

3. EN TORNO A ALGUNOS TEMAS JURÍDICOS DE ACTUALIDAD

La anticoncepción de emergencia en el Ecuador: visión jurídica de un problema social
por Sonia Merlyn Sacoto (Ecuador) 431

Tutela cautelar o precautoria
por Santiago Guarderas Izquierdo (Ecuador) 449

La evidencia: un nuevo factor determinante del dictado de decisiones judiciales anticipadas
por Jorge W. Peyrano (Argentina) 467

Sobre la responsabilidad en materia tributaria en la legislación ecuatoriana
por Sandro Vallejo Aristizábal (Ecuador) 477

4. ENSAYOS JURÍDICOS CRÍTICOS

Consulta antigarantista
por Agustín Grijalva (Ecuador) 507

Reformas a la Constitución
por Pablo Ortiz García (Ecuador) 517

A propósito del "neoconstitucionalismo", ¿Corte Inconstitucional para el período de transición?
por Ismael Quintana Garzón (Ecuador) 527

El control constitucional de los decretos de estado de excepción: Una referencia a la declaratoria de estado de excepción en la Función Judicial
por Gabriel Santelices (Ecuador) 555

¿Crisis del iuspositivismo?: Aproximaciones desde el neoconstitucionalismo y el pensamiento latinoamericano
por Francisco Puente (Ecuador) 579

¿Puede la fe aportar algo al Derecho?: La respuesta de la Teología Jurídica
por Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (España) 587

5. EN HOMENAJE AL DR. JUAN LARREA HOLGUÍN (1927-2006)

El juicio reivindicatorio
por Juan Larrea Holguín (Ecuador) 629

A manera de Prólogo

Reflexiones sobre el Estado Constitucional

Mauricio MALDONADO MUÑOZ[1]

I

En historia constitucional suele hablarse de un constitucionalismo clásico[2], que coincide con la vigencia de un Estado liberal, normalmente llamado Estado de derecho, cuyo basamento se asentaba en los derechos de libertad y propiedad.

Esta etapa se ve influenciada (y seguramente debe su nacimiento), en el orden histórico, por los procesos acecidos en Inglaterra (donde puede ubicarse un largo trajinar "constitucionalizador"[3]), en Francia (con especial énfasis en la Revolución Francesa) y en Estados Unidos (en orden de la pro-

1. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Presidente de la Asociación Escuela de Derecho PUCE 2010.
2. Según algunos doctrinarios, entre ellos Horst DIPPEL y Charles Howard MCILWAIN, el constitucionalismo tiene simplemente dos etapas, un constitucionalismo antiguo y un constitucionalismo moderno, este último, acuñado en orden de los principios revelados en la llamada Revolución Americana, en la que Estados Unidos se independizaría y expediría su Constitución y sobre todo la Declaración de Derechos de Virginia. En este ensayo se prefiere dividir a la historia constitucional en una etapa preconstitucional, seguida por el constitucionalismo clásico y, finalmente, por el constitucionalismo social de posguerra. La clasificación antes referida (antiguo y moderno), sin decir que sea errónea, estimo que es fundamentalmente aplicable a la historia constitucional estadounidense, en la que sólo ha existido una Carta Fundamental. En casi todo el mundo, en cambio, el constitucionalismo ha respondido a una realidad diversa; de ahí que se haya preferido usar, en este trabajo, cuando se habla de historia constitucional, la clasificación que separa al constitucionalismo clásico del social.
3. Inglaterra, aún cuando allí se acuñaron diversos principios que formarían parte del movimiento constitucionalista y a pesar de que se vive un orden constitucional propiamente considerado, no cuenta hasta hoy con una Constitución escrita.

mulgación de su Constitución y otros instrumentos como la Declaración de Derechos de Virginia).

Lo mismo, pero en el orden doctrinario, el constitucionalismo clásico, se dice, se nutrió de la Ilustración (con preferencia en lo dicho por ROSSEAU, MONTESQUIEU y LOCKE) y la doctrina del *iusnaturalismo*, sobre todo en torno a la idea de la inherencia de los derechos humanos.

El Estado de derecho, según algunos, Estado legal de derecho, es un concepto de inspiración liberal que se entiende acuñado a la luz de la máxima *empire of laws, not of men.*

Ciertamente, en consonancia del momento histórico, la idea de un Estado de derecho resulta en un avance sustancial, pues hay que recordar que el constitucionalismo clásico trae consigo principios neurálgicos que aún hoy forman parte indefectible e inmutable de la doctrina constitucional, entre otros, la separación de poderes (separación de funciones según la teoría del poder único), la soberanía popular y, la ya señalada, existencia de derechos universales e inherentes.

Se dijo que los derechos de libertad y propiedad eran las piedras angulares del Estado de derecho (en el concepto clásico); justamente, y así lo advirtieron los movimentarios, sobre todo de tendencias socialistas, esta concepción carecía, al menos en lo fáctico, de un contenido social.

Las revoluciones de inspiración socialista, como la bolchevique o la mexicana, influenciarían, pues, decisivamente a la nueva concepción de Estado que empezaría ha gestarse: el Estado social de derecho. Otro tanto aportaría a esta concepción la experiencia devenida de las dos guerras mundiales. Estos procesos, difíciles y tortuosos para la humanidad, acarrearían la conciencia de la necesidad de un nuevo orden basado en la dignidad humana, más allá de la simple concepción liberal. A esta etapa se la conoce como constitucionalismo social (de posguerra).

El constitucionalismo social significaría el acaecimiento de patentes avances, sobre todo en materia de derechos fundamentales. En efecto, previamente a esta etapa, se proclamaban principios como el "sufragio universal", aún cuando, en la realidad, se trataba de un sufragio censitario y masculino; asimismo se hablaba de derechos inherentes a la persona, pero no se

practicaban los derechos más sustanciales para asegurar una vida digna. A manera de ejemplo, diremos que significativo es el papel que desempeñaría la clase obrera frente a las condiciones de trabajo que había creado la revolución industrial (los derechos de los trabajadores serían una de las más importantes conquistas)[4].

Posteriormente, y con el avance de la doctrina, se consolidarían ciertos preceptos que se volvieron, en cuanto al estudio del derecho constitucional, principios fundamentales, verdades apriorísticas, siempre tendientes a un orden cada vez más tuitivo de derechos humanos.

II

En aparente evolución, ciertos teóricos, en el contexto de un constitucionalismo contemporáneo, normalmente identificados en nuestro medio como neoconstitucionalistas, habrían inspirado, al menos en idea, la consolidación de un orden garantista y activista; lo que se expresaría en la visión de un Estado altamente proteccionista y garante de los derechos fundamentales.

Así, a manera de ejemplo y según los doctrinarios de la tendencia en nuestro medio, mientras en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 se hablaba de un Estado social de derecho (en consonancia del constitucionalismo social); en la Constitución de 2008 (aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008) se diría que el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1 Constitución de la República –2008–); definición, valga decirlo, aún sujeta a controversia.

Analizaré esta denominación por separado, como sigue:

El sustantivo "Estado", acompañado del adjetivo "constitucional", estimo que es la denominación que más se apega a una concepción propiamente científica del estudio del derecho constitucional, pues tal nominación, simple pero profunda en contenido, aún sin acompañarse de otros calificativos, sugiere la presencia de un Estado democrático[5], que en su concepción

4. Un estudio más detallado de los avances en materia de derechos fundamentales del constitucionalismo clásico al social se puede encontrar en esta obra en el artículo de Ismael QUINTANA.
5. Para SALGADO PESANTES "régimen constitucional" y "régimen democrático" son denominaciones sinónimas (Véase SALGADO PESANTES, Hernán; *Lecciones de Derecho Constitucional*; Ediciones Legales; Tercera Edición; Quito; p. 15).

moderna, según ciertos autores a veces ingenua y/o idealista[6], resulta ser, esencialmente, el Estado que se organiza con base en los derechos fundamentales como centro y fin de su funcionamiento y, luego, establecido el centro de ese funcionamiento, la organización estructural del Estado y sus instituciones, en un orden de pesos y contrapesos.

Resulta de particular interés, y no ha sido ajeno a los doctrinarios, también a los que han aportado a esta publicación, que la democracia se construye de preceptos, más allá de las opiniones mayoritarias. En efecto, lo que algunos llaman "democracia plebiscitaria" y que yo he preferido llamar "autoritarismo plebiscitario"[7], es, definitivamente, una deformación de la

6. ALEXY al hablar de las formas de contemplación de las relaciones entre derechos fundamentales y la democracia dice que pueden diferenciarse tres modelos o concepciones; una primera *concepción ingenua* en la que no existe conflicto entre los derechos fundamentales y la democracia; una segunda *concepción idealista* que supone que una reconciliación de los derechos fundamentales con la democracia no se encuentra en este mundo, sino en un mundo ideal (concepción platónica); y, una tercera, *concepción realista* que acepta dos presupuestos contrapuestos: 1. Los derechos fundamentales son profundamente democráticos; y, 2. Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos. Lo primero puesto que los derechos fundamentales aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento democrático. Lo segundo visto que los derechos fundamentales desconfían del proceso democrático. "Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentaria legitimada" (Véase ALEXY, Robert en Varios Autores; *Neoconstitucionalimo (s)* -Edición de Miguel CARBONELL-; Editorial Trotta; Cuarta Edición; 2009; ps. 37 y 38). Discrepo de la tercera de las concepciones porque estimo que el concepto moderno de democracia exige presuponer que los derechos fundamentales no sólo que tienen contenido democrático, sino que definen el sistema democrático mismo, aunque contradigan la opinión de una mayoría, que a diferencia de los derechos fundamentales no es definitoria del sistema democrático; esto se puede apreciar, por ejemplo en el ensayo de Norberto BOBBIO: "*La Regla de la Mayoría: límites y aporías*", en la que se atisba que la regla de mayoría (y por ende las decisiones mayoritarias) puede ser un aspecto de los sistemas democráticos, pero no define el sistema de modo alguno. Además, en lógica, dos afirmaciones contrapuestas no pueden ser ambas, a la vez, verdaderas; por lo que aceptar visiones contrapuestas resulta siempre erróneo.

7. Llamo 'autoritarismo plebiscitario' a la práctica en la que el gobierno "legitima" sus actuaciones autoritarias a través de las elecciones. Me opongo a la denominación 'democracia plebiscitaria' que se suele usar para denominar a esta forma de gobernar y la reemplazo por la denominación precitada, en primer lugar porque todos los sistemas democráticos son plebiscitarios (obviamente, no pueden ser exclusivamente plebiscitarios, porque la democracia se construye de otros preceptos; pero, en esencia, las elecciones son parte irrecusable de los sistemas democráticos), de modo que decir "democracia plebiscitaria" resulta tautológico y para nada es indicativo de lo que se busca referir (en todo caso, por ello, más valdría decir: "democracia exclusivamente plebiscitaria"). Si hablamos de autoritarismo plebiscitario, en cambio, excluimos de plano el concepto democracia, lo que estimo correcto porque un sistema electoral no es, de suyo, un sistema democrático (recuérdese la refe-

democracia propiamente dicha. De tal modo es cierto lo anterior, que si bien las democracias se asientan, también, en la existencia de elecciones y en decisiones mayoritarias devenidas de esos procesos, éstas no definen de modo alguno el sistema democrático, como se puede apreciar, por ejemplo, en BOBBIO, BAYÓN o DWORKIN.

Abandonando esta pequeña digresión, siguiendo nuevamente al texto de nuestra Constitución, la idea de un "Estado de derechos" parecería indicar, en el caso ecuatoriano, la convivencia de dos estatutos jurídicos en un orden constitucional único; esto es, la existencia de una administración de justicia ordinaria; y, de otra, encargada a los pueblos indígenas, la llamada justicia indígena, reconocida por nuestra Ley Fundamental (Art. 171 Constitución de la República –2008–). De todas maneras, el contenido de la denominación "Estado de derechos" parece ser altamente discutible.

Por último, el Estado de justicia, conforme a la ya tradicional conceptualización de GARCÍA DE ENTERRÍA quiere decir que "los poderes públicos,

rencia hecha a Bobbio), de tal suerte que referirse a un sistema de decisiones mayoritarias y llamarlo, por tal, democracia, es inexacto. En segundo lugar, me opongo porque en democracia hay decisiones que no pueden ser tomadas ni siquiera por mayoría (lo que Bobbio llama derechos contra la mayoría). Asuntos como la separación de funciones, las libertades inherentes a cada ser humano, la alternabilidad en el poder, la representación de las minorías, etc., no corresponden ser objeto de decisión de la mayoría, porque son conceptos prácticamente inmutables, esos sí, denotativos y definitorios de los sistemas democráticos. La denominación 'autoritarismo plebiscitario' resuelve estas antinomias pues, por definición, ningún autoritarismo es plebiscitario (como sí las democracias); de manera que esa caracterización dada al autoritarismo explica de modo idóneo una forma de desviación democrática, basada en un modelo autoritario. Si las decisiones autoritarias (entendiendo por éstas, a aquellas decisiones que están vedadas de ventilar a la mayoría –y que contrarían por ello el orden jurídico constitucional-) se "legitiman" con el consentimiento colectivo, entonces, existe, efectivamente, una forma de autoritarismo, pero no una forma tradicional de aquel, sino una forma "deformada". Lo que cambia, en ese supuesto, es la vía que se usa para aplicar las políticas autoritarias. Así, si en la concepción tradicional, la degeneración del sistema democrático es la demagogia (como en el concepto aristotélico), en una concepción moderna, la degeneración de la democracia es el 'autoritarismo plebiscitario'. El sustantivo 'autoritarismo', seguido del adjetivo 'plebiscitario', sugiere, entonces, la existencia de, al menos, dos aspectos concurrentes: i) Políticas contrarias al régimen democrático (políticas autoritarias); y, ii) Elecciones populares que amparan las decisiones anteriores. Así, el sistema aparece como democrático; de hecho, se pretende y propugna la existencia de un alto grado de participación democrática, porque se estima (ingenuamente o con conocimiento de causa) que esas decisiones están amparadas en la aprobación del pueblo (ficción jurídica y política) y que por ende son absolutamente válidas. Por supuesto que esta no es más que una verdad perogrullesca, visto todo lo que ya dejo sentado.

en todos sus ámbitos y manifestaciones, quedan sometidos al escrutinio judicial"[8]; en otras palabras, es el sometimiento del poder a la justicia.

Esta definición de nuestro Estado, según muchos, se habría determinado en inspiración neoconstitucionalista.

III

A menudo suele confundirse a la doctrina del llamado neoconstitucionalismo, con una nueva etapa de la historia constitucional, que habría arribado posteriormente al constitucionalismo social. Esta visión es errada. El neoconstitucionalismo no es una nueva etapa de la historia constitucional ajena al constitucionalismo social, todo lo contrario, es una teoría del derecho gestada dentro de esta etapa del movimiento histórico, jurídico y político; valga decirlo, una teoría aún en discusión.

Efectivamente, el neoconstitucionalismo, con sus diversas manifestaciones, más o menos radicales[9], no es una negación de la concepción social del Estado; de hecho, suele contextualizarse como una negación del Estado liberal, lo que es igualmente asociable a la visión histórica del constitucionalismo social de posguerra; de modo que entre estos aspectos no se pueden entrever diferencias que nos permitan distanciar al neoconstitucionalismo del constitucionalismo social (justamente porque no aparecen como opuestos).

Más aún, me parece que la propia denominación neoconstitucionalismo es errónea, pues el prefijo "neo" (del griego "nuevo"), contrasta con el reconocimiento de los estudiosos de que esta doctrina estuviera presente en las constituciones de Italia (1948) o España (1978) –y así otras tantas–[10], puesto que, si es cierta esta afirmación (que esas constituciones poseían ya elementos neoconstitucionalistas), decir que presenciamos un "nuevo" cons-

8. TAJADURA TEJADA, Javier; *Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público*; p. 180; publicado en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art8.pdf

9. Véase en esta obra el artículo de Agustín GRIJALVA: "Consulta antigarantista", cuando señala: "En realidad dentro de estas corrientes hay múltiples enfoques y debates, con importantes diferencias entre sus principales autores, como por ejemplo la existente entre el neoconstitucionalismo moderado o neopositivista de FERRAJOLI o PRIETO SANCHÍS, y el más radical de autores como DWORKIN, ALEXY o NINO. En todo caso, todos comparten su decidida preocupación por la eficacia de los derechos constitucionales".

10. Para la generalidad de la doctrina, estas constituciones son propias de una concepción social del constitucionalismo.

titucionalismo es, por lo menos, inexacto. Más valdría, por ende, utilizar una definición más propia, por ejemplo, constitucionalismo contemporáneo.

IV

Dije previamente que he preferido usar la denominación "Estado Constitucional" porque estimo que corresponde a un criterio propiamente científico de la doctrina constitucionalista, pues casi todas las otras caracterizaciones del Estado suelen acompañarse de una ideología política que aparece detrás y de algún modo deforma la doctrina; aunque esta aseveración resulta discutible (sin embargo, conveniente), como más adelante se verá.

Se atisbará, seguramente con mucho sentido, que es difícil desambiguar a la concepción del Estado de cualquier tipo de ideología política, pues el Estado está destinado insoslayablemente a una especie (cualquiera que sea) de manejo político-ideológico. Más aún, nuestra ciencia, y en general las ciencias sociales, son proclives a promover ideologías y mediante este elemento toman distancia respecto de otras ciencias.

BOBBIO, en brillante aserto, ha señalado que, justamente, esa particularidad distancia al estudio de nuestras ciencias de las ciencias naturales, puesto que "el criterio con el cual el científico social y el de la naturaleza afrontan el objeto de su investigación está influido por el hecho de que el primero considera que puede intervenir directamente en el cambio de la sociedad, mientras que el segundo no estima poder hacerlo en el cambio de la naturaleza (...) Se puede decir lo mismo de otro modo: mientras una teoría sobre algún aspecto de la naturaleza es una teoría y basta, **alguna que se refiera a algún aspecto de la realidad histórica y social casi siempre es también una ideología**, es decir, un conjunto más o menos sistematizado de evaluaciones que debería inducir a quienes la escuchan la preferencia de un estado de cosas en lugar de otro"[11/12].

El llamado neoconstitucionalismo, en tanto teoría del derecho, por supuesto, en orden de la explicación anterior, es, verdaderamente, una ideología y como tal sugiere la preferencia de un estado de cosas en detrimento

11. BOBBIO, Norberto; *La Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*; Fondo de Cultura Económica; primera edición en español 1987; octava reimpresión; México; 2000; p. 10.
12. El énfasis es añadido.

de otro. El neoconstitucionalismo podría caracterizarse, a ese efecto, como una ideología jurídica.

Este estado de cosas propuesto parece corresponder, efectivamente, a un proceso de avance interpretativo y proteccionista de los derechos fundamentales; de modo que, de principio, resulta ilógico observarlo con escepticismo. Empero, creo del caso señalar que algunas propuestas de esta teoría (que no todas resultan dotadas de la suficiente novedad), contrastan, al menos en el caso ecuatoriano, con una realidad totalmente diversa. Entre otros aspectos, valga decirlo, la discrecionalidad atribuida a los juzgadores, aunque aparezca como buena ante una visión positiva y optimista, puede propender peligrosamente a la inseguridad jurídica en un Estado des-institucionalizado como el nuestro.

Para mí, con el objetivo de arribar a la consolidación de un Estado constitucional, más que proponer teorías-ideologías (o primeramente a hacerlo), debemos procurar la institucionalización estructural del Estado.

Las instituciones bien consolidadas se blindan de las ideologías políticas (no necesariamente de las jurídicas –o al menos las encaminan en el ámbito institucional–) y aparecen, más bien, como productos sólidos sujetos a regulaciones definidas y, en el ideal democrático, a un sistema de pesos y contrapesos que asegura la vigencia del orden constituido.

Empero lo anterior, el lector de esta obra, apreciará patentes discusiones alrededor del llamado neoconstitucionalismo[13], visiones a veces contrapuestas que, por cierto, enriquecen a esta obra y dejan abierta la posibilidad de tomar una postura razonada a quien tiene en sus manos esta publicación.

V

Retomo la idea del Estado constitucional, el que ya había señalado que es, de suyo, Estado democrático; de modo que, en ese orden, bien puede hablarse de una "democracia constitucional", como dice el profesor SALGADO PESANTES, conceptuada como "una forma de gobierno y un estilo de vida"[14].

13. Diferentes puntos de vista pueden encontrarse en Salim Zaidán, Agustín GRIJALVA, Ismael QUINTANA o Eduardo PUENTE, en los artículos con que han participado en esta obra.
14. Véase el artículo del profesor Hernán SALGADO PESANTES, publicado en esta obra: "Autoristarismo e Hiperpresidencialismo. La democracia plebiscitaria como forma de gobierno".

Justamente este autor estima que la denominación "democracia constitucional" (siguiendo a FRIEDRICH, LOEWENSTEIN y otros) resulta más precisa que otras denominaciones como "democracia liberal" o "democracia socialista", porque cualquiera de estos nombres la condena a un inconveniente reduccionismo.

A pesar de lo anterior y siempre que hablar de democracia o de Estado constitucional, resulta, como se puede colegir, mucho más conveniente, científicamente exacto y más cercano a la ideología jurídica y más lejano a la ideología política; no puede escapar a nuestro entendimiento que la democracia, *per se*, posee un fuerte contenido ideológico social y, también, profundamente liberal[15], razón por la cual, sin dejar de tener en cuenta aquello, queda de relevancia que la democracia constitucional sitúa, a manera de eclecticismo, la preponderancia de la doctrina constitucionalista aplicada a la forma de gobierno.

Por supuesto que este Estado constitucional, para que exista, más allá de lo simplemente normológico, debe hacerlo en la realidad. La Constitución para configurarse en el Estado democrático-constitucional, debe ser una Constitución fáctica, vivencial (en oposición a la idea de las "constituciones de papel"). De ahí que, evidentemente, los preceptos que delinean y delimitan el concepto "Estado constitucional" deban ser capaces de ser palpados y medidos en torno a su grado de cumplimiento (lo que configurará la tendencia a la institucionalización).

VI

Dentro del marco del estudio del derecho constitucional es de necesaria referencia el estudio del derecho internacional de los derechos humanos (cuyo respeto asegura, al menos dogmáticamente, el Estado democrático-constitucional). Precisamente, en erudito trabajo que acompaña a esta obra, el maestro FIX-ZAMUDIO nos habla de una creciente vinculación y de relaciones cada vez más estrechas entre estas ramas: el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos[16].

15. NINO utiliza recurrentemente el término democracia liberal.
16. Véase el artículo con que participa en esta obra el maestro Héctor FIX-ZAMUDIO: "La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos".

Respecto a estos tópicos se hallarán en esta publicación importantes reflexiones sobre temas tan trascendentes como relevantes como el control de convencionalidad[17], o altos aportes investigativos relacionados al alcance y fundamentos de algunos derechos fundamentales[18]. Llamará la atención el pequeño pero profundo ensayo del profesor CARBONELL, quien al hablar del fundamento del derecho a la libertad de expresión nos hará reflexionar, desde su propia postura, sobre nuestras actuales circunstancias y sobre la importancia de este derecho, que tanta cola ha traído en los últimos tiempos en el caso ecuatoriano.

El estudio de los derechos humanos, como se entrevé, es uno de nuestros mayores intereses.

VII

Dentro del estudio del derecho constitucional; el derecho procesal constitucional resulta alto trascendente[19] y, ciertamente, es punto cardinal en el estudio del Estado constitucional, al menos en torno a su eficacia.

Un aspecto del estudio de esta rama del derecho, lo comprende el control de constitucionalidad, cuyo aporte más importante a esta obra lo realiza el profesor OYARTE MARTÍNEZ; en un tema que aparece como imprescindible para reconocer, en un orden moderno, la vigencia de un Estado constitucional fáctico[20]; puesto que como lo señala este autor en una de sus obras: *"El control de constitucionalidad busca el mantenimiento de los principios de supremacía constitucional y de regularidad del ordenamiento jurídico, impidiendo que las normas inferiores alteren o contradigan las disposiciones constitucionales"*[21].

17. Véase los artículos sobre este tópico con que aportan los profesores Víctor BAZÁN y Eduardo FERRER MAC-GREGOR.
18. David CORDERO y Christian PAULA realizan importantes aportes sobre los derechos de las personas privadas de su libertad, el primero; y, sobre el derecho a la libertad de expresión de las personas con alguna discapacidad sensorial, el segundo.
19. En el caso ecuatoriano cobra alta relevancia la evidente inconstitucional toma de competencia de la "Corte Constitucional para el período de transición" del ahora extinto "Tribunal Constitucional". En esta obra, este tópico puede verse en el aporte de Ismael QUINTANA.
20. El que pervive en la realidad más allá de la sola declaración de las normas jurídicas (con énfasis en la Constitución); y, más allá de la existencia de una carta fundamental.
21. OYARTE MARTÍNEZ, Rafael; *Curso de Derecho Constitucional- Tomo I*; Fundación Andrade & Asociados – Fondo Editorial; Primera Edición; Quito; 2007; p. 19.

Alrededor del estudio del Estado constitucional, justamente por estas razones, se dice que su basamento estriba en la co-existencia de tres principios: i) juridicidad (concebido con el respeto al ordenamiento jurídico íntegramente considerado y a sus fuentes y valores fundamentales); ii) control (que implica la sujeción al Estado de justicia y, en materia constitucional, el control de constitucionalidad y la justicia constitucional[22]); y, iii) responsabilidad (el reconocimiento de que las autoridades sujetas a control están en total aptitud de responder por sus actos u omisiones).

Este breve proemio introducirá al lector a un transitar interesante y reflexivo sobre algunas materias jurídicas de relevancia, especialmente sobre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Es esa la intención, y no otra, la de esta publicación, el llevarnos hacia la discusión y aporte jurídicos que nos permitan caminar hacia la imposición de un Estado constitucional real; el que, en la mayoría de los casos, ha estado alejado de la realidad latinoamericana y que, a veces, transita peligrosamente por el autoritarismo.

El deber de la academia no es otro, pues, que el de aportar desde la ciencia y la conciencia a la constante superación y al mejoramiento perenne de nuestras condiciones de vida.

22. Aunque control de constitucionalidad y justicia constitucional son conceptos generalmente asimilables, es más preciso diferenciar al control en cuanto se refiere a la potestad de legislador negativo (expulsión del ordenamiento jurídico de las normas declaradas inconstitucionales por inconformidad con el ordenamiento constitucional); mientras que la justicia constitucional refiere, de modo general, la administración de justicia en esta materia cuando los ciudadanos buscan el reconocimiento o la declaración de un derecho constitucional (normalmente amparado en las acciones jurisdiccionales).

AED

Asociación Escuela de Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SERÉIS MIS TESTIGOS

Asociación Escuela de Derecho 2010

Mauricio Maldonado Muñoz
PRESIDENTE

Diego Almeida Campana
VICEPRESIDENTE

Emilio Suárez
CONSEJO DE FACULTAD PRINCIPAL

Cristina Sánchez
CONSEJO DE FACULTAD SUPLENTE

Paúl Noboa
SECRETARIO

Cristina Pérez
SECRETARIA ADJUNTA

Directorio:

Juan José Alencastro
Lorena Jarrín
Christian Paula
Estefanía Ríos
Ana Cristina Burneo

Junta de Facultad:

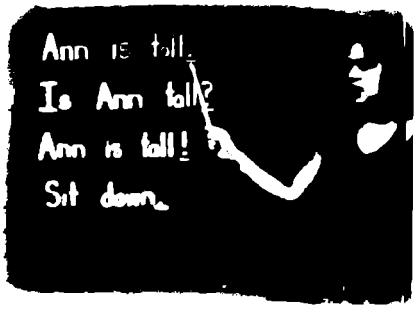
Gabriela Tamariz
Jorge Fernández
Ismael Quintana
Gabriela Flores
Cristian Crespo
Karina Larrea
Fernanda Merchán
Martha Vargas
Carolina Calderón

UCEDA INTERNATIONAL

CHALLENGER AMERICAN ENGLISH

UCEDA INTERNATIONAL, la Academia de Inglés No. 1 en los EEUU de Norteaméric con el objetivo de apoyar el desarrollo individual, empresarial y las mejores opciones d trabajo, comunicación y viajes, le brinda la oportunidad de obtener:

1.- Diploma Internacional emitido por el Departamento de Educación de New York. (Suficiencia
2.- Diploma del Ministerio de Educación del Ecuador. (Suficiencia)
3.- 2 Niveles Superiores: Fonética Correctiva — Preparación TOEFL / SAT / GRE / IELS.
4.- Estudios en los EEUU / Alemania legalmente.
5.- Clases completamente personalizadas.
6.- Becas de Estudios a través del IECE.
7.- Solicite Crédito Educativo IECE.
8.- Nivelaciones para todas las edades.
9.- Cursos Vacacionales.
10.- Traducciones.
11.- Clase demostrativa completamente gratuita.



METODOLOGÍA 100% INTERACTIVA — CONVERSACIONAL



Av. América N32124 y Atahualpa (junto a clínica Internacional) • Telf.: 3201001 Cel.: 084493403 / 091325771
Ulloa N31-181 y Mariana de Jesús (Diagonal al Banco Oncológico) • Telfs: 2909053 / 2569249 Cel.: 084629889
WEB: www.uceda.org / www.ucedaworldwide.com
E-mail: quito@ucedaworldwide.com / uceddachallenge.quito@yahoo.com

1.

MEMORIAS
"PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL AED-PUCE"
(18, 19 Octubre de 2010)

EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Víctor BAZÁN(*)

I. Consideraciones previas

En el presente trabajo se abordará la importancia del "control de convencionalidad" a cargo de los jueces nacionales, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de "Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos", Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la "Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Civil Constitucionalizado", Facultad de Derecho, Universidad de Palermo (Buenos Aires). Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", del Centro de Derechos Humanos de la Universidadde Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y paralelamente Director de la Sección "Derechos Humanos" de dicha Asociación. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Autor, coautor y coordinador de aproximadamente setenta (70) libros y doscientos (200) artículos y notas en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Ha realizado diversas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, EE.UU., Guatemala, México, Perú, Uruguay, Venezuela.

Además, se argumentará sobre la importancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un "diálogo jurisprudencial" entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del tribunal interamericano.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del "control de convencionalidad".

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable cooperación entre ambas instancias no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro homine* de los derechos humanos.

Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la "fuerza normativa" que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la exégesis que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad de la persona*.

II. La cuestión y su contexto

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

Dichas coordenadas permiten comprobar que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional. Por cierto, no ignoramos que esta última ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–, párr. 2°) y que

la pauta de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma PÉREZ TREMPS *"...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar esta y fomentar su mayor eficacia"*[1].

Es innegable que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales de la persona, sobre todo, en un momento como el actual en el que –en general– los escenarios constitucionales de los países latinoamericanos están inmersos –al menos desde el discurso– en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto –en su caso– en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional (v.gr. de la Corte IDH[2]), la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano[3], el previo agotamiento de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta en el espacio nacional o no reparada integralmente en éste) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso.

1. PÉREZ TREMPS, Pablo, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.
2. Cfr. art. 68.2 de la CADH.
3. Cfr. art. 46.1.a de la CADH.
   Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

Deviene así indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convenciónde Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969[4], se refiere al *ius cogens*, señalando: "*una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario* y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" –remarcado agregado–.

Puede observarse que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organizaciónde Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación *–inter alia–* de "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que en definitiva son los aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las "naciones civilizadas" son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*, desde que –como anticipábamos– se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al ritmo de una lógica compleja y origina una urdimbre de relaciones a veces conflictivas.

4. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

III. ¿De qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad?

1. Marco de análisis

En cualquier intento propositivo mínimamente serio en torno al tema que enfocamos, no puede prescindirse de ciertos elementos jurídica y axiológicamente relevantes.

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

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacuo argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo[5].

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

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

2. Un intento primario de deslinde conceptual

Un acercamiento conceptual bastante elemental nos permitiría adelantar que el control de convencionalidad se mueve en dos planos:

Uno de ellos, que se despliega en *sede nacional* y se encuentra a cargo de los magistrados locales, consiste en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales.

El restante, desarrollable en el *ámbito internacional* y que ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH aunque sin ser rotulada como "control de convencionalidad", consiste en que ésta debe juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la vigencia suprema del Pacto de San José de Costa Rica o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Asimismo, y como se ha explicado, tal fiscalización de convencionalidad igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) *"para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad"*[6].

3. La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH

Efectuadas las precedentes alusiones descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución "control de convencionalidad" ha tenido en el seno de la Corte

6. Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 26, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2008, p. 46.

Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Al parecer, fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, en su voto concurrente razonado emitido en el *"Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala"*[7], quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte(párr. 27).

Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el *"Caso Tibi vs. Ecuador"*[8], el nombrado jurista –luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales– señaló que aquélla *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo "conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía" (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el *"Caso López Álvarez vs. Honduras"*[9], y al analizar la duración razonable del proceso penal, GARCÍA RAMÍREZ indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"–, debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el *"Caso Vargas Areco vs. Paraguay"*[10] (resuelto el mismo día que el "Caso Almonacid Arellano vs. Chile", del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal interamericano precisó que éste "tiene a su cargo el 'control de convencionalidad' fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la ConvenciónAmericana" (párr. 6), pudiendo sólo

7. Corte IDH, "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.
8. Corte IDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.
9. Corte IDH, "Caso López Álvarez vs. Honduras", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.
10. Corte IDH, "Caso Vargas Areco vs. Paraguay", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

"confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convenciónу resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza" (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión "control de convencionalidad", ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *transmite* una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad desplegable en sede interna.

Se trata del anunciado "Caso Almonacid Arellano vs. Chile", en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

> "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*"[11] (remarcado añadido).

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio.* Así, en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso", puso de manifiesto que *"...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' **ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de*

11. Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.
También lo ha expresado, v.gr., en el "Caso La Cantutavs. Perú", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes..."[12] (párr. 128); tópico que retomaremos.

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

En efecto, mientras que en "Almonacid Arellano vs. Chile" la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de "control de convencionalidad"*, en "Trabajadores Cesados del Congreso" puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una "*especie* de control de convencionalidad", sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

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

4. Propósito genérico del control de convencionalidad

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

12. Corte IDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.

Es ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona GARCÍA RAMÍREZ (en su voto razonado en el mencionado "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú"), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH,

> "no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y aplicación', éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales"[13].

5. Parámetro de control de convencionalidad

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

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el nombrado "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega "en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicaciónde la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera" (párr. 2).

13. Corte IDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", cit., voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8.

6. Alcance del control de convencionalidad

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

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

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

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

En el marco de este acercamiento sintético al punto, puede apreciarse que de hecho la Corte IDH ha ejercicio en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo, traer a colación aquí el fallo pronunciado en el *"Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile"*[15], donde decidió que el Estado debía "*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*" (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

13. Corte IDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", cit., voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8.
14. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización", Serie A, N° 4.
15. Corte IDH, "Caso 'La Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

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

7. Sobre el control de convencionalidad ex officio

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

> "por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la 'piedra de toque' del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal"[16].

La propia Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues –basándose en el citado principio *jura novit curia*–, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión Interamericana en el escrito de demanda o los representantes de la víctima en sus presentaciones. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudenc-

16. JIMENA QUESADA, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.
Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: "Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces" ("La vinculación del juez...", cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

cia internacional) *"para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella,..."*[17].

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

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

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que ostenta cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes[18].

Para cerrar el tratamiento del punto, refiriéndonos expresamente a nuestro país, en un reciente fallo ("Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación"[19], de 31 de agosto de 2010), la CorteSupremadejó en claro su permeabilidad a receptar tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad *ex officio*. En efecto, en el

17. Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, "Caso Godínez Cruz vs. Honduras", Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y "Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.
18. Para redactar este párrafo, nos servimos *–mutatis mutandi* – de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.
19. *Fallos*, 333:1657.
Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

consid. 10 del pronunciamiento, expresó que "...con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117[20]). Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDHen el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú', del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".

IV. Hacia un diálogo interjurisdiccional crítico

1. Un caso testigo

Previo a desarrollar específicamente el tópico que se anuncia en el epígrafe, es preciso efectuar una breve digresión sobre un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJ): *"Espósito, Miguel Ángel"*[21], de 23 de diciembre de 2004, que nos servirá de soporte y caso testigo para algunas de las apreciaciones argumentales que *infra* efectuaremos.

En "Espósito", y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJ exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente[22] el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fue-

20. Se refiere al caso "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", de 19 de agosto de 2004.
Suscribieron el decisorio los ministros Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Higthon de Nolasco; mientras que por su voto se pronunció el entonces Presidente del Tribunal doctor Petracchi.
21. *Fallos*, 327:5668.
22. Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

ron juzgados por aquel Tribunal interamericano, cuyas decisiones –sostuvo la CSJ– resultan de "cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el *"Caso Bulacio vs. Argentina"*[23], en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

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

En síntesis, la CSJ no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que "se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar

23. Corte IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional" (consid. 15 de la mayoría).

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta vaivenes[24]) exhibe la CSJ en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial[25], aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

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

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

24. Ver sobre el particular Bazán, Víctor, por ejemplo, en "La Corte Supremade Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno", Revista de Derecho Político, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.
25. Entre otros trabajos de Bazán, Víctor, compulsar "El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos", *La Ley. SuplementoExtraordinario Constitucional. 75° Aniversario de La Ley*, agosto de 2010, Buenos Aires, pp. 1/17.

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

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

> "el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana[en "Espósito"] ... Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*"[26] –énfasis añadido–.

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

> "la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*"[27] –remarcado agregado–.

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

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación 'pro homine' de los derechos humanos*. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"[28].

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del "margen de apreciación nacional", de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y escasa receptividad en la praxis interamericana, responde –en la percepción de García Roca– a "una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona"[29].

Naturalmente, el empleo de dicho "margen de apreciación nacional" habría de ser prudente y razonable para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Por lo demás, y como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el "Caso Cepeda Vargas vs. Colombia" de la Corte

27. Basch, Fernando, "Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios", borrador del trabajo presentado a las Jornadas "Una Constitución para el Nuevo Siglo", 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (*http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc*).
28. Landa, César, "Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.
29. García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

IDH[30], "Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corteen un proceso que podríamos llamar de 'nacionalización' del derecho internacional de los derechos humanos. Para que *ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita*" –énfasis agregado– (párr. 33).

V. Epílogo

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

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

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

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones a veces tensionales.

30. Corte IDH, "Caso Cepeda Vargas vs. Colombia", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

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

Una se desarrolla en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar (incluso de oficio) la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

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

4. Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, e impregnen toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales[31].

31. Cfr., *mutatis mutandi*, Jimena QUESADA, Luis, ob. cit., pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

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

El juez de la Corte IDH, GARCÍA-SAYÁN, en su voto concurrente emitido en el "Caso Cepeda Vargas vs. Colombia", ha precisado que "*...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos*. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos" –subrayado nuestro– (párr. 30)[32].

5. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

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

6. El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de

32. Corte IDH, "Caso Cepeda Vargas vs. Colombia", cit. en nota 30.

ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7. De su lado, y en un marco general de discusión, es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un *diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo,* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Uno de los ingredientes para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre ambas jurisdicciones podría centrarse en el recurso a la doctrina del "margen de apreciación nacional", de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

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

En suma, que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación y no un margen de arbitrariedad.*

8. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad,

tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados[33].

Nunca es sobreabundante recordar que las disposiciones y principios sobre derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*, que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos y que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins[34]– que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano.*

33. Ver, por ejemplo, Corte IDH, OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, párr. 29, p. 44.
Un análisis de tal opinión consultiva puede consultarse en BAZÁN, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en BIDART CAMPOS, Germán J. et al., Derechos humanos. Corte Interamericana, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza, 2000, pp. 91/165.

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

EL PRESIDENCIALISMO Y SUS ALTERNATIVAS (*)

Domingo GARCÍA BELAUNDE[1]

En los últimos tiempos ha habido un largo debate en América Latina en torno al presidencialismo, que en realidad casi se circunscribió a los círculos académicos, sobre la necesidad de modificar el sistema presidencial de gobierno y remplazarlo por uno de corte parlamentario. Los argumentos eran muy variados para tal tesis, pero podríamos decir que se reducen básicamente a uno: el excesivo poder que tiene el presidente en nuestros países y la debilidad en la cual quedan los demás actores políticos. Todo lo cual conduce a la inestabilidad, a los cambios frecuentes. En fin de cuentas, no produce gobernabilidad, sino todo lo contrario.

El que inició el debate fue un conocido sociólogo español pero afincado en los Estados Unidos, Juan J. LINZ, hombre reputado y de gran formación, y a quien al parecer algunos de sus colaboradores latinoamericanos le "vendieron" esa idea, en especial Arturo Valenzuela, politólogo chileno que ejerce la docencia en los Estados Unidos y que ocupa actualmente un alto

(*) Exposición en el Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional AED-PUCE, Asociación Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, 18-19 de octubre de 2010).

1. Letras y Filosofía (Universidad Católica 1961-63 y Universidad de San Marcos, 1963-65). Derecho (Universidad Católica, 1963-67). Doctoral en Derecho (Universidad de San Marcos, 1968). Programa de Investigaciones (Universidad de Wisconsin, U.S.A., 1969). Auxiliar Instructor de la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1964-67). Profesor ordinario de la Universidad de Lima (1984-2000) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia (1992) Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México (1987). Miembro de diversas asociaciones jurídico-constitucionales de América Latina. Fundador y directivo del Instituto Iberoamericana de Derecho Constitucional (con sede en México). Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor Honorario de la Universidad de San Agustín, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad San Luis Gonzaga, Universidad Peruana "Los Andes", entre otras. Abogado en Ejercicio y conferencista internacional Miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores (1985-1992) y de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1996-1999) y de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima.

cargo en la secretaria de Asuntos Hemisféricos de los Estados Unidos, en lo referente a Latinoamérica, si bien en forma temporal, pues en algún momento tendrá que volver a la docencia en la Universidad de Georgetown. El enfoque de LINZ (que se radicaliza a partir de los noventa del siglo pasado) es muy analítico en lo referente a la estructura y funcionamiento del poder presidencial en nuestra América y en ese sentido, salvo ciertas exageraciones en las que ha incurrido –como profetizar que el presidencialismo fracasará irremediablemente y a muy corto plazo– es acertado en su análisis. Todo esto estudiado con detalle en varios de nuestros países, pero no en todos.

El amplio análisis hecho por LINZ ha tenido, por cierto, sus impugnadores. El más notable de ellos sin lugar a dudas es Dieter NOHLEN, quien le ha salido al frente con tesis muy solventes, que en mi opinión, son definitivas.

El problema fundamental es que LINZ incurre, lamentablemente, en un error de laboratorio. Es decir, analiza con rigor el funcionamiento del sistema presidencial en América Latina –si bien algo cargado con valoraciones no siempre favorables– y de ahí da un inmenso salto teórico para declarar que todo esto se salva con la adopción de un modelo parlamentario, casi como por arte de magia. Es decir, sustituye una realidad con todas sus limitaciones, por algo que no existe, una suerte de espejismo seductor.

La tesis de LINZ es cierta en lo que afirma y falsa en lo que niega, según el viejo aforismo de LEIBNIZ. Es decir, es correcto que el presidencialismo –por lo general– acumula mucho poder y en veces se excede, llegando incluso a dictaduras que en parte aun existen y que tanto abundaron en el pasado, sobre todo en el siglo XIX. Pero de ahí no puede deducirse inexorablemente que el parlamentarismo sea la solución más adecuada. Y en realidad, en el mundo occidental solo tenemos estos dos sistemas, si bien es cierto que con multitud de matices, pues no existe un solo presidencialismo o un solo parlamentarismo, sino varios. Por lo tanto la tesis es un producto teórico y fruto de laboratorio, que además es insuficiente.

Algunos de los puntos que no considera LINZ son los siguientes:

a) Que todo sistema político es un producto histórico,

b) Que los modelos y conductas políticas no se pueden cambiar de la noche a la mañana,

c) Que la gobernabilidad no se obtiene necesariamente cambiando de sistema de gobierno,

d) Que el parlamentarismo necesita un electorado con un mínimo de conciencia cívica, una tradición de tolerancia y además la existencia de partidos políticos sólidos e instituciones estables,

e) Que aun así, en los sistemas parlamentarios existe la tendencia a concentrar el poder y tener periodos largos de gobierno y eso conduce también a las crisis,

f) Que los sistemas de gobierno en general no son ni buenos ni malos, sino simplemente adecuados o no adecuados, y además es muy importante que funcionen o no funcionen,

g) Finalmente, se requiere una opinión política favorable a ella.

Sin ánimo de agotar la lista, podemos pues decir que el esfuerzo de LINZ, debidamente respondido por NOHLEN, ha sido teórico en exceso y a la larga falso. Olvida además la historia de numerosos experimentos parlamentarios o semi-parlamentarios que han existido en América Latina y que han fracasado. Y descuida también el hecho que el presidencialismo cuando se exacerba –caso de la Argentina y en su época en México– cuenta con amplio respaldo en la opinión publica, pronta a apoyar cualquier exceso parlamentario o presidencial.

Lo que importa en todo sistema, es que existan controles, como pueden ser poderes u órganos constitucionales, grupos de opinión y de interés, opinión pública y partidos políticos formados y con conciencia democrática. Cuando esto no existe, ocurren los desbordes que vemos (sobre todo en Venezuela y Bolivia).

Cambiar de un sistema a otro no es tan fácil. No se trata de oponer un sistema a otro, sino saber si ese cambio es posible, no en forma violenta, sino en forma paulatina. Y esto se puede hacer teóricamente, pero en la práctica es muy difícil. Hemos tenido varios intentos de parlamentarizar nuestros sistemas presidenciales, y sus resultados han sido modestos, sobre todo en nuestra área y muchas veces fallidos (como el caso de la Argentina). La solución, pues, no va por ese lado.

Conviene ahora hacer un pequeño recuento histórico y ver porqué nuestros pueblos han optado por el presidencialismo. Esto tiene varias razones. Por un lado, las civilizaciones precolombinas, sobre todo las más elaboradas, eran de hecho gobiernos fuertes y autoritarios. Luego con la conquista española y portuguesa, se acentuó ese carácter y la participación de los criollos o nacidos en estas tierras fue muy tenue. De hecho, con la sola excepción del Brasil –que fue imperio de 1822 a 1889– toda la América hispana empezó un proceso independentista en 1809, primero de la mano de los cabildos y luego con los caudillos locales. Los cabildos fracasaron en todas partes, con la excepción de la Argentina, y eso dio lugar a la aparición de caudillos primero y luego de dictadores y hombres fuertes y providenciales. Argentina, que sobrevivió sin ellos, cayó en un caos total y terminó en la larga dictadura de Rosas: al final el país solo se constituyó como tal en 1853. Es decir, fue prácticamente el primero en independizarse, pero el último en configurarse como país.

En los hechos, el proceso independista duró quince años, que fueron de guerra inclemente y además de desgaste de energías, pues todos nuestros países acabaron más o menos quebrados. Así, en ese periodo es que se fueron gestando diversos modelos, básicamente la monarquía –que contó con muchos adeptos– y la república presidencial, por influencia de los Estados Unidos. No había más en el panorama y por tanto no podía tomarse un modelo –el parlamentario– que no existía. Es decir, no existía tal como luego se consolidó, pues en Inglaterra las bases se ponen con la Gloriosa Revolución y culminan, en cierto sentido, con las reformas de 1832. Además, no podía considerarse los modelos o proyectos gestados en Inglaterra, que era una monarquía casi absoluta. Ni tampoco los que hubo en Francia, pues estaban mezclados con la revolución francesa y sus excesos y luego con el imperio napoleónico. No había, pues, más modelo que optar –sobre todo para los liberales– que la república presidencial, cuyo único y exitoso modelo eran las antiguas colonias inglesas del norte, que entonces, aun cuando parezca curioso, eran revolucionarias. El ejemplo de los Estados Unidos con su Constitución –la primera del mundo– su sistema presidencial y su esquema federal, fueron decisivos en los nuevos países que surgían luego de obtener su independencia del Imperio español.

* * * * *

Si aceptamos lo antes expuesto, creo que debemos llegar a la conclusión que las tesis que postulan el parlamentarismo, sin ser desechables, son en todo caso prematuras y tendrían que esperar pasar lentamente por la prueba de los hechos, si bien la experiencia histórica nos dice que esto no ha funcionado hasta ahora. Y al parecer, no funcionará.

Nos quedaríamos, pues, con el sistema de gobierno presidencial, que indudablemente debe ser repensado, o si se quiere, renovado. Por un lado –y esto es algo sabido pero que se olvida– formar a través de la educación el espíritu cívico que falta en nuestros pueblos y enseñarles además que no existen hombres providenciales, que es lo que siempre se ha creído cuando se ha endiosado a los líderes. Y por otro, desde el Estado, fomentar y apoyar la existencia de partidos políticos. Esto desde un punto de vista del diseño político. No hay que olvidar por otro lado que si bien no es definitivo, es necesario un mínimo de bienestar para que la población se sienta cómoda con el modelo político y no lo cuestione como hemos visto varias veces. Pero esto, lamentablemente, toma mucho más tiempo. Y finalmente, la necesidad de controles, no solo jurídicos, sino políticos y sociales. Y sobre todo que tengan eficacia sobre el poder, pero que no lo paralicen.

EL PRESIDENCIALISMO ATENUADO Y SU FUNCIONAMIENTO (CON REFERENCIA AL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO)

Domingo GARCÍA BELAUNDE[1]

I. Preliminar

La América Latina, como se sabe, ha sido considerada tradicionalmente como el paraíso del presidencialismo en su versión deformada, en contraste con el presidencialismo norteamericano que simbolizaba lo mejor del modelo y que a diferencia de aquél, funcionaba de a verdad. Esto se apreciaba claramente en los estudios comparatistas, tanto en el ámbito del Derecho Constitucional como en el de la Ciencia Política. Pero hoy esta afirmación ya no puede mantenerse en vista de que este sistema de gobierno (o forma de gobierno, como quieren otros) con variedad de matices, se ha extendido a otras partes del mundo, en donde funciona con regularidad y cuyos contextos histórico-culturales son muy diferentes de los latinoamericanos. Parece pues que las deficiencias que aun pueden advertirse en el presidencialismo

1. Letras y Filosofía (Universidad Católica 1961-63 y Universidad de San Marcos, 1963-65). Derecho (Universidad Católica, 1963-67). Doctoral en Derecho (Universidad de San Marcos, 1968). Programóa de Investigaciones (Universidad de Wisconsin, U.S.A., 1969). Auxiliar Instructor de la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1964-67). Profesor ordinario de la Universidad de Lima (1984-2000) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia (1992) Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México (1987). Miembro de diversas asociaciones jurídico-constitucionales de América Latina. Fundador y directivo del Instituto Iberoamericana de Derecho Constitucional (con sede en México). Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor Honorario de la Universidad de San Agustín, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad San Luis Gonzaga, Universidad Peruana "Los Andes", entre otras. Abogado en Ejercicio y conferencista internacional Miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores (1985-1992) y de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1996-1999) y de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima.

actualmente existente, no son culpas del sistema mismo, como algunos nos han querido hacer creer, sino de entornos distintos y peculiares que influyen en ellos, y que no son privativos de un área geográfica determinada. Sino que obedecen a otros condicionamientos.

Sin embargo, en la década de los ochenta del siglo pasado, surgió una corriente alimentada sobre todo por científicos sociales, que propugnaba la adopción del sistema parlamentario en estos países nuestros, como solución a todos nuestros males. Y sobre esto ha habido mucha literatura, no siempre de gran calidad, pero en todo caso muy abundante. Y una gran polémica en torno a ella, como puede verse en la bibliografía especializada existente (representada en ambos extremos por los esfuerzos de Juan Linz en un lado, y de Dieter Nohlen, en otro.).

Ahora bien, la alternativa parlamentaria surge a mí entender, de algunos errores previos que no han sido vistos adecuadamente. Entre ellos señalemos los siguientes:

a) Que la adopción del presidencialismo en nuestra área latinoamericana no fue fruto del azar, sino producto de determinadas circunstancias históricas que lo hicieron posible.Entre éstas, los gobiernos centralizados y autoritarios que siempre tuvo nuestro subcontinente, desde los tiempos precolombinos, pasando por la experiencia colonial y lo que vino después. Es decir, el modelo adoptado calzaba con una realidad que todavía, en sustancia, no ha cambiado, por más que ha habido avances notables en ciertas partes. Y sin descartar la presencia de otros elementos coadyuvantes.

b) Nuestros países inician su proceso independentista en fecha tan temprana como 1780, y avanzan lentamente para entrar en un período de realizaciones a partir de 1810 y luego de consolidación en 1824 en que finaliza el proceso (dejando de lado la situación caribeña de Cuba y Puerto Rico, cuya separación de la monarquía española solo sucede en 1898). Durante este lapso no existía, aparte de la monarquía, otra forma de gobierno que no fuese la república presidencial, cuyo modelo era en aquel entonces los Estados Unidos. El parlamentarismo nace en Inglaterra, como se sabe, pero como fruto de una evolución lenta y no exenta de retrocesos.Su punto de partida es la Revolución Gloriosa de 1688, pero su consolidación solo se alcanza en 1832 con la "Representation of the People Act" .Con la peculiaridad de que se desarrolla dentro de una monarquía tradicional, que no era precisamente

lo que buscaban los líderes de la independencia. Es decir, cuando se consolida el régimen parlamentario, todos los países de América Latina estaban independizados, con la salvedad del Brasil, y habían adoptado y hecho suyo el presidencialismo como sistema de gobierno, que además era el que mejor calzaba con las necesidades de la época.

c) Porque los sistemas de gobierno *per se* , no traen orden ni tranquilidad ni progreso ni menos aun garantizan la gobernabilidad, sino solo la hacen posible conjuntamente con otros elementos que la apoyan.Aún más,no existen sistemas perfectos, sino sistemas útiles o no útiles.

d) Porque el desarrollo de un sistema de gobierno es un proceso lento, que implica una serie de coordenadas de orden histórico –cultural, social y político– que toman tiempo y por tanto no puede adoptarse de un solo golpe. Esto lo comprueba el hecho de que algunos de nuestros países en determinadas épocas de su historia (Uruguay, Chile, Perú, Brasil) han tenido modelos parlamentarios, seudo-parlamentarios o semi-parlamentarios y no solo no funcionaron, sino que tampoco condujeron a mejores resultados o a un mejor sistema parlamentario. Y tampoco han perdurado.

e) Finalmente tener presente lo que señalaba Raymond BARR, sobre lo que llamó "democracias portátiles" que se da cuando los países importan instituciones como se importan aparatos o muebles y que al ser trasladadas a otros medios, simplemente no funcionan por ausencia de un ambiente favorable. En tal sentido, en los últimos ciento ochenta años lo único que ha tenido la América Latina como sistema de gobierno es el presidencialismo, y éste no puede ser cambiado de golpe por otro totalmente distinto que conlleva otras exigencias. Sino en todo caso, los cambios deben ser lentos, para ver si operan o se adaptan a la realidad y en todo momento actuar con prudencia. En varios de nuestros países se ha intentado esto y no ha funcionado, como es el caso reciente de la Argentina.

Por eso la propuesta de superar la dicotomía parlamentarismo/presidencialismo que anima a este Seminario la encuentro muy atendible, no solo porque en el fondo es un seudo-problema que nos ha hecho perder mucho tiempo, sino por carecer de sentido y de porvenir, por más que voces muy respetables así lo pregonen.

En su remplazo, es sensato buscar fórmulas para mejorar nuestro sistema presidencial, teniendo en cuenta que nuestro entorno es totalmente distinto al norteamericano, al europeo y a otros países del Asia y del extremo oriente, e incluso de la Federación Rusa.

II. Antecedentes en el caso peruano

El Perú, como casi todos los países de la América Latina, tiene un siglo XIX agitado y voluble, pleno de inestabilidad, en parte por la inmadurez de nuestros pueblos que carecieron del hábito del autogobierno, de lo cual en algo se salva el Brasil, por haber sido Imperio hasta 1889.

En ese período decimonónico, en donde son mayoría las dictaduras y los hombres providenciales, hay épocas de tranquilidad y orden democrático, pero esto no es lo frecuente ni lo que permanece.

El Perú no escapa a esto, pero a diferencia de sus vecinos, su clase política fue conciente de que había que frenar en algo los poderes del Presidente y creyó que la mejor manera era introducir elementos parlamentarios dentro del sistema presidencial. Así, tenemos que desde 1828 se consagra en la Constitución de ese año la figura del Ministro de Estado y el refrendo ministerial, pero sin el alcance que tendría después. Y más tarde la Constitución de 1856 introduce el Consejo de Ministros que es materia de complemento y desarrollo en las leyes de ministros de 1856,1862 y 1863, que consagran el voto de censura y la interpelación parlamentaria, todo lo cual es respetado en la siguiente Constitución de 1860 y en la que la sigue, la de 1920 (que recoge por primera vez a nivel constitucional el voto de censura). Y posteriormente la Constitución de 1933 incorpora el voto de confianza que deberá otorgarse a un Consejo de Ministros recién nombrado al momento de exponer ante las cámaras su plan de acción. Y en esta oportunidad se adicionan mayores prerrogativas al Congreso, creándose de esta manera una dualidad de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo, a tal punto que el gobierno ordenado del país requería el concurso y la estrecha colaboración de ambos poderes.

Este proceso de parlamentarización del presidencialismo peruano empieza, como ya indiqué, en 1856 y termina, por así decirlo, en la Carta de 1933 que iba a permanecer en vigencia hasta 1980. Basado en estos textos Boris MIRKINE-GUETZEVICH declaraba con satisfacción la instauración del

parlamentarismo en diversos países, entre ellos el Perú, lo que comentaba entusiasmado (The Political Quarterly, vol. 5, 1934).

Dentro de la doctrina peruana, Manuel Vicente Villarán constataba este hecho en un largo ensayo publicado originalmente en 1936, en donde señalaba lo siguiente:

> *"En realidad, la Constitución de 1933 contiene sobre el papel, todos los resortes legales que permitirían a nuestros congresos establecer el régimen parlamentario si tuvieran el grado necesario de poder político efectivo de que han carecido hasta ahora. Esta Constitución representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario. Casi nada falta en la letra de la legislación para hacerlo posible. Sin embargo, al lado de la literatura constitucional y en oposición a ella, prevalece en la vida real con inexorable perseverancia el gobierno presidencial, hondamente arraigado en las costumbres y cuyo vigor parece acentuarse como reacción contra las formulas escritas que intentan sustituirlo"* (cf. Páginas escogidas, Lima 1962, p. 194).

Ahora bien, conviene señalar cronológicamente como ha sido la realidad política desde 1933, fecha en la cual según los estudiosos, se da una marcada parlamentarización de nuestro sistema presidencial, aun cuando sin dejar de serlo. Para tales efectos, señalamos los períodos gubernamentales con el nombre de sus respectivos presidentes, con indicación de las fechas que gobernaron, al margen de las previsiones normativas que no siempre se cumplieron:

- 1931-1933: Luis M. SÁNCHEZ CERRO. Murió asesinado en un período turbulento.
- 1933-1939: Oscar R. BENAVIDES (elegido por el Congreso, su período fue ampliado y el mismo Congreso que lo eligió se autorecesó en 1936 y lo autorizó a legislar vía decretos con fuerza de ley).
- 1939-1945: Manuel PRADO: Gobernó sin problemas.
- 1945-1948: José Luis BUSTAMANTE Y RIVERO: Gobernó tres años en medio de problemas y fue derrocado por el Gral. Odría.
- 1948-1956: Manuel A. ODRÍA. Gobernó sin problemas.

- 1956-1962: Manuel PRADO: Gobernó sin problemas, pero fue derrocado días antes de finalizar su período.
- 1962-1963: Interinato de una Junta Militar de Gobierno, que convocó a elecciones.
- 1963-1968: Fernando BELAUNDE TERRY: Gobernó con problemas, siendo derrocado por los militares.
- 1968-1980: Gobierno militar.
- 1980-1985: Fernando BELAUNDE TERRY: Gobernó sin problemas y acabó su período.
- 1985-1990: Alan GARCÍA PÉREZ: Gobernó con problemas, pero acabó su período con normalidad.
- 1990-1992: Alberto FUJIMORI FUJIMORI: Gobernó con problemas y propició un golpe de Estado a su favor, que disolvió todos los órganos constitucionales.
- 1992-2000: Alberto FUJIMORI FUJIMORI: Dictadura con fachada democrática.
- 2000-2001: Valentín PANIAGUA CORAZAO: Gobierno de transición sin problemas.
- 2001-2006: Alejandro TOLEDO: Gobernó sin problemas.
- 2006 - : Alan GARCÍA PÉREZ, inicia su gobierno sin problemas.

III. Alzas y bajas desde 1933

Como he señalado anteriormente, la parlamentarización del sistema constitucional peruano se inicia tímidamente en 1856 y culmina, por así decirlo, con la Constitución de 1933.Veamos ahora como ha funcionado el sistema, en lo referente sobre todo a su estabilidad y eficacia políticas.

a) Los gobiernos que van de 1931 a 1939 transcurren sin tropiezos. Se mezcla lo constitucional con lo autoritario, pero hay un eficiente manejo del poder, no exento de dificultades internas cercanas a la guerra civil. En 1939 llega al poder un civil mediante elecciones arregladas y quien gobierna sin tropiezos hasta 1945. Es un régimen duro, eficaz y poco democrático.

b) En 1945 hay un gobierno democrático elegido en forma impecable, pero naufraga en 1948 en medio de una gran crisis política, que provoca un golpe de Estado que lo desaloja del poder. La razón de la crisis que atraviesa se debe a sus malas relaciones con el Congreso, que le niega su apoyo.

c) De 1948 a 1956 hay un gobierno fuerte, de apariencia democrática, que entrega el mando a su sucesor, Manuel PRADO (1956-1962). Luego de un golpe de Estado que crea un gobierno militar transitorio (1962-1963) vuelve un gobierno democrático con Fernando BELAUNDE TERRY (1963-1968) que también sucumbe a un golpe de Estado. La razón es que no tiene apoyo parlamentario y esto provoca una crisis. Luego viene un largo período militar de doce años (1968-1980).

d) El retorno a la democracia en la década de 1980 trae cierta estabilidad: Fernando BELAUNDE TERRY (1980-1985) y Alan GARCÍA PÉREZ (1985-1990). FUJIMORI gobierna con esas reglas (1990-1992) pero da un golpe de Estado y se queda ocho años más (1992-2000). Se reelige en el año 2000 por un período de cinco años, pero la presión popular y la crisis desatada por las denuncias de corrupción de su asesor Vladimiro MONTESINOS, provoca su dimisión y posterior fuga al Japón. Luego viene un gobierno transitorio de menos de un año que persigue arreglar en algo las cosas y convocar a elecciones.

e) Desde 2001 se observa regularidad en los períodos gubernamentales y además estabilidad política.

Conviene sin embargo puntualizar brevemente algunos cambios normativos desde 1933, que se reflejan en la posterior Constitución de 1979 y en la que la remplaza de 1993, actualmente en vigor.

IV. Inflexiones Constitucionales: 1979 Y 1993

En el período bajo análisis tenemos dos textos constitucionales (1979 y 1993) que conviene reseñar brevemente:

a) Al final de su larga administración de doce años (1968-1980) los militares negociaron con los civiles, a través de los principales partidos políticos, un retorno a la democracia en 1980, precedido por un cambio constitucional, que finalmente fue realizado por una Asamblea Constituyente que se reunió durante un año y se instaló solemnemente en 1978. Fruto de ello es la Constitución de 1979 que remplaza a la de 1933 y que trató de superar sus fallas. Así esta Carta:

i) Dividió el Congreso en dos: la Cámara de Diputados, que era la cámara política y el Senado, con pocas atribuciones, con gente de mayor edad y que representaba a las regiones (si bien esto último no se concretó por motivos ajenos al legislador).

ii) Mantuvo el refrendo y la responsabilidad ministerial, el Consejo de Ministros con su Presidente, la interpelación y la censura ministerial.

iii) Como contrapartida, introdujo la disolución de la Cámara de Diputados (la única que tenía el control político) pero procedente únicamente cuando se habían dado tres censuras o votos de falta de confianza al Consejo de Ministros.

iv) Prohibió al Congreso tener iniciativa en materia de gastos así como toda alteración presupuestal (en el pasado, los grandes déficits fueron ocasionados por el Congreso, que aumentaba los gastos al momento de aprobar el presupuesto, pues al mismo tiempo no atendía como tener más ingresos...lo que a la larga ocasionó crisis políticas).

b) El golpe de Estado de FUJIMORI de 1992 tuvo respaldo popular y recurrió a un Congreso Constituyente para legitimarse en el poder, el cual sancionó una nueva Constitución, la vigente de 1993, que tuvo estas características:

i) Eliminó el Senado y adoptó una estructura unicameral.

ii) Suprimió las regiones (restablecidas posteriormente y por un nuevo gobierno).

iii) Mantuvo el Consejo de Ministros, el refrendo ministerial, la interpelación y censura parlamentarias así como la disolución del Congreso (pero solo sí existían dos censuras o votos de falta de confianza al Consejo de Ministros).

iv) Mantuvo la prohibición para que el Congreso no tuviese iniciativa para gastos.

v) Introdujo la figura de los "decretos de urgencia" a fin de que el Ejecutivo pudiese legislar en materia económica-financiera en situaciones especiales, con cargo a dar cuenta al Congreso.

vi) Incorporó figuras políticas participativas, como el referéndum, plebiscito, revocatoria de alcaldes, si bien nunca las aplicó ni las hizo efectivas.

vii) Reincorporó el voto de confianza para los Consejos de Ministros recién nombrados (que existía en la Constitución de 1933) así como la "question time" que periódicamente debían cumplir los ministros en el Congreso.

V. Experiencias políticas democráticas

En el lapso 1933-1980 han existido solo tres gobiernos democráticos en sentido pleno; los demás han sido democracias de fachada, unos más respetuosos que otros o simplemente gobiernos poco democráticos.

Estos tres gobiernos son los siguientes:

i) José Luis BUSTAMANTE y Rivero: 1945-1948.

ii) Manuel PRADO UGARTECHE: 1956-1962.

iii) Fernando BELAUNDE TERRY: 1963-1968.

Curiosamente los tres acabaron derrocados por sendos golpes de Estado, si bien bajo circunstancias distintas. Conviene analizarlos por separado:

i) El gobierno de PRADO (en su segundo período, pues el primero de 1939-1945 fue fruto de la imposición y actúo sin control alguno aprovechando la coyuntura de la Segunda Guerra Mundial) tuvo mayoría para gobernar. Fue un gobierno de apertura, que tuvo sobre todo logros políticos y permitió un gran debate de importancia en la época. Lo que pudo realizar pues lo acompañó una mayoría parlamentaria dócil que no le creó problemas. Fue derrocado diez días antes de culminar su mandato (18 de julio de 1962) pero por motivos ajenos a él y fruto de la coyuntura electoral del momento.

ii) El caso de los gobiernos de BUSTAMANTE y BELAUNDE tienen una característica especial: no acaban su mandato pues no tienen mayorías parlamentarias, esto es, no cuentan con el apoyo del Congreso y eso debilita la acción del Gobierno. En la práctica el primero se esterilizó en luchas políticas y el segundo fue boicoteado en su plan de gobierno, que no pudo llevar a cabo.

En síntesis, de estos tres gobiernos democráticos, solo pudo realizar su programa político el de Manuel PRADO: era el único que contaba con mayoría parlamentaria. Los otros dos que no la tienen, no alcanzan sus objetivos y caen derrocados. Esto es una constante que puede aplicarse a todo el período, y que demostraría que la estabilidad política en el caso peruano oscila en una disyuntiva peligrosa: si el Presidente cuenta con una mayoría parlamentaria propia, gobierna sin problemas pero puede caer en desbordes de todo tipo. Por el contrario, si carece de apoyo parlamentario, las fuerzas en el Parlamento se dedican a hacerle la vida imposible deteriorando el régimen y a la larga propiciando un golpe de Estado.

Pero ¿como se llegaba a la composición del Congreso para que, en su caso, se alcanzase una mayoría? Desde 1931, fecha en la cual se instala en forma un sistema electoral moderno, se adoptó el sistema mayoritario simple, con representación de las minorías. Esto es, quien ganaba la presidencia de la República, lograba igualmente una mayoría parlamentaria. Y así fue hasta 1962. El problema que pasaba en estos casos es que cuando se tenía mayoría en un gobierno democrático, generalmente lo era por coaliciones, originadas en la debilitación de los partidos políticos o en la ausencia de éstos. Y no siempre estas coaliciones duraban, como lo demuestra la experiencia de los años 1945-1948.

Aspecto importante que hay que señalar es que los partidos políticos peruanos, si bien se dan desde el siglo diecinueve, son prácticamente club de notables, o en su defecto, partidos caudillistas que duran lo que dura su fundador y líder. Tan solo en la década de 1930 aparece en escena un partido moderno, el APRA, fundado por Haya DE LA TORRE, pero que por problemas internos del país y de la estructura propia del partido, vivió al margen de la política durante más de treinta años, si bien influenciando en ella (fueron perseguidos, declarados fuera de la ley, desterrados, etc...la gran reconciliación y la tolerancia con ese partido solo se alcanza en la década de 1970, con su fundador Haya DE LA TORRE, que preside la Asamblea Constituyente de

1978, pero fallece poco después). Aparte del APRA, que existe hasta la fecha, surgieron partidos de corte doctrinario pero con alcances menores y otros de un caudillismo renovado, que han tenido presencia en estas décadas, pero que no siempre han logrado sobrevivir a su fundador.

En síntesis: De tres gobiernos plenamente democráticos del período 1933-1980, dos cayeron derrocados por golpes de Estado. Ambos no tenían mayoría parlamentaria y la oposición no contribuyó al mejor gobierno, sino más bien a su deterioro. Y el tercero que sí la tuvo (Manuel PRADO) pudo gobernar sin problemas, pero fue derrocado poco antes de terminar su gestión, si bien lo fue por problemas electorales ajenos a él.

VI. Experiencia política reciente: 1980-2006

A partir de la década de 1980 tenemos dos gobiernos democráticos: 1980-1985 (Fernando BELAUNDE Terry) y 1985-1990 (Alan GARCÍA PÉREZ). Y ambos gobiernan con normalidad, pues tienen mayorías parlamentarias, en el primer caso mediante alianzas, en el segundo, con su propio partido político. En ambos hay estabilidad, pero la presencia del terrorismo, representado por el grupo maoísta Sendero Luminoso, sesga en algo los logros y los empeños de ambos gobiernos.

Fujimori es elegido Presidente en 1990 para un período de cinco años y debía terminarlo en 1995. Sin embargo aquí aparece un fenómeno curioso que conviene explicar.

La Constitución de 1979 introduce el balotaje o segunda vuelta en el sistema electoral, el cual antes no había existido. Pero lo hace de manera peculiar: solo para la presidencia de la República, no para el resto de los cargos políticos. De esta manera, se exige para ser presidente de la República obtener más del 50% de los votos válidos, y si no se logra, esto se definirá en una segunda votación que deberá realizarse en un plazo prudencial después de la primera, y entre los dos primeros candidatos. Y en donde no hay ningún porcentaje mínimo.

Esta modalidad se introduce, como queda dicho, en la Constitución de 1979. Bajo ella se dieron estas elecciones:

a) 1980: BELAUNDE, por un dispositivo transitorio alcanzó la presidencia de la República sin necesidad de segunda votación (algo similar a lo que hizo MENEM en la Argentina) y obtuvo mayoría en el parlamento gracias a una alianza partidaria que le dio pleno apoyo.

b) 1985: Alan GARCÍA PÉREZ alcanzó la presidencia en la primera votación, mediante un proceso especial que no se ha repetido y que sería largo explicar. Y adicionalmente logró formar una mayoría parlamentaria propia.

En estos dos períodos presidenciales hubo estabilidad política, avances de todo orden, si bien en el segundo en su tramo final hubo una seria crisis económica, que fue aprovechado posteriormente por FUJIMORI, para justificar lo que hizo.

c) 1990: FUJIMORI es un caso especial. En una primera elección, en la cual compitió con Mario VARGAS LLOSA, no alcanzó la mayoría exigida por la Constitución para ese momento, o sea, más del 50% de los votos válidos. De acuerdo con las prescripciones constitucionales, cuando ninguno de los candidatos alcanzaba tal porcentaje, se iría a una segunda votación entre los candidatos que hubiesen alcanzado las dos votaciones más altas, o sea, las dos primeras minorías. FUJIMORI tenía únicamente el 24%, mientras que el primero que era VARGAS LLOSA bordeaba el 27%. En la segunda vuelta, FUJIMORI se impuso con el 57% de los votos válidos y alcanzó así la presidencia de la República.

Y aquí fue donde por primera vez asomó el peligro latente que encerraba el sistema electoral de cifra repartidora (D'Hondt) mezclado con el balotaje y que dio este cuadro:

a) El Presidente de la República alcanzó el poder mediante el 57% de la votación en segunda elección, pero

b) el Congreso elegido en la primera vuelta reflejaba los porcentajes de ésta y en consecuencia Fujimori y sus partidarios tenían representación parlamentaria equivalente al 22% (por la pérdida de los restos propios del sistema).

Es decir, Fujimori había alcanzado la presidencia pero había perdido el control del Congreso, que en principio podía serle hostil y bloquear sus iniciativas. Esto presagiaba que algo iba ir mal, como efectivamente lo fue.

Las Cámaras (Senadores y Diputados) desde un inicio mostraron cierto espíritu conciliador, como fue el hecho de que eligieran para presidirlas a quienes eran afines o partidarios del presidente. Pero salvo esto, no se dio una colaboración incondicional, sino crítica, algo que decididamente no gustaba a FUJIMORI. Dicho en otras palabras: al verse solo y sin apoyo parlamentario, FUJIMORI se dedicó a atacar a las instituciones y al final buscó apoyo en el Ejercito y dio un golpe de Estado el 5 de abril de 1992, con lo cual desalojó del poder a todos aquellos que lo ocupaban y se quedó solo y sin control, con el único respaldo de la fuerza. Y así se hubiera quedado indefinidamente, si es que la comunidad internacional (la OEA, los Estados Unidos y la Unión Europea) no lo hubieran presionado para que vuelva a la normalidad institucional. Aceptado esto, FUJIMORI convoca a elecciones para un congreso constituyente que aprueba una nueva Constitución en 1993 hecha a la medida, esto es, que le da los poderes suficientes para gobernar. Y así sucede en un proceso complicado y lleno de irregularidades, que se acentúa en las elecciones de 1995 y luego en las de 2000. En ese lapso, FUJIMORI cuenta con mayoría parlamentaria propia, y cuando no la tiene, la crea mediante el soborno y el chantaje. La estabilidad de esos años se alcanza precisamente mediante la corrupción y su vasta red que alcanza a todas las instituciones del Estado y a su aparato coercitivo. Sin embargo, esto no puede durar mucho y al final, en noviembre de 2000 viaja fuera del Perú en medio de una crisis, renuncia a la presidencia desde el exterior mediante carta remitida por fax y encuentra refugio en la tierra de sus ancestros: Japón.

VII. Sigue: el Posfujimorismo

La caída de FUJIMORI, un verdadero proceso de implosión, trajo muchas enseñanzas y reveló lo más importante: la presencia de una amplia red de corrupción que alcanzaba al sector empresarial, al político tradicional, a los poderes del Estado incluyendo al Poder Judicial, a los medios de expresión (casi todo el diarismo estaba financiado por la corrupción y gran parte de las empresas de televisión) al órgano de control electoral, etc. Volvieron los partidos democráticos y nuevas fuerzas que se manifiestan en la oposición a FUJIMORI, en especial por parte de Alejandro TOLEDO, que alcanza la presidencia para el período 2001-2006 y en la actualidad a Alan GARCÍA PÉREZ (2006-2011). Lo que caracteriza esta etapa posfujimorista es que no se ha cambiado el sistema electoral (se mantiene la segunda vuelta y además el sis-

tema proporcional con cifra repartidora basada en el método D'Hondt) y ambos gobiernos carecen de mayoría parlamentaria propia.

Así, el gobierno de TOLEDO no contó con mayoría parlamentaria, pero más allá de algunos gestos y ciertas oposiciones, el Congreso colaboró con el Ejecutivo en los proyectos importantes y en los demás se abstuvo, pero sin una oposición cerril ni destructiva ni mucho menos puso en peligro el régimen. Esto es, a diferencia de los gobiernos anteriores que no tuvieron mayoría parlamentaria (1945-1948 y 1963-1968) no se tuvo una oposición destructiva sino que por el contrario hicieron una oposición firme pero leal con el sistema democrático, permitiendo la gobernabilidad. E igual podemos decir del actual gobierno de Alan GARCÍA, sin mayoría en las cámaras pero que puede gobernar con el apoyo de las otras fuerzas o mediante su propia moderación. En los últimos años solo ha existido un voto de censura a un ministro, sin que se haya intentado nada similar con el Consejo de Ministros.

VIII. Como funcionan los elementos parlamentarios dentro del sistema presidencial

Como he señalado, los elementos parlamentarios dentro del sistema constitucional peruano aparecen en fecha tan lejana como 1856 y se perfeccionan en un largo proceso que culmina en 1933. Después de esa fecha se acentúan en un extremo y se debilitan en otro, y así se llega a la actualidad. Veamos ahora como funcionan:

a) El Consejo de Ministros, el refrendo ministerial, la interpelación y el voto de censura han funcionado desde siempre. Aun más, se han dado casos de gobiernos que han tenido exceso de interpelaciones (1945-1948 y 1963-1968) y también excesos de votos de censura solicitados por las minorías (1956-1962) pero no siempre han tenido éxito.

b) El Congreso no ha tenido en toda la historia republicana, y sobre todo en el lapso transcurrido desde 1933, ningún protagonismo, salvo en materia de control y cuando no existiendo mayorías, causaba desorden y propiciaba un golpe de Estado (y esto hasta 1980).

c) La disolución parlamentaria nunca se ha producido desde que entró en vigencia (1980).Esto es, no se ha dado en el último lapso un exceso de crí-

tica parlamentaria que llevase a cabo votos de censura o de falta de confianza que a su vez facilitaran la disolución parlamentaria.

d) En los casos importantes y no obstante no contar con mayorías parlamentarias, el Ejecutivo ha logrado los apoyos necesarios para llevar a cabo determinadas políticas (como es el caso del TLC, que por su característica de tratado comercial con los Estados Unidos tuvo que ser negociado y tramitado con sagacidad).

e) El *impeachment* o juicio político se ha intentado pocas veces. Se pretendió hacerlo contra los ex presidentes ODRÍA (1956) y posteriormente con Alan GARCÍA PÉREZ (1991), que al final fue desestimado por manejos políticos en el Poder Judicial. Y finalmente se intentó contra el ex presidente FUJIMORI (2001) a quien sin embargo se le abrió juicio penal y contra el que finalmente tras la extradición concedida por la Corte Suprema de Chile (2006) se le está juzgando.

IX. Las mejoras en el funcionamiento del sistema presidencial

Como se ha apuntado anteriormente, la adopción del sistema presidencial fue hecha en el Perú en fecha muy temprana y lo ha tenido a lo largo de toda su historia.Y también se comprendió muy pronto los excesos que producía el sistema, que va a tener algunas matizaciones importantes en las constituciones de 1979 y en la vigente de 1993.

Esto ha creado un modelo especial de presidencialismo, que en su momento se calificó como "presidencialismo atenuado", pues el Presidente se encuentra, por lo menos teóricamente, controlado por las cámaras legislativas y por el Consejo de Ministros con su propio presidente. Lo que ha llevado a algunos (Carlos S. NINO) a pensar que el sistema constitucional peruano fuese algo así como "semi-presidencial", categoría creada por Duverger para designar el régimen que creó y divulgó la Quinta República francesa (1958). No comparto estos entusiasmos. La experiencia francesa es distinta a la peruana - y latinoamericana en general - pues allá el modelo cambia según la composición electoral, hasta llegar a la cohabitación - lo que es propio más bien de un modelo parlamentario con ribetes presidenciales. Francia

es un caso de experiencia parlamentaria secular que se ha acercado con éxito al presidencialismo, mientras que la trayectoria peruana es precisamente al revés. Con el agravante de que la introducción de elementos parlamentarios en el Perú no ha mejorado la situación política, sino que eventualmente la ha agravado (en especial cuando el Ejecutivo no contaba con mayoría parlamentaria). Y más aun cuando se tiene en cuenta que el presidente del Consejo de Ministros no tiene un espacio político propio, sino que es nombrado y removido por el presidente de la República, quien es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno al mismo tiempo (la cámara puede derrumbar a un Consejo de Ministros pero no tiene ningún poder para nombrarlo y menos aun sugerirlo).

Pero ¿ha funcionado el presidencialismo en el Perú? La respuesta es sí y no.

No ha funcionado en la medida que no ha podido crear una gobernabilidad permanente y en especial de carácter democrático. Y ello no ha sido posible pese a la introducción de elementos parlamentarios dentro del esquema presidencial, que cuando operaban a plenitud creaban inestabilidad. O simplemente eran inocuos.

Lo que cabe llamar la atención es que con los mismos elementos institucionales, el Perú ha empezado a tener un mejor sistema presidencial desde 1980 y más en concreto desde el 2000. Y ello ha sido posible sin cambiar el marco constitucional ni tampoco el sistema electoral.

Esto sin embargo no es definitivo.Existe una carencia de partidos afiliados al sistema, que tengan fe en él, como se ve en las fuerzas nacionalistas que pugnaron por llegar al poder en 2006, y casi lo consiguen.

Esto es, la ausencia de partidos políticos sólidos y de una buena tradición democrática, siguen conspirando contra el real funcionamiento de una democracia presidencial.

¿Cómo remediar esto?

X. A manera de conclusión

El sistema presidencial en el Perú ha funcionado con altibajos y en términos generales no muy bien, creando inestabilidad política en el país.

La introducción de elementos parlamentarios en su marco constitucional, atenuados desde 1979, no han contribuido de por sí a mejorar el orden institucional. Más lo ha hecho la madurez de la clase política, el crecimiento de una opinión pública que se hace sentir, las experiencias políticas traumáticas de décadas pasadas, la influencia de países vecinos, el colapso de los regímenes comunistas y la conciencia de que los regímenes autoritarios dejan secuelas muchas veces lamentables. Y finalmente, el marco de la globalización, que conlleva no solo un mínimo de exigencias democráticas, sino además la necesidad de un orden y de una previsión de acontecimientos.

Sin que pueda decirse que en los actuales momentos el especial presidencialismo peruano funcione a cabalidad, es indudable que ha avanzado notablemente desde 1980, y cualitativamente desde 2001, tras la traumática experiencia de la dictadura fujimorista. Y es muy probable que en el futuro continúe así.

Este es un reto que ha sido asumido, y que debe ser adecuadamente respaldado por políticas de transparencia, un mejor desarrollo económico y sobre todo una adecuada labor educativa que ayude a consolidar la aun incipiente cultura política democrática.

Bibliografía

El tema es tratado sobre todo dentro de las obras de carácter general, entre las que tenemos: Manuel Vicente VILLARÁN, Páginas escogidas, Lima 1962; Enrique CHIRINOS SOTO, Cuestiones Constitucionales, Lima 1991; AA.VV. Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento, Comisión Andina de Juristas, Lima 1993; Domingo GARCÍA BELAUNDE, La Constitución en el péndulo, Arequipa (Perú) 1996; Antonio COLOMER VIADEL, La tentación parlamentaria del presidencialismo iberoamericano: el caso del Perú en "Revista Jurídica del Perú", núm. 4, octubre-diciembre de 1996; Eloy ESPINOSA-SALDAÑA

BARRERA, Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo previsto por la Constitución peruana de 1993, en "Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique FURIÓ CERIOL" (Valencia), núm. 20/21, 1997; Pedro PLANAS, Democracia y tradición constitucional en el Perú, Lima 1998; Enrique BERNALES (con Alberto OTÁROLA) La Constitución de 1993, Lima 1999; Carlos HACKANSSON NIETO, La forma de gobierno en la Constitución peruana, Piura (Perú) 2001; Valentín PANIAGUA CORAZAO, Constitución, democracia y autocracia, México 2004; Javier VALLE-RIESTRA, La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado, Lima 2004; Víctor GARCÍA TOMA, Legislativo y Ejecutivo en el Perú, Lima 2006; Francisco J. EGUIGUREN PRAELI, La responsabilidad del Presidente, Lima 2007 .

AUTORITARISMO E HIPERPRESIDENCIALISMO EN EL ECUADOR LA DEMOCRACIA PLEBISCITARIA, COMO FORMA DE GOBIERNO

HERNÁN SALGADO PESANTES[1]

I. Planteamiento del problema

En la época presente, cuando se pensaba que habíamos superado los vicios antidemocráticos que impidieron la institucionalización de nuestro sistema presidencial, nuevamente retornan los problemas de autoritarismo, de incumplimiento de la normativa jurídica, incluso se irrespeta la última Constitución de 2008; no funcionan los controles del Poder a cuyos órganos y titulares se los observa actuar con sumisión: la independencia de estos altos funcionarios del Estado es ya una utopía, del mismo modo que lo es la separación de poderes. ¿Y qué decir de la Función Judicial? El sometimiento si no el esbirrismo circunda al titular del poder ejecutivo.

Desde esta perspectiva político jurídica vale que nos interroguemos, en primer lugar, si el presidencialismo como sistema de gobierno- ¿es propenso a la hegemonía y al autoritarismo? Los antecedentes ecuatorianos parecerían confirmarlo. En segundo lugar, me propongo analizar si en el Ecuador de hoy se da el fenómeno del **hiperpresidencialismo** que desde fines del siglo pasado comenzó a advertirse en algunos países de Latinoamérica.

1. Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil. Doctor (*PhD*) en Ciencias Políticas de la Universidad Panteón Sorbona de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Magistrado de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional ecuatorianos.

Por último, es necesario dirigir la mirada hacia la denominada **democracia plebiscitaria** que es una forma de democracia directa; si aquella permite al gobierno de turno alcanzar altos niveles de legitimación popular, significa entonces que sería un adecuado instrumento de gobierno democrático que hace efectiva la participación popular. Objetar a la democracia plebiscitaria como antidemocrática ¿no entraña acaso una contradicción?

Este Congreso de Derecho Constitucional que ha convocado la Asociación de Estudiantes de Derecho de la PUCE nos permite reflexionar sobre estas acuciantes cuestiones e incentivar su debate. Mi ponencia tiene este objetivo.

II. La independencia hispanoamericana y el cambio de régimen

Al obtener su independencia los países hispanoamericanos tuvieron que plantearse el dilema de escoger entre la monarquía y la república. Desde las primeras décadas del siglo XIX, conforme avanzaban las guerras de la independencia, en los círculos políticos se discutía sobre el régimen de gobierno que convendría a estos países. En el sector donde predominaba la nobleza criolla hubo una inclinación por la monarquía, cuya ventaja era de ser un sistema conocido incluso en lo que tenía de negativo; para la mayoría de nuestros marqueses constituía la forma adecuada de organizar al Estado, al tiempo que les permitía reivindicar sus derechos políticos.

La realeza europea, guiada por sus propios designios, apoyó el sentimiento monárquico tal como ocurrió en México, primero con Iturbide y años después con el emperador Maximiliano. Por su parte, la monarquía portuguesa instalada en Brasil permitió mantener el contacto de Europa con las tierras de América, si bien las circunstancias de Brasil llevaron a este país por otros caminos hasta que a finales del siglo XIX se constituyó en una república presidencial.

En América hispana el sector mayoritario conformado por los líderes civiles y militares, los intelectuales y el pueblo llano tiende al nuevo sistema republicano establecido en los Estados Unidos de Norteamérica, a cuya cabeza está un presidente, titular del poder ejecutivo. Incluso la Francia revolucionaria buscó transformarse en república después del ajusticiamiento del rey, lo

cual fue considerado como un paso adelante, hasta que el victorioso general BONAPARTE trastrocó dicho proyecto y realizó sus propias aspiraciones.

Para la época, el ideal republicano se asimilaba al ideal democrático y poseía un fundamento igualitario para los grupos sociales, los cuales tomaban distancias con los privilegios aristocráticos propios de la monarquía, aquella aristocracia de sangre que de por sí era discriminatoria; además, la monarquía se caracterizaba por ser vitalicia y hereditaria mientras que la esencia de la república está en la alternabilidad.

No es de extrañar, pues, que los países hispanoamericanos (y después Brasil) hayan adoptado la organización republicana del Estado y en ella hayan incrustado como centro del sistema el presidencialismo, cuyo modelo fue desarrollado por los Estados Unidos de América como forma de gobierno.

III. El sistema presidencial en la concepción norteamericana

Sabemos que el sistema presidencial fue un aporte de los Estados Unidos, de sus constituyentes reunidos en Filadelfia, quienes luego de largas deliberaciones lo concretaron en la Constitución de 1787, particularmente en el artículo II (Primera Sección) que comienza señalando que el poder ejecutivo se deposita en un presidente de los Estados Unidos. Luego en las siguientes *Secciones* o acápites se fueron estableciendo lo que serían las características básicas del presidencialismo norteamericano.

Siguiendo los postulados de MONTESQUIEU se establece una clara separación de poderes para impedir la concentración del poder en un solo órgano, al mismo tiempo, que se fijaban los límites de los tres clásicos poderes para que cada uno ejerza sus funciones en el contexto de sus atribuciones -sin interferencias del otro-, lo cual se traduce en un control recíproco, conforme la máxima del teórico francés *"le pouvoir arrête le pouvoir"*, o de aquella tesis, surgida en Convención de Filadelfia, de los frenos y contrapesos (*"checks and balances"*).

En la concepción norteamericana, y en armonía con la doctrina, esta separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro y tam-

bién se estuvo consciente de las dificultades reales que podrían alterar este equilibrio. Por otro lado, la separación no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. En suma, poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político.

En la evolución política de los Estados Unidos el tiempo se encargaría de demostrar que esta colaboración entre los poderes o funciones era de especial importancia, tanto como lo era la independencia que debían mantener para ejercer sus atribuciones. Estos aspectos revestían un particular interés tratándose de un Estado que adoptó el federalismo como forma de organización territorial.

IV. Adopción del modelo presidencial republicano

Se debe subrayar que, de modo general, el sistema de gobierno presidencial al ser adoptado en Latinoamérica tomó características propias de nuestro medio y tuvo un desarrollo histórico de acuerdo con la idiosincrasia de pueblos y regiones; no fue una mera transposición o como a veces con ligereza se afirma que nuestros países "copiaron" el sistema. Asimismo, está claro que el contexto social, económico y cultural de nuestra región era distinto del que hubo en las antiguas colonias inglesas de América del norte, antes y después de la independencia.

Las modificaciones realizadas en los diversos Estados latinoamericanos para adecuar el modelo presidencial explican porqué existen diferencias –a veces marcadas– entre los países de América Latina en lo que concierne al sistema presidencial establecido en sus Constituciones. Lógicamente, los países de la región conservan los principales rasgos o caracteres de este sistema de gobierno, en ello hay similitud.

También, se debe tener claro que una cuestión diferente es la relativa al problema –muchas veces criticado- de cómo actuaron determinados constituyentes y legisladores latinoamericanos sin tomar en cuenta las realidades de sus respectivos países, suele decirse que legislaron de espaldas a la realidad. Quizá sea más acertado señalar que expidieron normas constitucionales y legales en armonía con sus intereses particulares.

Un punto que me interesa destacar -con fines de este análisis- es la relativa al **caudillismo**. En la historia republicana de los países de esta región se observa –como anotan los estudiosos– que junto con las nacientes instituciones se desarrolla un caudillismo, con características propias de Latinoamérica, (siglo XIX); aparece un caudillismo militar después de las guerras por la independencia y en las décadas posteriores los caudillos son civiles.

En el siglo XX, y en mi criterio, los caudillismos cedieron el paso a los **movimientos populistas**, los cuales surgen y se organizan cuando los Estados reconocen el derecho político al sufragio. En la medida en que se extiende el voto a quienes estuvieron marginados, son estos nuevos ciudadanos que engrosan los movimientos populistas, incluso con detrimento de los partidos políticos.

De esta manera, los antiguos caudillos se modernizaron con la aparición de la política de masas. Y, esta modernización continuará con los avances tecnológicos de los medios de comunicación e información, aquello que se ha denominado *marketing* político, fenómeno que da lugar a una nueva forma de populismo (el neopopulismo).

V. Naturaleza del clásico poder ejecutivo

El estudio del poder ejecutivo siempre ha concitado la atención y en nuestros tiempos el interés es mayor por las características que ha tomado. Tal estudio permite penetrar en el corazón de los regímenes políticos, por cuanto el ejecutivo se constituye en el elemento motor de las instituciones que conforman un sistema político. Es por ello, que el análisis de sus atribuciones y deberes, de su rol dentro del Estado, de sus relaciones con los demás órganos, especialmente con el poder legislativo, reviste interés.

Recuérdese, sin embargo, que en Europa a partir de la Revolución Francesa, luego del ocaso de los regímenes absolutistas, el poder ejecutivo que estuvo en manos de la monarquía se debilitó sensiblemente, a cambio del papel vigoroso que reivindicaron las asambleas o cuerpos legislativos. A esta concepción contribuyó la teoría de la soberanía nacional –preconizada por SIEYÉS–, que si bien reconoció al pueblo como soberano, concibió a éste

como nación y la soberanía popular terminó transfiriéndose al parlamento –como representante de la nación–, desde entonces se hablará que la soberanía radica en el órgano legislativo.[2]

Lo expresado ocasiona una sumisión del ejecutivo al legislativo lo cual se observa sobre todo en los regímenes de tipo parlamentario; con menor intensidad se dio en el presidencialismo norteamericano[3] y muy poco en el presidencialismo de América Latina en el que casi siempre predominó el ejecutivo, con pocas excepciones.

Para superar aquella debilidad que aquejaba al Ejecutivo, los constitucionalistas –especialmente europeos– propugnaron su fortalecimiento a través de diversos mecanismos jurídico-políticos. Estas tesis serán incluidas entre las nuevas tendencias constitucionales de posguerra (a partir de 1945), pero téngase muy presente que fueron concebidas bajo la experiencia del régimen parlamentario y frente a él. Como se dijo, en el campo del presidencialismo, particularmente latinoamericano, la situación era otra.

Dentro del Estado contemporáneo, la noción de ejecutivo designa un conjunto de funciones que van más allá de aquello que había señalado MONTESQUIEU. Hoy, ellas no se limitan a ser simples funciones de ejecución como la etimología del término induce a creer. Estas funciones, o función como genéricamente se expresa, engloban el ejercicio de diversas atribuciones, a las que luego me referiré.

Por otro lado, el ejecutivo –y por ende su titular– ejerce la función de gobierno con la que tiende a identificarse, si bien –en un sentido correcto– el gobierno no sólo proviene del ejecutivo sino de todos los órganos que conforman el Estado. Que el ejecutivo gobierna significa que al presidente de la república le corresponde fijar las grandes opciones o lineamientos políticos que toda la administración pública deberá poner en obra.

2. A partir de 1789, los revolucionarios franceses transformaron los Estados Generales en Asamblea Nacional, la cual ejercería un claro predominio en las diversas épocas republicanas de Francia, prácticamente hasta la Constitución de 1958 aprobada en el gobierno del General De Gaulle, vigente a la fecha. Este predominio del Legislativo francés fue ampliado en la efímera Constitución jacobina de 1793 que creó el denominado Gobierno de Asamblea.
3. El Presidente Wilson, especialista en Derecho Constitucional, escribió aun antes de ejercer la presidencia en 1913, en su obra "Congresional goverment", que el régimen estadounidense había cesado de ser presidencial y de tener un Ejecutivo fuerte, pues esta cualidad la tenía el Congreso; incluso denominó a este sistema como "régimen congresional".

importantes decisiones políticas que gravitan en el contexto nacional y comprometen los destinos del país. El cúmulo de atribuciones que el diseño constitucional de cada país confiere al poder ejecutivo lleva al presidente en los países latinoamericanos a ostentar un predominio hegemónico sobre los otros poderes, y el ciudadano que ejerce la función presidencial **se identifica en demasía con la institución** a tal punto que cualquiera de sus actos, incluso los privados, gravitan en el Estado; es la personalización misma de la presidencia.

Esta identificación de la presidencia con la persona que ejerce la función tiene resultados negativos pues no contribuye al fortalecimiento institucional. Propicia el síndrome mesiánico, tan común en el Ecuador y en Latinoamérica, que conduce a creer que únicamente determinados ciudadanos pueden llevar adelante los cambios y transformaciones sociales, en consecuencia al convertirse en personas indispensables su permanencia en el poder está justificada. Con el hiperpresidencialismo este fenómeno :

A ese cúmulo de funciones que ejerce el ejecutivo se agrega otra importante: su coparticipación en materia legislativa. La iniciativa presidencial para presentar proyectos de leyes es cada vez mayor, luego su actuación en la objeción –o veto- parcial o total de los proyectos de ley que le son enviados por el legislativo incide en la formación del ordenamiento jurídico del país.

Y, desde una perspectiva cualitativa, no cabe duda que el ejecutivo y más exactamente su titular –el presidente de la república– da cohesión nacional debido a la estructura unipersonal que posee que este clásico poder del Estado y que constituye su característica básica.

V.1 El carácter unipersonal del presidencialismo

En efecto, en el régimen presidencial el poder ejecutivo tiene una estructura monista, esto significa que hay un órgano único que ejerce todas las competencias de esta función del Estado; en otras palabras, todas las atribuciones del ejecutivo se concentran en manos de una sola persona: el presidente de la república, quien actúa como jefe de Estado y jefe de gobierno. Es decir, acumula mayor poder, a diferencia de lo que ocurre en el sistema parlamentario.

En consecuencia, la naturaleza misma del sistema presidencial, de ser

En consecuencia, la naturaleza misma del sistema presidencial, de ser el poder ejecutivo un órgano de estructura unipersonal o monista, de por sí lo vigoriza notablemente al proporcionarle unidad e inmediatez en su acción. Así fue establecido –desde sus orígenes norteamericanos– el presidencialismo y por ello cuando fue conocida en Europa la Constitución de Estados Unidos los comentarios señalaron que se había creado un rey sin corona.

Para Latinoamérica, en cambio, esta estructura unipersonal fue bien recibida porque se ensamblaba adecuadamente con el caudillismo imperante en la región. Posteriormente, algunos países buscaron atenuar aquella fortaleza del sistema presidencial que se traducía en un predominio muchas veces hegemónico, es decir autoritario, del presidente de la república y para dicha atenuación se recurrió a introducir en el presidencialismo elementos del régimen parlamentario. Cuestión que no ha perdido vigencia.[4]

En todo caso, si este elemento de fortaleza que de inicio tiene el sistema presidencial no se lo encuadra adecuadamente en la arquitectura constitucional puede convertirse en un elemento que contribuye al autoritarismo. Tema que volverá a ser tratado. En suma, creo que la estructura unipersonal o monista del poder ejecutivo tiene una incidencia que debe ser considerado en todo análisis.

VI. Las variadas atribuciones presidenciales

Como se sabe, el gabinete ministerial es un instrumento que el presidente maneja a su voluntad, pues los ministros son nombrados por él y en cualquier momento puede también removerlos, igual sucede con los funcionarios de la administración denominados "de confianza" y a veces también los otros, en la medida que -en la práctica- no siempre es protegida la carrera administrativa.

4. En el Perú se estableció un Consejo de Ministros presidido por un premier; en el Ecuador la Constitución de 1929 hizo un ensayo con el voto de censura y la responsabilidad solidaria del parlamentarismo pero fracasó; la actual Constitución de 2008 adopta la disolución del legislativo bajo determinadas condiciones y establece la cesación automática en sus funciones del presidente, lo que ha recibido la denominación de "muerte cruzada". Similares ensayos se han dado en otros países.

El presidente no comparte sus atribuciones con sus ministros, en este aspecto y como fue dicho, algunos países como Perú y Uruguay han querido atenuar el poder presidencial introduciendo algunos elementos parlamentarios y buscando robustecer el papel del consejo de ministros, para que tenga determinadas facultades y pueda de alguna manera compartir las atribuciones presidenciales. Sin embargo, en estos países el presidente sigue asumiendo en la práctica la totalidad de sus facultades.[5]

En casi todos los países el presidente maneja las relaciones internacionales, concluye y firma tratados, y recibe embajadores e incluso declara la guerra aunque en algunos casos debe intervenir el legislativo. En cuanto a materia económica, también se ha dejado en manos del presidente establecer la política económica el Estado y se le ha permitido, decidir sobre el endeudamiento público que obtenga tanto dentro del país como en el exterior.

En materia legislativa, y bajo diferentes modalidades según los Estados, el presidente puede vetar total o parcialmente las leyes; tradicionalmente se le ha otorgado la facultad de dar indultos y en algunos países, también decreta la amnistía. Además, el presidente es el jefe de la administración pública del país y en este campo ejerce muchas facultades. En circunstancias extraordinarias, el presidente puede ejercer la facultad de declarar los estados de excepción o de sitio; puede dictar no sólo reglamentos sino también decretos sobre materia de índole legislativa; en muchos países se ha dado al presidente de la república la delegación legislativa, para que -bajo ciertas condiciones– expida directamente leyes.

Como se observa, la acumulación de tantas atribuciones en una sola persona convierte al presidente de la república en el centro de gobierno de un Estado (la llave del régimen, como afirma BURDEAU), con un claro predominio sobre los otros poderes. De esta manera, el presidencialismo latinoamericano, con poderes concentrados en el presidente de la república, lo cual

5. Ver: Diego Valadés, José María Serna, Coordinadores: El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. En especial el artículo de Jorge Moreno Collado: Constitucionalismo presidencialista o presidencialismo constitucionalista, un dilema de América Latina. pp. 79 y siguientes. Interesantes son los artículos de Humberto Nogueira Alcalá: El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile y Carlos M. Ayala Corao: El régimen presidencial en Venezuela y los planteamientos para su reforma, publicados en "Lecturas Constitucionales Andinas 2 (Formas de Gobierno)" de la Comisión Andina de Juristas, Lima 1993.

afecta la división de poderes, es mucho más fuerte que el modelo norteamericano; no obstante, también en los mismos Estados Unidos se afirmó, en una época, que había un gobierno de los jueces y, en otra, que el gobierno estaba en manos del Congreso. Igualmente, se ha señalado que existió un predominio del ejecutivo en tiempos de JACKSON, de LINCOLN, de WILSON y de los dos presidentes ROOSEVELT.

En todo caso, esta situación de preponderancia que converge a una abierta hegemonía del titular del ejecutivo tuvo diversas causas, aquí hemos destacado un elemento propio del sistema, la estructura unipersonal del órgano, que junto a la acumulación de atribuciones en el Ejecutivo desequilibran el juego del poder. A lo expresado pueden agregarse otros factores: el caudillismo, la inestabilidad extrema de las instituciones (salvo excepciones), el subdesarrollo económico, todo sumado a la falta de una cultura política. Tampoco se puede olvidar que esta inclinación hegemónica del titular del ejecutivo presidencial es el producto de circunstancias históricas determinantes, que desde luego pueden variar en la región.[6]

VII. Hegemonía y autoritarismo presidencial

Cuando se analiza el sistema presidencial de América Latina suele destacarse como una de sus características principales el predominio que ejerce el poder ejecutivo sobre los otros poderes, a través de su titular el presidente de la república. Y, si bien tal característica viene de la configuración propia del sistema presidencial establecido en los Estados Unidos hay que señalar que en América Latina tiene un peso mayor, a tal punto que de predominio tiende a convertirse en hegemonía que –en mi concepto– constituye un grado mayor de preponderancia, lo cual necesariamente conlleva a un sistema de gobierno autoritario.

6. Como un antecedente histórico importante para comprender el proceso político que siguieron los países libertados por Bolívar es el de conocer su pensamiento y su actuación. Al respecto es valiosa la obra del profesor colombiano Eduardo Rozo Acuña: *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Editorial Temis, Bogotá, 1988. Una visión desde España contiene el libro del prof. Antonio Colomer Viadel: *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, ediciones Nomos, Valencia, 1995. En especial, el capítulo II sobre El Presidencialismo Iberoamericano y el Estado pp. 89 y siguientes.

Esta preponderancia hegemónica que tiene el titular del ejecutivo en Latinoamérica ha llevado a algunos constitucionalistas –especialmente franceses– a señalar que el presidencialismo de América Latina es una deformación del sistema forjado en los Estados Unidos, una suerte de degeneración –lo que nos recuerda la clasificación aristotélica de las formas de gobierno–; este criterio les lleva a distinguir entre régimen presidencial (el de los Estados Unidos) y regímenes presidencialistas (los latinoamericanos).[7]

Para el caso que nos ocupa, la hegemonía supone *lato sensu* la supremacía de un órgano político sobre los demás. Y supremacía implica una preeminencia, una superioridad jerárquica. En suma, en la hegemonía existe un poder dominante cuyas particulares atribuciones rompen el esquema de equilibrio que se supone debe existir dentro de un Estado; ese equilibrio propugnado por la teoría de la división de poderes.

En mi criterio, la hegemonía del titular del órgano ejecutivo no es una característica del presidencialismo, se trata más bien de un elemento inseparable de todo régimen autoritario o dictatorial, como quiera que se haya organizado su fachada seudo constitucional.

En nuestra época, el ejecutivo presidencial de naturaleza fuerte es auspiciado incluso desde la propia Constitución y es revestido de mayores atribuciones, lo cual contribuye a un fortalecimiento que debilita particularmente al poder legislativo como a los órganos jurisdiccionales (Justicia ordinaria y Justicia Constitucional). Este fenómeno jurídico-político se llama "hiperpresidencialismo". El marco donde se desenvuelve esta nueva forma de autoritarismo es en un contexto populista, propio de Latinoamérica y de épocas que se pensaron superadas, gracias a la cultura política.

El interrogante radica en saber si esta democracia de ribetes plebiscitarios, que se propone reformar y transformar a las instituciones del neo liberalismo, que está prescrita en la Constitución, reúne los elementos necesarios para ser una real democracia.

7. Entre los autores franceses están: A. Hauriou, G. Burdeau, G. Conac, R. Moulin, M. Duverger.

VIII. Hacia un hiperpresidencialismo constitucional

Desde finales del siglo pasado y a comienzos del actual observamos que la hegemonía presidencial radicada en el poder ejecutivo toma nuevos caracteres, en los cuales se destacan: las reelecciones inmediatas, la convocatoria a procesos constituyentes para "blindar" o fortalecer al ejecutivo presidencial, y se dan normas constitucionales para tales propósitos. Tal fortalecimiento constitucional se lo realiza en detrimento del órgano legislativo e incluso del judicial. Estos actos tienen como telón de fondo una nueva forma de populismo plebiscitario que permite hablar de democracia.

Me referiré a los aspectos señalados que configuran, en mi criterio, el hiperpresidencialismo y con los cuales no concuerdo. Si para algunos tratadistas el predominio con caracteres de hegemonía era una degeneración del régimen presidencial de América Latina, bien podría decirse lo mismo –y con mayor razón– del hiperpresidencialismo elevado a rango constitucional.

Las reelecciones presidenciales inmediatas, significa una ruptura con el principio republicano de alternabilidad que Latinoamérica mantuvo como parte de un ordenamiento adecuado, sólo los gobiernos de facto o dictaduras prescindieron de esta regla. Y, existen varios riesgos, como el de afectar la pureza del sufragio porque quien tiene el poder dirigirá mediante presión a los órganos electorales, invertirá dinero de los fondos públicos para su propia campaña presidencial ocasionando desigualdad y discrimen para los demás candidatos. En épocas electorales es posible que la oposición sea silenciada, mediante diversos mecanismos.

Los procesos constituyentes que hemos visto en el área andina van más allá del cambio proclamado, buscan centrar las atribuciones más importantes en el titular del ejecutivo –el presidente de la república-, todo organismo del Estado debe quedar bajo su vigilancia y decisión final; de este modo se regresa a un centralismo absorbente que destruye la desconcentración político administrativa que afanosamente se ha buscado. La autonomía municipal –institución de larga trayectoria histórica– queda en entredicho.

Más grave es aún si ese "blindaje" del Ejecutivo presidencial se realiza a costa de los otros poderes del Estado. En efecto, el hiperpresidencialismo debilita y a veces destruye como ha sucedido en el Ecuador los funda-

mentos del poder legislativo. No justifica en forma alguna argumentar que los integrantes del poder legislativo son ineficientes o que se les acuse de corrupción, eso afectaría más bien a la cultura política del país que los elige. Es absurdo destruir a la institución que recoge al mayor número de representantes elegidos en sufragio universal y directo.

Esto se observa en las siguientes cuestiones. Así, en el control político y fiscalizador, que por diversos medios se lo obstaculiza e impide. En el Ecuador la Constitución dispone que para realizar el enjuiciamiento político del presidente se debe obtener el visto bueno de la Corte Constitucional y la fiscalización no se da en la práctica.

Se busca retirar del legislativo los nombramientos de los funcionarios más importantes que legitiman su designación al ser elegidos por los congresos o asambleas, órgano de sufragio universal y directo. Tales nombramientos se los pone o bien en el ejecutivo presidencial o en otro organismo dependiente de éste. En el Ecuador, con estos fines, se ha creado el "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social".

En materia legislativa suele darse preponderancia al titular del ejecutivo, estableciendo materias exclusivas para éste, ampliando el alcance del veto, elevando el número del voto calificado para oponerse al veto presidencial, entre otras cuestiones.

También se acude a un instrumento propio del régimen parlamentario, la disolución del Legislativo. Si bien esto no es nuevo sin embargo sirvió para caracterizar a los gobiernos autoritarios de nuestro continente como el de Paraguay (STROESSNER)[8] y el de Perú (FUJIMORI)[9]; ahora existe la disolución en Venezuela, Bolivia y Ecuador.[10]

8. La Constitución de 1967, artículo 182, estableció la disolución de una manera arbitraria, dejando a la entera discreción del presidente los hechos que servirían para justificarla: *"El Poder Ejecutivo podrá decretar la disolución del Congreso por hechos graves que le sean imputables y que pongan en peligro el equilibrio de los Poderes del Estado, o de otro modo afecten la vigencia normal de esta Constitución o el libre desenvolvimiento de las instituciones..."*.
9. Constitución de 1993 en su Art. 134 con miras a "facilitar" el sistema de gobernabilidad que impuso el presidente Alberto FUJIMORI.
10. La Constitución de Ecuador establece que tanto el Presidente puede disolver a la Asamblea como ésta puede destituir al primer mandatario con el voto de los dos tercios, aspecto muy difícil. En cambio si el presidente disuelve a la Asamblea sigue ejerciendo su cargo hasta la instalación de la nueva Asamblea y puede expedir decretos-leyes de urgencia

En resumen, la disolución del órgano legislativo en sistema presidencial no tiene el papel que se le ha dado en el parlamentarismo, sus efectos podrían ser contraproducentes para el convivir democrático, especialmente en países donde existe una marcada inestabilidad.

En lo que respecta al poder judicial y a los órganos de control constitucional concentrado, éstos también son afectados por el poder centralizador del titular del ejecutivo; la administración de justicia que tiene la independencia y la imparcialidad de sus jueces y tribunales como fundamento esencial. La práctica que existe en Venezuela, Bolivia y Ecuador demuestra la inestabilidad y el debilitamiento de la justicia con sus consiguientes secuelas.

Y, esta inestabilidad institucional se profundiza con un sistema hiperpresidencial enmarcado en un populismo: es obvio que quienes dan su apoyo al poderoso protector esperan ocupar cargos y empleos públicos en los diversos niveles de la burocracia, más aún si faltan plazas de trabajo.

IX. La democracia plebiscitaria

En el sistema presidencial latinoamericano, los presidentes se impregnaron de una aureola mesiánica para convertirse en los salvadores del pueblo marginado, para ello era necesario tener poseer carisma y elocuencia. Con esta perspectiva surgieron los diversos populismos que a su vez impulsaron el papel protagónico del titular del poder ejecutivo.

El líder populista es el defensor de las causas populares, debe dar protección a quienes lo buscan y solucionar sus exigencias vitales; mediante una hábil oratoria cargada de promesas y condenas desencadena la emoción popular. De esta manera recibe el respaldo y la adhesión de sus simpatizantes. Los movimientos populistas dan cabida a las más diversas tendencias políticas por ello su ideología es inconsistente y si logran con su líder conseguir el gobierno será difícil satisfacer lo ofrecido en la campaña electoral, generalmente hay paternalismo e improvisación que junto a la frustración de la mayoría provocará mayor conflicto y desorden.

económica... Para lo cual necesita el dictamen favorable de la Corte Constitucional (órgano que hasta el momento ha sido dócil al Ejecutivo). Arts. 148, párrafo final en especial, y 130 de la Constitución 2008. Lo uno y lo otro se dan por una sola vez en los primeros tres años del mandato o del periodo legislativo.

En este contexto populista -prevaleciente en varios países- se nutre el presidencialismo latinoamericano para ejercer su influencia y llevar adelante procesos electorales y procesos constituyentes que legitimen al gobierno. Por ello se ha denominado a esta participación popular de "plebiscitaria" o en el pensamiento de BURDEAU de "cesarismo empírico" o "bonapartismo" para recordar a aquellos que lideraron movimientos de apoyo masivo.

Aquí surge la interrogante ¿cabe la democracia o un desarrollo democrático en un régimen presidencial de poder concentrado y con caracteres populistas? Quienes defienden la necesidad de un ejecutivo fuerte –que transforme o incluso "refunde" el país– consideran que se está llegando a la auténtica expresión de democracia, donde el pueblo y los ciudadanos participan, controlan el poder (aunque de hecho no existe la fiscalización de los órganos competentes) y el mandatario rinde cuentas transparentando su gestión (a pesar de no presentar informes sino propaganda política de todo género).

A lo dicho se agrega lo antes señalado: la falta de alternabilidad –que caracteriza a los regímenes republicanos– al pretender varias reelecciones inmediatas e incluso de crear una presidencia vitalicia.[11] El debilitamiento de los otros poderes legislativo y judicial; la inestabilidad institucional, etcétera.

De lo expuesto se observa que el hiperpresidencialismo no obstante de estar diseñado en la Constitución difícilmente será democrático, más cerca está de la realidad contraria. Tampoco garantiza un convivir democrático el recurrir a un populismo plebiscitario.

X. Los principios de la institucionalidad democrática

Para nuestra época hablar de un régimen democrático es referirse al ejercicio político del Poder, dicho ejercicio se caracteriza por poner en práctica determinados valores sociales, que en lo esencial son: el pluralismo y la tolerancia; el respeto irrestricto a los derechos de la persona y la participación mayoritaria de los ciudadanos en la política. Al respecto, los constitu-

11. Hoy más que reelección inmediata el Presidente de Venezuela, quien se declara seguidor de Bolívar, quiere la presidencia vitalicia, para identificarse mejor con su par de Cuba.

cionalistas han elaborado principios a fin de establecer una garantía objetiva de lo que es la democracia y son los siguientes:

- Supremacía –con fuerza normativa- de la Carta constitucional, donde se incorporan los derechos fundamentales;
- La separación o división de poderes, doctrina que ha sido concebida de diversas maneras pero hay acuerdo en considerar que en una democracia constitucional debe existir un determinado grado de división de poderes o funciones, caso contrario se produciría una centralización peligrosa que conducirá al autoritarismo;
- Designación por sufragio popular universal, normativamente regulado, de los representantes al parlamento o congreso y del ejecutivo en lo que corresponda;
- Introducción de mecanismos adecuados para una activa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (diversas formas de consulta popular: referéndum, iniciativa de leyes, revocatoria del mandato, etc.);
- Institucionalización de la oposición como garantía de lo que hoy conocemos como transparencia de la gestión pública;
- El control de la actividad de los órganos estatales, que incluye la fiscalización política por parte del poder legislativo y de otras instituciones especializadas, para la eficacia de este tipo de control es útil la rendición de cuentas;
- El control de la legalidad administrativa y el de constitucionalidad con un carácter jurisdiccional, realizado por los respectivos jueces;
- La independencia del poder judicial como medio indispensable para acceder a la justicia y alcanzar los fines que ésta se propone.

Además de poner en práctica estos principios es indispensable que para un adecuado funcionamiento de las instituciones, se cuente con los protagonistas encargados de ponerlas en actividad: personas dotadas de un *ethos* especial, con mentalidad, actitudes y comportamientos básicamente democráticos, que hagan de la función pública un servicio.

Esta es la parte que corresponde a lo que el concepto de la democracia concibe como una forma o estilo de vida, además de los principios organizativos. Desde luego aquí se hace referencia sólo a los funcionarios públicos del Estado, porque el complemento lo dan los ciudadanos –la sociedad toda– quienes deben actuar con un código de conducta impregnado de los valores democráticos.

El desarrollo de la cultura democrática será necesario para consolidar la estabilidad institucional. Asimismo, debemos estar conscientes de que sirve de muy poco tener normas constitucionales que no se observan ni se aplican, como simple fachada o camuflaje. Un país que ha alcanzado cierto grado de madurez no puede aceptar que su democracia constitucional quede como un mero símbolo declamatorio. En este contexto se superará el fantasma de la ingobernabilidad.

XI. En búsqueda de soluciones

En síntesis, las diversas causas que generaron la hegemonía presidencial en América Latina giraron en círculo vicioso; en el siglo XIX sobresalieron tanto el caudillismo como la inestabilidad político-institucional; en atropellada secuencia se instalaron gobiernos y se dictaron "nuevas" constituciones. Esta hegemonía se transforma en un hiperpresidencialismo cuya génesis está en el texto constitucional. Su carácter constitucional no garantiza la existencia de un régimen democrático (los totalitarismos europeos recientes así lo demuestran).

Se trata de regímenes autoritarios –autócratas–, trátese de gobiernos surgidos de elecciones populares o de simples gobiernos de facto, desembozados unos o con fachada constitucional otros.

Está claro que un hiperpresidencialismo no descansa en principios democráticos como la separación de poderes, el control político del congreso y el jurisdiccional de las cortes de justicia para determinar la responsabilidad gubernamental; el contexto político-populista que induce a la violencia no permite que las transformaciones puedan realizarse en un marco de tolerancia, de criterios diversos, es decir, aquí no tiene cabida la visión democrática.[12]

El sistema presidencial de América Latina no necesita llegar a una hipertrofia, requiere la consolidación de sus instituciones a las que se debe dotar de mayor dinamismo y eficacia, de acuerdo con las necesidades de

12. Al analizar los llamados "consejos ciudadanos", que se han creado en algunos países, se determina que su grado de representación popular es mínimo, allí opera la tesis decisionista de Schmitt en el sentido que se impone la voluntad del gobernante.

nuestra época, en que el Estado está obligado a intervenir cada vez más para hacer realidad todos los derechos y alcanzar el desarrollo integral de la comunidad política, mediante políticas concretas.

En general, en la práctica político constitucional de muchos países de nuestra región no se aplicó la división de poderes a causa de la hegemonía presidencial, ahora será menos, ésta tiene como efecto borrar los límites entre los tres clásicos poderes y de los demás organismos; en este contexto, que presupone la existencia de autoritarismo, ya no es posible que cada institución ejerza sus funciones en el ámbito de sus competencias, sin interferencia del otro.

Como se dijo al analizar el modelo presidencial norteamericano, la separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro. Además, la división de poderes no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político.

No ha faltado quienes piensen que la separación de poderes ha sido concebida para crear gobiernos débiles: que a esto conducen los pesos y contrapesos que finalmente se convierten en bloqueos, en responsabilidades divididas y en desconfianza entre los poderes, que es todo lo contrario de lo que se necesita para un liderazgo y un poder fuertes, y que esta es la paradoja del sistema presidencial.[13]

Uno de los principales factores que ha incidido en la forma de gobernar es sin duda el problema económico financiero con su carga de complejidad y con sus duras consecuencias; hay que tener presente que no han dado solución al problema las diversas recetas de los organismos financieros internacionales que restringen el margen de acción de los gobiernos y causan trastornos en la relación gobierno-pueblo.

En suma, estos fenómenos político-económicos y sociales han determinado que el anhelado equilibrio entre los poderes del Estado se presente como una utopía de imposible realización y que la colaboración ejecutivo-

13. Ver, LINZ, Juan J., *Democracia Presidencial o Parlamentaria ¿Qué diferencia implica?*, en "Las Crisis del Presidencialismo, 1. Perspectivas comparativas". Alianza Editorial, Madrid, 1997.

legislativo sea otra cuestión difícil de alcanzar. Las pugnas de poderes que se han suscitado ha dado lugar al concepto de ingobernabilidad, con el propósito de superar esta situación y para fortalecer la legitimidad presidencial, la mayoría de constituciones establecieron que el titular del ejecutivo fuera elegido por mayoría absoluta de los votos sufragados (con algunas variantes según los Estados), aunque esto suponga la necesidad de ir a un segundo proceso electoral (*ballotage*).

Ahora vemos que las últimas constituciones que han sido expedidas propenden al fortalecimiento del titular de la función ejecutiva mediante elementos jurídico-políticos de concentración de competencias lo cual favorece al presidente de la república en detrimento del propio sistema democrático constitucional.

XII. A manera de conclusión

Para afrontar los múltiples problemas actuales y como una receta "nueva", en algunos países, como es el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador, se está recurriendo al hiperpresidencialismo a expensas del debilitamiento de los demás poderes y organismos, particularmente del poder legislativo. Muchas atribuciones son conferidas al titular del ejecutivo y se lo hace de manera constitucional, mientras al legislativo se le retiran competencias que tradicionalmente le correspondieron.

La acumulación de atribuciones en el titular del ejecutivo presidencial, naturalmente, rompe el equilibrio de los poderes y por camino diferente llegamos al extremo de la hegemonía presidencial, con todo lo que esto significa. Por ello, considero que un hiperpresidencialismo es una forma de autoritarismo que contiene elementos antidemocráticos.

El asunto se complica cuando se observa que tal sistema está establecido en la Constitución, por tanto no puede ser tildado de inconstitucional. Ello conduce a pensar que la Carta Fundamental, la Ley de Leyes, **tiene que estar construida sobre un basamento de democracia**; no es suficiente tener una Constitución que corra el riesgo de servir de camuflaje al autoritarismo. Y, uno de los parámetros para evaluar una democracia es el grado de separación o división de poderes que impera en un país.

También, en la época contemporánea, se ha discutido la idea de que no basta la Constitución sin la democracia y viceversa, una democracia sin Constitución; lo cual ha llevado a crear el término "democracia constitucional". La concepción de vincular estrechamente la democracia y la Constitución ha llevado a muchos tratadistas (FRIEDRICH, LOEWENSTEIN, entre otros) en las últimas décadas, a hablar de "democracias constitucionales".

En mi criterio, a la democracia le conviene el calificativo de constitucional porque precisa su rasgo principal: de ser una forma de gobierno y un estilo de vida, y no se la reduce a alguno de sus tipos o aspectos, como decir "democracia liberal" o "democracia socialista", pues el liberalismo o el socialismo no son sino un ingrediente.[14]

* * * * *

Bibliografía

BURDEAU, Georges: *Traité de Science Politique.* Tome V : Les Régimes Politiques. 3e édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1985.

CARPIZO, Jorge: *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007. DUVERGER, Maurice: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel-* 1/ Les grands systémes politiques. 16e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1980.

GILSON, Bernard: *La Découverte du Régime Présidentiel.* 2e éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris. 1982.

HAURIOU, André et GICQUEL, Jean: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.* 7e éd., Édition Montchrestien, Paris, 1980.

14. Sobre estos aspectos, coincido con el pensamiento del maestro argentino MARIO JUSTO LÓPEZ, quien tiene un excelente análisis relativo a la democracia constitucional en su obra: *Manual de Derecho Político Editorial, Kapelusz, Buenos Aires, 1973, pp. 412 y ss.*

LINZ, Juan J. y VALENZUELA, Arturo: *La crisis del presidencialismo* 1. Perspectivas comparativas. Alianza Editorial, Madrid, 1997.

LÓPEZ, Mario Justo: *Manual de Derecho Político*, Kapelusz, Buenos Aires, 1973.

LOWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución.* Ariel, Barcelona, 1979.

MONTESQUIEU: *L' Esprit des lois.* Oeuvres complètes. Collection l'Intégrale. Éditions du Seuil. Paris, 1970.

MOULIN, Richard : *Le Présidencialisme et la Classification des Régimes Politiques.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.

ROZO ACUÑA, Eduardo: *Bolívar y la organización de los poderes públicos.* Editorial Temis, Bogotá, 1988.

VALADÉS, Diego y SERNA, José María (Coord.): *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

Obra colectiva: *Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento.* Serie: Lecturas Constitucionales Andinas 2. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993.

EL SISTEMA ECUATORIANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CORTE CONSTITUCIONAL[1]

RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ[2]

I. Modelo de Control Constitucional en Ecuador

Hasta la Constitución de 1998 el modelo de justicia constitucional era, indudablemente, mixto, mas con la vigencia de la Constitución de 2008 (CE) el sistema se tornó en concentrado, aunque en su momento se manifestaron tendencias para modificar el modelo a través de la expedición de diversas normas legales. De hecho, con la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), primero, y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJ), después, se introdujeron disposiciones equívocas que parecían facultar a los jueces el ejercicio de control difuso, asunto que ha sido desestimado reiteradamente por la Corte Constitucional.

Como se dijo, hasta la Constitución de 1998 fue mixto toda vez que al control concentrado que ejercía el entonces Tribunal Constitucional respecto de determinados actos normativos (Art. 276, N° 1) se sumaba la facultad de los jueces de declarar inaplicables dentro de causa concreta preceptos normativos contrarios a la Constitución, luego de lo cual, como cierre de sistema,

1. En esta artículo se utilizan las siguientes abreviaturas: CE (Constitución); COFJ (Código Orgánico de la Función Judicial); LOEOP (Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia); LOES (Ley Orgánica de Educación Superior); LOFL (Ley Orgánica de la Función Legislativa); LOGJCC (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); LOSP (Ley Orgánica del Servicio Público); RSPCC (Reglamento de Sustanciación de Procesos de competencia de la Corte Constitucional), RT (Régimen de Transición).
2. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de posgrados de la Universidad Católica de Guayaquil y de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

debían informar al Tribunal Constitucional para que ejerza control abstracto, sin que ello afecte el fallo o auto expedido por el juez (Art. 274).

Este sistema no trajo mayores inconvenientes y tendía a hacer efectivo el principio de supremacía constitucional en todos los órdenes, por lo que para muchos resultó llamativo que se lo modifique: la Corte Constitucional ejerce control concentrado, abstracto y a posteriori de constitucionalidad de actos normativos y actos administrativos generales, mediando demanda de inconstitucionalidad (Arts. 436, N° 2 y 4, y 439 CE), pero si un juez en causa concreta considera que un precepto es contrario a la Constitución ya no podría inaplicarlo, sino que debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva sobre la constitucionalidad o no de la norma (Art. 428 CE).[3]

Con ello el sistema se torna en concentrado toda vez que solo la Corte Constitucional puede realizar pronunciamientos en torno a si un precepto es o no inconstitucional. A pesar de ello, hay quienes aún quieren ver la posibilidad de que los jueces pueden realizar pronunciamiento de constitucionalidad desde que existe la obligación de los jueces de aplicar directamente la Constitución aunque las partes no la invoquen expresamente (Art. 426 CE), asunto que es indiscutible, aunque una cosa es aplicar los preceptos constitucionales a pesar de no haberse desarrollado en normas secundarias y otra asumir la facultad de inaplicar, más aún cuando esa facultad que constaba en la Constitución precedente no se la incluye en el texto constitucional vigente.

Si bien existió la intención legislativa de volver, irregularmente, al sistema difuso,[4] ello no se produjo en virtud de la objeción presidencial al pro-

3. Constitución del Ecuador. "Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. / Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.".
4. En el Proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aprobado en primer debate se pretendía establecer, en el inciso primero del artículo 145, una distinción: si el juez tenía certeza de la inconstitucionalidad debía inaplicar y si tenía duda debía consultar. Se le hizo presente a la Legislatura que esa era una buena idea para reformar la Constitución, pero no justificaba que, mediante ley, se haga una distinción que no hace la Constitución en su artículo 428, norma en virtud de la cual, en todos los casos (con duda o con certeza) si el juez considera que la norma es inconstitucional debe consultar.

yecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,[5] con cuyo texto se aprobó dicha Ley. En todo caso, disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en el Código Orgánico de la Función Judicial incluyeron en su texto disposiciones idénticas que originaron cierta confusión en la materia, pues en ambos casos se indicó que solo si el juez tiene duda razonable sobre la inconstitucionalidad de una norma debe suspender el proceso y formular la consulta a la Corte Constitucional.[6] Algunos pensaron que si el juez no dudaba de la inconstitucionalidad sino que si tenía certeza de aquella quedaba habilitado para inaplicar preceptos inconstitucionales. Otros opinábamos que esa norma solo indicaba que si para el juez no había duda razonable de inconstitucionalidad, aunque hubiese requerimiento de parte para que se formule la consulta, el juez debía resolver aplicando la norma.

Ese fue, finalmente, el señalamiento que la Corte Constitucional hiciera en varias sentencias, su mayor parte al resolver consultas judiciales de inconstitucionalidad,[7] aunque también lo hizo en un fallo en materia de

5. Oficio N° T.4431-SGJ-09-2041 de 2 de septiembre de 2009. La 9ª objeción relativa al artículo 142 del proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que el juez que tiene certeza de la inconstitucionalidad de una norma debe inaplicarla y remitir informe a la Corte Constitucional para que resuelva con efectos generales y abstractos, por lo que se reproduce, en términos generales, el artículo 274 de la Constitución de 1998. Solo si el juez tiene duda razonable de que el precepto es contrario a la Constitución debe consultar a la Corte Constitucional y seguir el trámite previsto en el artículo 428 de la Constitución vigente.
6. Tanto el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen: "Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. // En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. // Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. // No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. // El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso."

acción extraordinaria de protección,[8] con lo que se confirma que el actual sistema de justicia constitucional en Ecuador es exclusivamente concentrado.

Ahora bien, la Corte Constitucional ejercer control concentrado tal como ocurrió con el Tribunal Constitucional establecido en la cuarta codificación constitucional de 1996 producto del segundo bloque de reformas constitucionales de aquel año[9] y en la Constitución de 1998. Anteriormente existió un Tribunal de Garantías Constitucionales en las Constituciones de 1945 y 1967 y en la primera codificación constitucional de 1984, en las que solo podía suspender las normas inconstitucionales, decisión que debía ser conformada por el Congreso Nacional, conformándose un verdadero modelo de control por órgano político, el mismo que se había contemplado para la Corte Suprema de Justicia en el texto original de la Constitución de 1978-79, consagrando un contrasentido: el órgano del que emana la norma es el que fiscaliza su regularidad constitucional.[10] Ello varió en la segunda codificación constitucional de 1993, pues si bien se mantuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales se creó, paralelamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que debía confirmar o revocar los fallos del primero, conformándose un modelo híbrido que no trajo mayores beneficios al sistema de justicia constitucional, por lo que fue prontamente remplazado.[11]

7. Vgr. Sentencia N° 005-10-SCN-CC dictada en el caso N° 004-10-CN y Sentencia N° 006-10-SCN-CC emitida en el caso N° 039-09-CN, ambas publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 169 de 12 de abril de 2010.
8. Sentencia N° 055-10-SEP-CC dictada en el caso N° 0213-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 359 de 10 de enero de 2011. En este fallo la Corte Constitucional determinó que los jueces no pueden suspender normas inconstitucionales en acción de protección ordinaria. En el caso ocurrió que los jueces de la Tercera Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha habían fallado a favor del accionante considerando que se le había aplicado una sanción prevista en norma reglamentaria, lo que es contrario a los dispuesto en los artículos 76, número 3, y 132, número 2, de la Constitución que consagran el principio de legalidad o de reserva de ley en materia de imposición de sanciones. La Corte Constitucional indicó que, en caso que los jueces sostuvieran que esa norma reglamentaria es inconstitucional, debían suspender la tramitación de la acción de protección ordinaria y formular la consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional.
9. Segundo bloque de reformas constitucionales, publicado en el Registro Oficial N° 863 de 16 de enero de 1996.
10. A juicio de don Víctor Manuel PEÑAHERRERA, la entrega de la facultad de declarar inconstitucionales las normas jurídicas a la Legislatura implicaba consagrar la supremacía del Congreso sobre la Constitución.
11. Sobre este punto *vid.* Marco MORALES TOBAR, *Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, en Luis López GUERRA (coordinador) *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 87-92; Hernán SALGADO PESANTES, *El Sistema Ecuatoriano de Justicia Constitucional*, en *Libro Homenaje a la*

Hago presente que la Corte Constitucional, como el Tribunal Constitucional, conforma una Magistratura autónoma, pues no forma parte de ninguna de las demás funciones del Estado, autonomía que en la actualidad hace que se distinga a esa Magistratura respecto de los demás órganos de la Función Judicial no solo en el aspecto orgánico, sino en todo lo que tiene que ver con el sistema de designación, inamovilidad, sistema de responsabilidad y fuero.

II. Integración de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se integra por nueve miembros, los que forman el Pleno, que es el único órgano decisorio de la Corte Constitucional (Arts. 429, inc. 2°, 432 CE y 171 LOGJCC), toda vez que las salas, a diferencia de lo que ocurría con el Tribunal Constitucional, ya no deciden las causas.[12] Existen tres salas: la Sala de admisión se encarga de calificar las causas que ingresan a la Corte y, de ser el caso, admitirlas a trámite (Art. 197 LOGJCC); la Sala de selección, encargada de escoger las sentencias ejecutoriadas en materia de garantías jurisdiccionales con la finalidad de desarrollar los precedentes jurisprudenciales obligatorios (Arts. 86, N° 5, y 436, N° 6, CE, 25 y 198 LOGJCC); y, la Sala de revisión, que tiene a su cargo estudiar los procesos de garantías jurisdiccionales (Art. 199 LOGJCC).

El número de jueces es el mismo que tenía el anterior Tribunal Constitucional y que también tuvo el pretérito Tribunal de Garantías Constitucionales desde la segunda codificación constitucional de 1993, pues con anterioridad su número era de once miembros.

2.1 Sistema de designación

El órgano de designación es la denominada "comisión calificadora" (Art. 434 CE), el mismo que tiene un carácter transitorio tanto en lo orgáni-

Facultad de Jurisprudencia, Quito, Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia, 1996; y, *Jurisdicción y Procesos Constitucionales en el Ecuador*, en [Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.] *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2001.

12. Hasta la Constitución de 1998, habían asuntos que debían ser resueltos por el Pleno del Tribunal Constitucional y otros que podían ser resueltos por las salas de esa Magistratura, como los aspectos relativos a garantías constitucionales, lo que se determinaba en el artículo 62 de la entonces vigente Ley del Control Constitucional.

co como en lo temporal, pues se designa con el único fin de seleccionar los miembros de la Corte Constitucional y, concluida su labor, se extingue.

En esta materia, la Constitución de 2008 introduce una novedad que la diferencia de la generalidad de sistemas comparados. Si bien se mantiene la intervención de los órganos del poder público de origen democrático - Presidente de la República y Asamblea Nacional- se incluye la intervención de otra función del Estado: la función de transparencia y control social. Cada uno de estos órganos designa dos personas para integrar la "comisión calificadora".

Ecuador ha mantenido desde su primera Constitución, en 1830, la forma republicana de gobierno y el sistema presidencial. Tanto el Presidente de la República como la Asamblea Nacional son órganos electos por la ciudadanía de modo directo (Arts. 118 y 143 CE).

En la Constitución de 2008 se establece la denominada Función de Transparencia, la misma que se integra por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias, que, en la actualidad son tres: la de Bancos y Seguros, la de Telecomunicaciones y la de Compañías (Art. 204 CE). Tanto el Contralor como el Defensor del Pueblo y los superintendentes son designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, todos por concurso, aunque en el caso de los superintendentes, el concurso se realiza de entre los integrantes de una terna presentada por el Presidente de la República (Arts. 208, N° 10 y 11, y 213 CE). El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por su parte, se integra por siete consejeros, aunque la Constitución omite establecer los requisitos para ser consejero y el período, limitándose a establecer que su selección se realizará entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía y que el proceso será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conduce el correspondiente concurso (Art. 207 CE).

Ahora bien, la intervención del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional y de la Función de Transparencia no se restringe a nombrar a los seis integrantes de la "comisión calificadora", sino que, además, deben presentar las candidaturas para que se realice el correspondiente concurso público (Art. 434 CE). Es decir, los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional no pueden participar en el

concurso si no son propuestos por los mismos órganos que designaron a la "comisión calificadora".

La Constitución no establece los requisitos para ser miembro de la "comisión calificadora", ni señala que su designación debe operar mediante concurso de oposición y merecimientos, asunto que sí opera para la generalidad de funcionarios y no solo para los que tienen base constitucional, excepto para los servidores electos y los de libre nombramiento y remoción (Art. 228 CE).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que los integrantes de la comisión calificadora deben reunir los mismos requisitos establecidos para los miembros de la Corte Constitucional, estando sujetos a los mismos impedimentos, agregando que, una vez nombrados deben actuar "con absoluta independencia de las autoridades nominadoras" (Art. 179, N° 2, LOGJCC).

2.2 *Requisitos*

Los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional son similares a los establecidos para ser juez de la Corte Nacional de Justicia, órgano que reemplazó a la tradicional Corte Suprema de Justicia (Arts. 183 y 433 CE). Los requisitos son: ser ecuatoriano en goce de derechos políticos; tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; demostrar probidad y ética; y, no pertenecer ni haber pertenecido el los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

Hay una disminución de requisitos si se comparan las exigencias contenidas hasta la Constitución de 1998, pues ya no se exige nacionalidad de origen, se eliminó el requisito de edad,[13] al igual que el grado de doctor en

13. Hasta la anterior Constitución, para ser vocal del Tribunal Constitucional, como para ser magistrado de la entonces Corte Suprema de Justicia se exigía una edad mínima de cuarenta y cinco años, lo que resultaba elevado comparando con otros sistemas. El constituyente de 2008 decidió eliminar el requisito de edad. Si se calcula que un ciudadano debe tener diez años de experiencia y que, normalmente, a los veinte y cuatro o veinte y cinco años se titula de abogado, estaría en capacidad de optar por esta función a partir de los treinta y cuatro años. Esta reducción de edad es un alto riesgo, pues se trata de un cargo tan complejo, donde se debe tener la madurez suficiente para dejar de lado la pasión política propia de todo ser humano y ceñirse estrictamente al mandato constitucional, ayudado

derecho, jurisprudencia o ciencias jurídicas, y se disminuye el tiempo de ejercicio previo que antes era de quince años. Al efecto, desarrollaremos brevemente esos requisitos:

a) Nacionalidad

Como se señaló, la Constitución actual solo exige la nacionalidad ecuatoriana como primer requisito de elegibilidad, con lo que únicamente se excluye a los extranjeros, toda vez que ésta puede se obtiene por nacimiento o por naturalización (Art. 6 CE).[14] Ahora bien, esta morigeración del requisito al no exigirse ya la nacionalidad de origen como ocurría hasta la anterior Constitución (Arts. 201, N° 1, y 275, inc. 2°) no solo ocurre en este caso, sino en otros como el acceso a la Legislatura en la que, en la actualidad, solo se exige la nacionalidad independientemente del modo como se ha adquirido (Art. 119 CE).

b) Goce de derechos políticos

Resulta llamativo que en este caso, como en otros en la misma Constitución, se siga haciendo referencia a los "derechos políticos" (Art. 433, N° 1, CE) cuando el Código Político les ha cambiado de denominación por el de "derechos de participación". Al parecer la novedad solo quedó en el epígrafe del capítulo quinto del título I, "derechos", porque en ninguna otra parte del texto constitucional se vuelve a hablar de "derechos de participación" sino de "derechos políticos".

por sus conocimientos y experiencia. Reiteramos que aunque la Constitución en la parte orgánica tenga recelo de llamar juez o magistrado (solo dice miembro, Arts. 431 y siguientes) a quien es parte de la Corte Constitucional, consideramos que realmente es un juez de alto nivel y que, como tal, debe poseer prudencia, conocimientos en su materia, ponderación en sus actos, junto a la indispensable independencia e imparcialidad.

14. Son ecuatorianos de origen, tanto los nacidos en el territorio nacional como sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad que hayan nacido en el exterior, además de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades reconocidos por Ecuador, con presencia en las zonas de frontera (Art. 7 CE). Son nacionales por adopción quienes han obtenido la carta de naturalización y los que obtengan esta nacionalidad por haber prestado servicios relevantes al país. Se considera nacionales por naturalización mientras son menores de edad, conservándola si no expresan voluntad en contrario posteriormente, los extranjeros adoptados por un ecuatoriano y los hijos nacidos en el exterior de ecuatorianos naturalizados. También lo son quienes contraen matrimonio con ecuatoriano o mantenga unión de hecho con un nacional (Art. 8 CE).

En relación al goce de derechos políticos, el requisito se torna evidente desde que uno de esos derechos es, precisamente, el de desempeñar empleos y funciones públicas (Art. 66, N° 7, CE). La Constitución determina, en su artículo 64, las razones por las que estos derechos son suspendidos: por interdicción judicial; por ser condenado a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista; y, en los demás casos determinados en la ley.

c) Título

La Constitución exige para ser elegible miembro de la Corte Constitucional: "Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país" (Art. 433, N° 2, CE). Según la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, corresponden a este nivel "los grados académicos de licenciado y los títulos profesionales universitarios o politécnicos, y sus equivalentes" (Art. 118, letra b), contándose entre estos últimos el título profesional de abogado.

Hacemos presente que similar exigencia consta en la Constitución para ser juez de la Corte Nacional de Justicia (Art. 183, N° 2, CE), mas en el actual Código Orgánico de la Función Judicial se restringe el requisito a tener el título de abogado excluyéndose el grado de licenciado en Derecho o en Ciencias Jurídicas (Art. 175, N° 2, COFJ). En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se mantiene el requisito de elegibilidad para los miembros de la Corte Constitucional con la amplitud prevista en la Constitución, sin la restricción que se ha comentado (Art. 172, N° 2).

d) Experiencia

En el caso ecuatoriano, los ciudadanos elegibles para la Corte Constitucional se encuentran entre quienes ejercen la profesión de abogado, los docentes en ciencias jurídicas y quienes han ejercido la judicatura por un lapso mínimo de diez años.

Respecto del ejercicio profesional, tradicionalmente los tiempos de práctica se contaban desde la afiliación en el correspondiente colegio de abogados pues, conforme la Ley de Federación de Abogados, era una condición necesaria para la actuación de un letrado, hasta la declaratoria de inconstitucionalidad decidida por el Tribunal Constitucional.[15] En la actualidad, el

Código Orgánico de la Función Judicial exige como requisito para el patrocinio la incorporación del abogado en el registro que al efecto debe llevar el Consejo de la Judicatura, inscipción que acredita la calidad de abogado (Art. 324, N° 2, 325 y 326 COFJ). Ahora bien, para optar a la magistratura el título debe ser reconocido en el país, por lo que no necesariamente debe ser otorgado por universidad ecuatoriana. En caso que el título sea otorgado en el exterior, antiguamente éste debía ser reconocido por una universidad ecuatoriana para su posterior registro en el Consejo Nacional de Educación Superior, según la anterior Ley de Educación Superior (Art. 46, 6ª y 7ª disposiciones generales), mas la actual Ley Orgánica de Educación Superior establece que la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación efectivizará el reconocimiento e inscripción automática de títulos obtenidos en el extranjero cuando dichos títulos se hayan otorgado por instituciones de educación de alto prestigio y calidad internacional; y siempre y cuando consten en un listado que para el efecto elaborare anualmente la Secretaría, evento en el cual no se requiere trámite alguno para que el título sea reconocido y válido en el Ecuador. En caso que la institución no conste en el listado, la Secretaría podrá reconocerlo e inscribirlo previo al trámite correspondiente (Art. 126 LOES). El ejercicio profesional de abogados graduados en el extranjero, en las condiciones de reconocimiento antes señaladas, se ratifica en el Código Orgánico de la Función Judicial para el caso del (Art. 332 COFJ).

Por su parte, para acceder a la docencia se requiere tener título universitario y ganar el correspondiente concurso de merecimientos y oposición, aunque existen diferencias entre profesores titulares principales (a quienes se exige el doctorado) y los no titulares (Arts. 150, 153 y 154 LOES).

Sobre el ejercicio de la judicatura, el Código Orgánico de la Función Judicial diferencia la carrera judicial jurisdiccional para quienes prestan sus servicios en calidad de jueces y la carrera judicial administrativa para los demás servidores judiciales (Art. 42 COFJ), aplicando esta fuente solo a los primeros. Los demás servidores judiciales resultarán elegibles para la Corte Constitucional desde la vertiente del ejercicio profesional pues, según la Ley de Federación de Abogados, se entiende por ejercicio profesional no solo el patrocinio de causas, sino también las asesorías, consultorías, "o cualquier otro servicio que requiera de conocimientos en ciencias jurídicas, realizados

15. Tribunal Constitucional. Resolución N° 038-2007-TC, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 336 de 14 de mayo de 2008.

en las funciones del Estado, o en cualquier otra entidad del sector público o privado" (Art. 35-A).

Ahora bien, se exige que el ejercicio profesional, de la judicatura o de la cátedra haya sido realizado con "probidad notoria", por lo que no basta el cumplimiento de un período de tiempo.

e) Probidad y ética

Uno de los más llamativos requisitos de elegibilidad establecidos por el constituyente es este: el elegible debe "Demostrar probidad y ética" (Art. 433, N° 4, CE). Es curioso que corresponda demostrar algo que se debe presumir (Art. 76, N° 2, CE) y que, en estricto sentindo, puede ser objeto de escrutinio dentro del proceso de designación dentro del concurso público en el que existe "veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana" (Art. 434 CE), momento oportuno en el que se pueden hacer observaciones relativas a estos aspectos a los elegibles. En todo caso, la Constitución deriva a la ley la determinación del procedimiento para acreditar estos requisitos (Art. 433, inc. 2°, CE).

Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no ayuda a dilucidar cómo se demuestra que se es probo o ético. Al efecto se limita a indicar que para ser designado juez de la Corte Constitucional se requiere. "Demostrar probidad y ética, que será valorada a través del concurso público" (Art. 172, N° 4, LOGJCC). Pues bien, como la Constitución obliga demostrar esa probidad y ética el candidato se vería obligado a presentar su certificado de antecedentes personales con la finalidad de demostrar que no ha sufrido condena en el pasado o cartas que señalen que el beneficiario es probo.

Este requisito llama la atención, además, porque no se exige para ser juez de la Corte Nacional de Justicia (Art. 183 CE).

f) Inhabilidades

Una inhabilidad se ha introducido en el precepto constitucional relativo a los requisitos de elegibilidad: "No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político" (Art. 433, N° 5 CE). La idea de esta inhabilidad es evitar la afectación de la

independencia del juez constitucional, real o supuesta, por su vinculación a los órganos directivos de las organizaciones políticas. En todo caso, de conformidad con la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, si bien tanto los partidos como los movimientos políticos deben indicar los órganos directivos y la nómina de sus integrantes al momento de inscibirse en el registro correspondiente (Art. 315 LOEOP), éstos tienen la libertad de determinar su propia organización (Art. 330, N° 1, LOEOP) y solo se obliga a los partidos políticos tener estructura nacional que debe contener "una máxima autoridad y una directiva nacional", lo que no ocurre con los movimientos, que deben tener una máxima autoridad nacional o local y otros cargos, mas no se les obliga tener una directiva (Arts. 332 y 333, LOEOP).

En todo caso, se permite la afiliación (caso contrario sería una violación al derecho político pertinente) pero se prohíbe participar en las directivas, que supone una militancia activa.

En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se agregan, además de la antes señalada, siete inhabilidades más (Art. 173 LOGJCC). Cuatro de ellas están previstas en la Constitución como impedimentos para ser candidato a dignidades de elección popular,[16] que no es el caso de los miembros de la Corte Constitucional, y otras que se prevén en la Constitución para el caso de los ministros de Estado, lo que tampoco corresponde a la magistratura.[17] Se extiende a los jueces constitucionales los impedimentos generales para el ingreso al servicio civil en el sector público (Art. 173, N° 7, LOGJCC), entre los que se encuentra la prohibición

16. Constitución del Ecuador. "Art. 113.- No podrán ser candidatas o candidatos de elección popular: 1. Quienes al inscribir su candidatura tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales. / 3. Quienes adeuden pensiones alimenticias. / 7. Quienes hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto / 8. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo." Estas mismas inhabilidades se contineen en el artículo 173, números 2, 3, 4 y 6 del proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
17. Constitución del Ecuador. "Art. 152.- No podrán ser ministras o ministros de Estado: / 2. Las personas naturales, propietarias, miembros del directorio, representantes o apoderadas de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que mantengan contrato con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual. / 3. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo." Estas inhabilidades se contineen en el artículo 173, números 2, y 4 del proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

de pluriempleo (Arts. 230, N° 1, CE y 12 LOSP), y el impedimento de ingreso a quienes hubieren cometido determinadas infracciones.[18] La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina una adicional: no puede ser designado quien sea cónyuge o conviviente o partiente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con un miembro de la Corte Constitucional o de algún miembro de la comisión calificadora (Art. 173, N° 8, LOGJCC).

g) Incompatibilidades

No existe en la Constitución un régimen de incompatibilidades aplicable exclusivamente para los miembros de la Corte Constitucional, a diferencia de lo que ocurre con los jueces y servidores de la Función Judicial,[19] por lo que se debe acudir al régimen establecido para la generalidad de servidores públicos, tanto más cuanto la propia Constitución establece que son servidores públicos "todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público" (Art. 229 CE).

La única incompatibilidad establecida en la Constitución de modo expreso para la generalidad de servidores públicos es la prohibición de "[d]esempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita" (Art. 230, N° 1, CE). En todo caso, la propia Constitución establece que mediante ley se pueden determinar otras prohibiciones.

18. De este modo, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Servicio Público indica: "Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública. // La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación. // Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente".
19. Constitución del Ecuador. "Art. 174.- Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo. / La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. / Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso."

En el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se propone que la magistrtura constitucional sea de dedicación exclusiva, por lo que no solo no podrán desempeñar otra función pública, asunto determinado por la Constitución, sino tampoco una función privada, con lo que se asimila este caso al de los jueces de la Función Judicial (Art. 174, inc. 1°, CE).

Si bien no se incluye la prohibición que tienen los jueces de la Función Judicial para "ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso", en la práctica dos de estas situaciones sí afectan al juez constitucional. En primer lugar, es un requisito para ser miembro de la Corte Constitucional no pertenecer a la directiva de ningún partido o movimiento político (Art. 433, N° 5, CE) y, en segundo término, si un miembro de la Corte Constitucional desea presentar su candidatura a alguna dignidad de elección popular, debe renunciar a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección, al igual que los jueces de la Función Judicial (Art. 113, N° 4, CE). En todo caso, resultaría conveniente que los jueces constitucionales, al igual que los de la Función Judicial, tengan prohibido realizar actividades de proselitismo político o religioso, con la finalidad de favorecer los principios de independencia y de imparcialidad.

2.3 Forma de designación

Como se señaló, la designación de los miembros de la Corte Constitucional corresponde a la denominada "comisión calificadora", la que se conforma por seis integrantes nombrados por el Presidente de la República, la Asamblea Nacional y la Función de Transparencia, funciones que, además, deben presentar las candidaturas para que se realice el correspondiente concurso público (Art. 434 CE). Es decir, los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional no pueden participar en el concurso si no son propuestos por los mismos órganos que designaron a la "comisión calificadora".

Al tratarse de un órgano de reciente creación, en reemplazo del Tribunal Constitucional, hay que distinguir dos momentos: el de la integración de la primera Corte Constitucional con las designaciones ulteriores.

a) Primera integración

Conforme el artículo 25 del denominado Régimen de Transición (RT),[20] "[u]na vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional." En la actualidad ya se encuentran integradas las funciones Ejecutiva y Legislativa, con la elección del Presidente de la República y de la Asamblea Nacional. Queda por integrarse la Función de Transparencia con la designación de los nuevos Defensor del Pueblo y Contralor General del Estado, pues ya se nombró al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y los superintendentes.

Como se observa, en la primera designación se conformará la primera Corte de manera íntegra, esto es, se nombrará a los nueve miembros. Con la finalidad de evitar que se presente un número de candadatos que haga imposible integrar la Corte Constitucional, esto es, menos de nueve o que el concurso sea desvirtuado al proponer el número mínimo, es decir, nueve candidatos para nueve cargos, o que, derechamente, exista un acuerdo para que cada función tenga un número equis de cargos en la Corte (tres cada una, por ejemplo), el Régimen de Transición establece que cada función debe proponer "al menos nueve (9) candidatos" (Art. 25, inc. 2º, RT).

b) Designaciones ulteriores

La Constitución establece para este caso, al igual que para la Corte Nacional de Justicia y el Tribunal Contencioso Electoral, el sistema de renovación parcial por tercios cada tres años (Art. 432 CE). Como en la primera designación la conformación del órgano es íntegra, todos los miembros tendrían el derecho de conservar el cargo por el período completo, con lo que se haría imposible la renovación parcial. Para solucionar este predicamento, el constituyente omitió establecer la correspondiente disposición transitoria, a diferencia de lo que ocurre con la Corte Nacional de Justicia y el Tribunal Contencioso Electoral (11ª disposición transitoria CE). Frente a ese vacío, se incluyó la siguiente norma en el denominado Régimen de Transición:

20. Este cuerpo normativo fue aprobado por parte de la Asamblea Constituyente para ser sometido a la aprobación ciudadana de modo inescindible con el proyecto de Constitución y es el único que tiene esa base en la que se les da a los miembros de la Corte Constitucional la calificación de "magistrados".

"Cuando corresponda la renovación del primer tercio de las magistradas y magistrados que integran la Corte, se escogerán por sorteo quienes deban cesar en sus funciones. Cuando se renueve el segundo tercio el sorteo será entre las seis (6) magistradas y magistrados restantes de los designados la primera vez." (Art. 25, inc. 4°, RT)

c) El concurso

Sobre esta materia, el artículo 434 de la Constitución establece que la selección de los miembros de la Corte Constitucional se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones antes señaladas, "a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana", procurando "la paridad entre hombres y mujeres".

Sobre el desarrollo del concurso, el artículo 25, inciso tercero, del Régimen de Transición se limitó a señalar: "Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social". Esta diposición resulta contradictoria con este mismo precepto y con la primera disposición transitoria de la Constitución. Esa contradicción se produce desde que la designación de la comisión calificadora se producirá una vez organizadas las nuevas funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia (Art. 25, inc. 1°, RT), entendiéndose que la conformación íntegra de la Función de Transparencia se debe producir una vez transcurrido el plazo máximo de un año con el que cuenta la Legislatura para aprobar la ley que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional (1ª disposición transitoria CE). En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se incluyen normas que regulan el concurso, por lo que la determinación contenida en el artículo 25, inciso tercero, del Régimen de Transición pecará de inútil y, lo que resulta peor, podrá originar un eventual conflicto de competencia entre la Asamblea Nacional y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, asunto que, de producirse, deberá ser resuelto por la Corte Constitucional (Art. 436, N° 7, CE). En todo caso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que para la primera designación será el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social el que elabore las normas y procedimientos del concurso "conforme lo establecido en la Constitución y en la presente ley" (6ª disposición transitoria LOGJCC).

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los pasos que se debe cumplir son los siguientes:

1° Integración de la comisión calificadora. Las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia deben designar los integrantes de esa comisión, en un número de dos cada una. Más allá del cumplimiento de requisitos de elegibilidad, no existen normas vigentes o proyectadas que deban cumplir las funciones antes señaladas para designar a sus candidatos, configurándose una potestad discrecional (Art. 179 LOGJCC).

2° La comisión calificadora, conforme las normas proyectadas, deberá realizar la convocatoria para que las funciones antes señaladas presenten las candidaturas, en un número mínimo de nueve postulantes cada una, con lo que se reitera el carácter cerrado del concurso, convocatoria que se hace a través de medios de comunicación social y a través de medios electrónicos de acceso público gratuito. En esa misma convocatoria se deberá incluir la invitación para que se inscriban veedurías nacionales e internacionales. (Arts. 25 RT y 180 LOGJCC).

3° No existen normas relativas al incumplimiento del número mínimo de postulantes que debe presentar cada función. Lo único que se estaría por prever es el caso de que los postulantes no reúnan los requisitos de elegibilidad: se deben designar los reemplazos dentro del término de tres días. En todo caso, tampoco se señala una consecuencia jurídica para el evento que no se señalen los reemplazos (Art. 180, N° 3, LOGJCC).

4° Publicado listado de candidatos, se proyecta abrir un período de quince días para que los ciudadanos presenten ante la comisión calificadora sus impugnaciones para que, una vez concluido el plazo, se realicen las audiencia públicas en las que los candidatos se pronunciarán sobre las oposiciones recibidas. Concluida esta fase, la comisión calificadora deberá elaborar el listado definitivo de elegibles (Art. 182 LOGJCC).

5° Dentro de las normas para el concurso que se realiza entre los elegibles constan: asegurar la estricta igualdad de oportunidades entre los candidatos, prohibiendo cualquier discriminación; se debe procurar la paridad de género, para lo cual se preferirá la candidatura de la mujer en caso de igualar en condiciones con un hombre; se prohíbe utilizar factores de evaluación subjetivos como creencias y opinión política del candidato, sus convicciones religiosas, origen familiar, lugar de origen, entre otros; la valoración de la

formación, experiencia y producción profesional y académica debe considerar el desempeño en cada área y la calidad de los productos obtenidos, limitando los méritos a un treinta por ciento de la puntuación total. Tal vez lo más interesante es que el concurso de oposición debe versar sobre las materias y las habilidades que se requieren para el ejercicio de la magistratura en la Corte Constitucional (Art. 181 LOGJCC).

6° Los elegibles deberán concurrir a una comparecencia pública en la que, en orden alfabético, serán examinados con preguntas elaboradas previamente por la comisión calificadora y escogidas al azar, las que deben privilegiar la argumentación. Concluida esta fase la comisión calificadora deberá elaborar una lista con los puntajes obtenidos por cada candidato, designando a los que han obtenido las más altas puntuaciones como miembros de la Corte Constitucional. Quienes no resultaron designados pasarían a formar parte del "listado de elegibles" que remplazarán a los miembros de la Corte Constitucional en caso de ausencia temporal o definitiva (Arts. 183 y 184 LOGJCC).

2.4 *Período*

La Constitución establece que los miembros de la Corte Constitucional ejercerán sus funciones por un período de nueve años, sin redesignación inmediata, existiendo renovación por tercios cada tres años (Art. 432 CE).

Sobre el período, se hace presente que es el más extenso en la historia constitucional ecuatoriana para el ejercicio de la magistratura constitucional, tiempo aceptable pues los periodos cortos contribuyen a una mayor politización.[21] En cambio, la posibilidad de redesignación ha sido una tradición en la historia constitucional ecuatoriana.[22]

21. De este modo, la Constitución de 1945 instituye por primera vez el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyos miembros tenían un encargo de dos años (Art. 159), asunto que se reitera en la Constitución de 1967 para los integrantes electos, pues también existían miembros natos como los presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo Electoral, y el Procurador General del Estado (Art. 219). En el texto original de la Constitución de 1978-79, siguiendo la línea de la Carta de 1967, se establecen miembros natos, mas los electos ven reducidos sus períodos a un año (Art. 140). En la primera codificación constitucional de 1984, producto de las reformas de 1983, se eliminan los miembros natos del Tribunal de Garantías Constitucionales y se retorna al período de dos años (Art. 140). En la segunda codificación constitucional de 1993 se amplía el período de los vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales a cuatro años (Art. 143). En la tercera y cuarta codificaciones de 1996 y 1997 se crea el Tribunal Constitucional con nueve vocales con un período de cuatro años (Art. 174 en ambas codificaciones), lo que se mantiene en la Constitución de 1998 (Art. 275).

La Constitución de 2008 prohíbe la reelección inmediata, es decir hay la posibilidad de presentarse de nuevo, pero no se señala después de qué tiempo. Y esto debió decir expresamente la normativa constitucional, no dejar para la Ley, porque se establece un relevo o renovación por tercios cada tres años (Art. 432 CE). Entonces, la Constitución no se establece de manera precisa si quien ha ejercido la magistratura constitucional puede presentarse una vez que hayan transcurrido nueve años, es decir, que debe dejar pasar un período completo, o si puede presentarse al concurso inmediatamente posterior al efectuado luego de su relevo, esto es, luego de tres años del cese. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no hace un señalamiento expreso al respecto, limitándose a reiterar que "no podrán ser reelegidos inmediatamente" (Art. 171 LOGJCC).

Al ser el ejercicio de una función pública un derecho político (Art. 61, N° 7, CE), se podría sostener, por una parte, que al no existir restricción expresa en el sentido de dejar pasar un período completo, se debería interpretar la norma en el sentido que basta con dejar transcurrir un concurso para presentarse en el siguiente (Art. 11, N° 3 y 5, CE).

La Constitución de 2008 establece de modo expreso que los miembros de la Corte Constitucional no estarán sometidos a juicio político "ni podrán ser removidos por quienes los designen" (Art. 431 CE). Que remuevan a los miembros de la Corte Constitucional quienes los designan resulta complicado, por decir lo menos, pues el órgano de designación, como se dijo, es de carácter extraordinario: la comisión calificadora no es un órgano permanente, desaparece una vez que elige a los miembros de la Corte. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional va más allá: no solo se refiere al órgano de designación sino a todas "las autoridades que intervinieron en su designación" (Art. 186, N° 1, LOGJCC), asegurando el principio de independencia jurisdiccional.

La nueva Constitución, a diferencia de textos constitucionales pretéritos, excluye de juicio político a los miembros de la Corte Constitucional, aunque se debe señalar que, respecto del Tribunal Constitucional, nunca

22. Respecto de la redesignación, en las Constituciones de 1945, 1967 y 1978-79 y en su codificación de 1993, expresamente se establecía la posibilidad de reelección de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales. En la codificación constitucional de 1984 no se la estableció expresamente, pero tampoco se impedía ese evento. Respecto del Tribunal Constitucional se estableció la posibilidad de reelección en la tercera y cuarta codificaciones de 1996 y 1997 y en la Constitución de 1998.

hubo una destitución decidida por la Legislatura siguiendo ese procedimiento, sino que ésta, sin atribuciones, declaraba el cese de funciones de los vocales.[23] A tanto llegó la inestabilidad de los vocales del entonces Tribunal Constitucional que solo una integración logró completar el período de funciones.[24]

Como se verá en el régimen de responsabilidades, la actual Constitución establece que el único órgano cono competencia para destituir a un miembro de la Corte Constitucional es el Pleno de la misma Magistratura, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes (Art. 431, inc. 3°, CE).

2.5 *Régimen de inmunidades: su eliminación en la Constitución*

La actual Constitución no establece ningún régimen de inviolabilidad o en general de inmunidad para los miembros de la Corte Constitucional, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1998 que, respecto de los vocales del Tribunal Constitucional disponía que "[n]o serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo" (Art. 275).[25] En el anterior sistema podía observarse que, a dife-

23. En 1999, el Tribunal Constitucional electo en 1997 fue cesado por el Congreso Nacional. En noviembre de 2005 una mayoría de legisladores cesa a los vocales del Tribunal Constitucional designados en 2003. El nuevo Tribunal es nombrado, básicamente, con la finalidad de impedir una declaratoria de inconstitucionalidad del cese de los vocales del Tribunal Supremo Electoral y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esos vocales fueron, a su vez, cesados en abril de 2005, luego de que una nueva mayoría parlamentaria cesara en su cargo al Presidente de la República. Solo en 2006 se volvió a integrar el Tribunal Constitucional, mas sus miembros fueron nuevamente cesados en 2007 por una mayoría congresal que buscaba evitar la ejecución de un fallo por el cual se ordenaba el reintegro de cincuenta y siete diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral, nombrándose nuevos integrantes para la Magistratura constitucional.

24 Se trata del Tribunal Constitucional en el período 1999-2003. El último Tribunal Constitucional, nombrado en 2007, se autoproclamó "Corte Constitucional para el período de transición" el 20 de octubre de 2008, cuando se publicó la actual Constitución.

25. Como se observa, los integrantes del entonces Tribunal Constitucional se encontraban protegidos, exclusivamente, respecto del ejercicio del cargo, el que se determinaba en el cumplimiento de las atribuciones que el artículo 276 de la Constitución de 1998 confería privativamente al Tribunal Constitucional, esto es: el control concentrado, abstracto y a posteriori de constitucionalidad de determinados actos normativos y de actos administrativos; la revisión de sentencias en materia de garantías; el control preventivo de tratados internacionales y de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República en razón de

rencia de los vocales del Tribunal Constitucional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no gozaban de esa protección, a pesar del similar tratamiento que la Constitución de 1998 les da a ambos en materia de requisitos para ocupar el cargo como las prohibiciones a las que se sujetaban.

La respuesta a esa interrogante se la podía encontrar en la naturaleza de las funciones que se ejercían en ambas Magistraturas según la Constitución de 1998: la Corte Suprema de Justicia era, como ahora la Corte Nacional de Justicia, fundamentalmente, un tribunal de casación (Art. 200), por lo que las providencias que dictaban los jueces supremos se referían a la tramitación y resolución de causas concretas. En cambio, las funciones de los vocales del Tribunal Constitucional se destinaban, básicamente, a controlar la actividad legislativa, por lo que sus sentencias, entonces denominadas "resoluciones", tenían alcance y efecto general al anular las normas irregulares (Art. 278). El hecho de declarar o no la inconstitucionalidad de una norma impugnada puede beneficiar o perjudicar a determinadas personas o grupos de personas, quienes podían intentar acciones judiciales contra los magistrados. La inviolabilidad de la que gozaban los vocales del Tribunal Constitucional tenía por finalidad el permitirles ejercer sus funciones de modo independiente y autónomo, sin que sean objeto de apremios ilegítimos.

A pesar de esto, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se les extiende esta inviolabilidad al señalar que los miembros de la Corte Constitucional pueden ser sujetos de juicio penal "excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso, no serán objeto de responsabilidad penal" (Art. 186, N° 2, LOGJCC). Se debe indicar que esta pretendida inviolabilidad fue propuesta por los integrantes de la denominada Corte Constitucional para el período de transición.

La eliminación de la inviolabilidad se debe no solo a hacer cumplir el precepto constitucional de que ningún servidor está exento de responsabilidad por los actos por los actos u omisiones en los que incurre en el ejercicio del cargo (Art. 233 CE), sino a que con la eliminación del enjuiciamiento

vicios de inconstitucionalidad; la dirimencia de conflictos de competencia; además de otras que se le atribuyen en virtud de la ley. Los vocales del Tribunal Constitucional, como ahora los miembros de la Corte Constitucional, formulaban sus opiniones en las reuniones que se mantienen tanto en las Salas como en el Pleno de la Magistratura a fin de resolver las causas que conocen. Del mismo modo, los votos que emitían se encontraban formulados dentro de las resoluciones que se dictan en las respectivas causas.

político de sus miembros, si se estableciera la inviolabilidad, quedarían en una situación de total ausencia de control funcional.

Si bien la Constitución no les otorga inviolabilidad, les ha establecido fuero y un procedimiento de juzgamiento bastante llamativo, asunto que se trata más adelante.

2.6 *Cesación de funciones*

La Constitución se limita a señalar que la destitución de los miembros de la Corte será decidida por sus pares, dejando las causales a la ley (Art. 431, inc. 3°, CE). Ahora bien, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se contemplan algo más que causales de destitución y se disponen causales de cesación (Art. 185 LOGJCC), las que, en mucho, son similares a las causales de cesación presidencial (Art. 145 CE). En todo caso, se propone establecer cono regla para el establecimiento de las causales el voto favorable de los dos terceras partes del total de integrantes de la Corte Constitucional, con lo que se establece una excepción a la regla general de la mayoría absoluta (Art. 190 LOGJCC).

La primera es la terminación del período. Si bien es una causal obvia, la norma proyectada tiene una virtud: señala expresamente que el juez constitucional debe mantenerse en funciones hasta ser legalmente reemplazado. En todo caso, la aun vigente Ley de Régimen Administrativo dispone que "[n]ingún funcionario o empleado, ni aún el nombrado para tiempo fijo, podrá separarse del desempeño de su cargo mientras no fuere legalmente sustituido. Si lo hiciere, pagará una multa equivalente al sueldo de un mes, sin perjuicio de la responsabilidad legal" (Art. 159). A pesar de ello es positivo que conste expresamente en la norma que se refiere directamente a la Magistratura y no en otra que, por las materias que regula, pudiese ser objeto de derogatoria.

La segunda causal también resulta: la muerte. Al implicar la muerte el fin de la persona según nuestro Código Civil (Art. 64), su inexistencia le impide ejercer derechos, como el de ocupar empleos y funciones públicas (Art. 61, N° 7, CE).[26]

26. Curiosamente, hasta la Constitución de 1998 esta era una causal de cesación del Presidente de la República (Art. 167, N° 2), la que ya no consta en la actual Constitución (Art. 145 CE).

Se establece expresamente la posibilidad de renunciar al cargo, la que debe ser "legalmente aceptada por el Pleno de la Corte Constitucional", aunque no se determinan las condiciones de presentación de la renuncia, por ejemplo, si debe ser por escrito y con firma autógrafa, si se presenta ante el Presidente de la Magistratura, etcétera.

La incapacidad física o mental que le impida ejercer el cargo es otra causal de cesación y, al igual que en el caso del Presidente de la República, debe ser "certificada por un comité de médicos especializados". Ese comité no solo debe determinar la existencia de la causal, sino su carácter permanente, distinguiendo la ausencia definitiva de la temporal. En todo caso, no dice la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional qué órgano debe declarar esa incapacidad, asunto que debe ser corregido.

También es casual de cesación el incurrir en una causal de inhabilidad, aunque no se determina procedimiento y órgano de decisión. Sería deseable que una causa que no es un hecho objetivo, como la renuncia o la muerte, y que por ello no requiere de un procedimiento previo en el que el afectado deba hacer efectivo su derecho de defensa para determinarlos, sino que se refiera a la imputación de un acto por parte de un juez constitucional, como pertenecer a la directiva de un partido o movimiento político (Art. 433, N° 5, CE) o las demás establecidas como celebrar contratos con el Estado y otras supervinientes (Art. 173 LOGJCC), sean determinadas en un procedimiento que asegure el debido proceso y el derecho de defensa (Art. 76, N° 3 y 7, CE).

Se determina como causal de cesación la destitución del miembro, asunto que se desarrolla al revisar el régimen de responsabilidades.

Una causal de cesación, no de destitución, es el abandono injustificado del cargo, declarado por el Pleno de la Corte Constitucional. Resulta llamativo que no se requiera de procedimiento ni de quórum calificado para determinar la ocurrencia de la causal. Tampoco se concreta qué debe entenderse por abandono, si este se configura por la mera inasistencia a la Corte o si también incluye el abandono de deberes como, por ejemplo, no despachar las causas dentro de los términos establecidos en la ley.

2.7 *Régimen de responsabilidades*

a) Causales de destitución.

Como se señaló anteriormente, los jueces constitucionales no pueden ser sometidos a juicio político por disposición expresa de la Constitución (Art. 431, inc.1°, CE), asunto que se corrobora desde que la Asamblea Nacional no tiene entre sus atribuciones de enjuiciamiento político las de procesar a los miembros de la Corte Constitucional ni a los jueces de la Corte Nacional de Justicia.[27] A diferencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, a los miembros de la Corte Constitucional no los procesa administrativamente un órgano separado, sino el propio pleno de la Magistratura.[28] Ahora bien, los requisitos, las causas y procedimiento de destitución no se desarrollan en el texto constitucional, sino en la ley (Art. 431, inc. 3°, CE). La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece las siguientes causales de destitución: incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo; violar la reserva propia de la función; y, en caso de responsabilidad penal determinada conforme a la Constitución y la ley.

La primera causal es especialmente abierta e imprecisa: ¿qué quiere decir "culpa inexcusable"? Una cosa es el error inexcusable y otras es esta categoría que no engarza con las clases de culpa establecidas en el Código Civil (Art. 29) y, respecto de la actividad jurisdiccional incluso se podría señalar como inexcusable incurrir en culpa levísima, esto es, la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.[29]

27. Además del enjuiciamiento político del Presidente y del Vicepresidente de la República (Art. 129 CE), la Asamblea Nacional puede proceder al juicio político "de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social" (Art. 131 CE).
28. A los jueces de la Corte Nacional de Justicia los sanciona el Consejo de la Judicatura (Art. 181, N° 3, CE).
29. Código Civil. "Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. / Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean

La última causal, en cambio, podría tener dos interpretaciones: la responsabilidad penal, para efectos de la destitución, puede ser dada por cualquier causa o, por otra parte, solo puede ser establecida por la comisión de infracciones relacionadas con el ejercicio de la magistratura. Si es el primer caso, el asunto podría ser llevado al extremo de que por la comisión de una contravención se pueda destituir al juez constitucional. Si nos inclinamos por el segundo caso, delitos como el prevaricato o, en general, delitos contra la administración pública como la usurpación de funciones y de atribuciones, abusos de autoridad, peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, etcétera, se sancionan, de modo general, con penas privativas de libertad, evento en el cual, por disposición constitucional los derechos políticos se suspenden (Art. 64, N° 2, CE), por lo que se tornaría inútil intentar destituir a quien, por ausencia de requisitos, no puede continuar ejerciendo el cargo (Arts. 61, N° 7, y 433, N° 1, CE).

b) Responsabilidad penal

La Constitución señala que, en caso de responsabilidad penal de los miembros de la Corte Constitucional "únicamente serán acusados por la Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes" (Art. 431, inc. 2°, CE). Esta norma produce tales dificultades, a partir del sistema procesal penal ecuatoriano, que la torna en un real nudo gordiano.

El proceso penal, a la luz de un sistema acusatorio vigente en Ecuador desde el año 2001 y a partir de sus últimas reformas[30] se inicia en la audiencia de formulación de cargos, en la cual el Fiscal General del Estado, una vez que considere que cuenta con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, resolverá el inicio de la instrucción fiscal, para lo cual debe previamente remitir la petición al juez de garantías penales para que señale día y hora para que se lleve a cabo la indicada audiencia (Art. 217 CPP). La primera pregunta que nos formulamos es

ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. / El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. / Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.".

30. Suplemento del Registro Oficial N° 555 de 24 de marzo de 2009.

¿quién hace las veces de juez de garantías penales? Al juez de garantías penales no solo le corresponde, convocar a la audiencia de formulación de cargos y la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen fiscal que concluirá con el auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, sino que entre sus principales atribuciones, está la de garantizar los derechos del procesado y del ofendido, sin pasar por alto la delicada tarea de dictar medidas cautelares. ¿Puede hacer las veces de juez de garantías alguien que no integre el pleno de la Corte Nacional de Justicia?

Lo que es indudable es que, en la etapa de juzgamiento debe intervenir la Corte Nacional de Justicia de justicia en pleno (Art. 180, N° 1, COFJ). Pero ello tampoco está exento de dificultades: la Corte Nacional de Justicia haría las veces de tribunal de garantías penales, esto es, dictaría la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria, una vez que haya comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado.

¿Quiénes hacen las veces de corte provincial para efecto de pronunciarse sobre los recursos de apelación? sabiéndose que este recurso desde las reformas publicadas el 24 de marzo del 2009, también cabe para las sentencias que pronuncie el Tribunal de Garantías Penales, recurso previsto del mismo modo contra los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia, además del auto que concede o niega la prisión preventiva? ¿Quiénes conocen los recursos de nulidad?

¿Quiénes conocen y resuelven los recursos de casación contra la sentencia? ¿Quiénes conocen los recursos de revisión? En ambos casos, para quienes gozan de fuero común, la competencia se radica en la sala penal de la Corte Nacional de Justicia, conformada por al menos nueve jueces, tres de los cuales deben conocer y resolver el asunto por sorteo (Art. 183 COFJ). Si todos los jueces de la Corte Nacional de Justicia han tenido que pronunciar la sentencia con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes ¿cómo se resuelve el predicamento de que un juez no se puede pronunciar sobre su propio fallo? Si dictó sentencia, mal se podría pronunciar en un recurso de casación o de revisión.

El Código Orgánico de la Función Judicial no soluciona el asunto, se limita a señalar que los "miembros de la Corte Constitucional serán juzgados

por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en caso de que hubieren cometido infracciones penales, previa acusación de la Fiscal o el Fiscal General del Estado", lo que es la reiteración de la norma constitucional, y agrega que "[p]ara el efecto, habrá un magistrado que sustanciará la etapa de indagación previa, de instrucción fiscal y la intermedia, debiendo el Pleno dictar los autos y sentencias establecidos en el Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el instructivo que dicte para el efecto" (Art. 181 COFJ). Las cosas quedan peor que antes: no sería ese magistrado el que dicte los autos, sino el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. ¿Cómo puede el pleno de la Corte Nacional de Justicia dictar un auto de llamamiento a juicio y luego juzgar? Sin pasar por alto que en los procedimientos especiales contenidos en el Código de Procedimiento Penal, cuando se norma lo referente al proceso en razón del fuero (Arts. 376 al 382 CPP), ha existido una gran cantidad de reformas e incongruencias, que desde el ordenamiento jurídico vigente no ha hecho más que ahondar.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sorpresivamente, no desarrolla la materia sino que, como quedó dicho, de modo inconstitucional, les pretende extender a los miembros de la Corte Constitucional una inviolabilidad que no tienen.

III. Competencias de la corte constitucional y tipos de procesos constitucionales que conoce

La Corte Constitucional ejerce control concentrado, abstracto, a posteriori y preventivo de constitucioanlidad, estando facultada para practicarlo previo requerimiento, mas existen casos de control obligatorio e incluso de oficio. Además de las facultades propias del control constitucional, las tiene en materia de garantías jurisdiccionales e incluso algunas que se refieren directamente a decisiones de carácter político.

3.1 Control concentrado y a posteriori

a) Acciones de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional ejerce control a posteriori de actos normativos y de actos administrativos de carácter general,[31] (Art. 436, N° 2 y 4, CE) pre-

via demanda de inconstitucionalidad, la que puede ser propuesta por cualquier ciudadano (Art. 439 CE), aunque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional amplía la legitimación en activa a cualquier persona (Arts. 77 y 98 LOGJCC).

La Constitución de 2008 establece, entonces, notables diferencias con el anterior sistema, en relación con los actos susceptibles de impugnación y con la legitimación procesal.

Respecto de los **actos impugnables**, en primer lugar, la Constitución no distingue los actos normativos que pueden ser objeto de esta clase de acciones,[32] con lo que se incluye no solo a las leyes orgánicas y ordinarias, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etcétera, sino que, al no distinguir, incluye la reforma constitucional y los tratados internacionales.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresamente, incluye a las **enmiendas y reformas constitucionales** (Art. 75, N° 1, letra a, LOGJCC), aunque esta misma Ley restringe su procedencia solo por asuntos formales además de determinar una caducidad de treinta días para la presentación de la demanda (Art. 106 LOGJCC). Llama la atención que, por una parte, se limite la acción solo a aspectos procedimentales, asunto que contraviene el número 2 del artículo 436 de la Constitución que expresamente determina su procedencia por razones de fondo, y, por otra, que también se incluya como competencia de la Corte Constitucional conocer los cambios constitucionales realizados por asamblea constituyente.

Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece la posibilidad de presentar acción de inconstitucionalidad contra las resoluciones legislativas aprobatorias de **tratados internacionales**. Se hace presente que, en Ecuador, los tratados internacionales

31. Ya no se establece la posibilidad de impugnar actos administrativos particulares y concretos, como se determinaba en el sistema anterior (Arts. 275, N° 2, CE 1998 y

32. La Constitución de 1998 no establecía que todo acto normativo era susceptible de acción de inconstitucionalidad, pues el constituyente de modo expreso había determinado cuáles eran susceptibles de control ex post facto: "Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos." Como se observa, se excluían los tratados internacionales y las reformas constitucionales.

son objeto de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, como se señala más adelante (Art. 438, N° 1, CE), por lo que se podría estimar improcedente el control a posteriori.

En todo caso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incurre en el error de establecer ese control a posteriori para las resoluciones legislativas que aprueban el instrumento (Art. 75, N° 1, letra b, LOGJCC). En el sistema constitucional ecuatoriano solo algunos tratados internacionales deben ser aprobados previamente por la Asamblea Nacional como condición de su ratificación por parte del Presidente de la República (Arts. 120, N° 8, 147, N° 10, y 419 CE). Si a ello se suma que los tratados que reciben control preventivo son solo los que deben ser aprobados por la Legislatura nos da como resultado que éstos pueden ser susceptibles de un doble control, previo y a posteriori, mientras que los restantes no recibirían ninguna clase de control. Por ello la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que los tratados suscritos que no requieren de aprobación legislativa "podrán ser demandados dentro del plazo de seis meses siguientes a sus suscripción" (Art. 110, N° 4, LOGJCC). La solución peca de incompleta: el Presidente de la República no tiene plazo máximo para expedir el decreto ratificatorio luego de suscrito el instrumento. Lo que tiene es un plazo mínimo: el Presidente de la República debe comunicar a la Asamblea Nacional sobre los tratados que ha suscrito y solo después de diez días de esa comunicación se habilita al Jefe del Estado para ratificarlo y proceder a su canje o depósito (Art. 418 CE), es decir, el plazo para demandar puede caducar antes de producirse la ratificación, sin cuyo requisito el instrumento no ha ingresado al ordenamiento jurídico nacional.

En todo caso, de modo general, los sistemas comparados no prevén controles *ex post facto* de constitucionalidad de tratados –salvo los casos de Perú y España, entre otros–, pues, por los principios *pacta sunt servanda* y *bonna fide*, los instrumentos internacionales deben cumplirse sin que sea posible oponer normas de derecho interno para incumplir dichos compromisos. Por ello, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que de determinarse una inconstitucionalidad en control a posteriori de un tratado ratificado se producen tres consecuencia alternativas según la Ley: la obligación de denunciar el instrumento; de renegociar el tratado; o, de promover la reforma constitucional (Art. 112, N° 4, LOGJCC).

En relación con los tratados que reciben control a priori, en virtud de la Constitución, y a posteriori, por disposición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se produce en verdad una reiteración de control, toda vez que, como se verá, por la oportunidad en que se realiza el control preventivo este resulta solo material (Art. 438, N° 1, CE), mientras que el control a posteriori lo será solo en lo formal, como se señaló.

Por otra parte, si bien se contempla la acción de inconstitucionalidad de **acto administrativo** (Art. 436, N° 4, CE), ésta se refiere solo a los actos administrativos **generales** y no a los que modifican situaciones jurídicas individuales, asunto que se establecía en la anterior Constitución.[33]

33. La existencia de dos acciones de inconstitucionalidad distintas, con diverso objeto (actos normativos y actos administrativos), con legitimación diferenciada y diferentes efectos y trámites, producía problemas jurídicos. De este modo, si bien el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, mil ciudadanos o una persona con el informe de procedencia del Defensor del Pueblo podían plantear las dos clases de acciones de inconstitucionalidad (Art. 277, N° 2, 3 y 5, CE 1998), resulta que el Presidente de la República sólo podía plantear la acción contra actos normativos (Art. 277, N° 1, CE 1998) y los consejos provinciales y los concejos municipales sólo podían atacar actos administrativos (Art. 276, N° 4, CE 1998). No quedaban claras las razones por las cuales el constituyente realizó esta distinción: si bien el Presidente de la República es el responsable de la administración pública (Art. 164 CE 1998), esto no quiere decir que toda la administración se concentre en la Función Ejecutiva y que de las demás funciones del Estado no emanen actos administrativos; asimismo, tampoco se justifica que los gobiernos seccionales autónomos no pudieran impugnar actos normativos, que en casos determinados, incluso les puede afectar directamente como sería el caso de las leyes de régimen provincial, municipal, de distrito metropolitano y demás relativas al régimen seccional autónomo (Art. 142, N° 1, CE 1998), y de las leyes ordinarias a través de las cuales se les pueden imponer deberes o cargas (Art. 141, N° 4, CE 1998). Lo dicho, en todo caso, si bien no excluía que los titulares de esos órganos (gobiernos central y seccionales) puedan interponer las demandas con el informe de procedencia del Defensor del Pueblo (Art. 277, N° 5, CE 1998). La diferencia de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de acto normativo –*ex nunc* de conformidad con el artículo 278 de la Constitución de 1998- respecto de la inconstitucionalidad de actos administrativos –*ex tunc*, producto de su revocatoria conforme se dispone en el número 2 del artículo 276 del Código Político de 1998- se vio afectada por el diverso trámite que reciben ambas acciones. Así, el conocimiento y resolución de las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos correspondía, exclusivamente, al Pleno del Tribunal Constitucional, en cambio, las acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos eran conocidas y resueltas por las Salas de la Magistratura, salvo que en éstas no se obtuviera una decisión unánime, en cuyo caso la resolución quedaba en manos del Pleno del Tribunal (Art. 62 Ley del Control Constitucional de 1997). El problema se presenta en cuanto a que si se demandaba equivocadamente invocando una u otra competencia (se ataca un acto administrativo basándose en el número 1 del artículo 276 de la Constitución o se impugnaba un acto normativo invocando el número 2 de la misma disposición constitucional) la acción se tornaba inadmisible, lo que si bien facultaba a presentar nuevamen-

La **legitimación activa** en materia de acciones de inconstitucionalidad es amplia: cualquier ciudadano, en virtud de la Constitución, puede presentar la demanda (Art. 439 CE). Ahora bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al utilizar la expresión "cualquier persona" (Arts. 77 y 98 LOGJCC) amplía la legitimación, pues, como se sabe, los ciudadanos son solo personas físicas, lo que excluye a las personas morales o jurídicas, y nacionales, lo que descarta a los extranjeros (Art. 6 CE). Esta ampliación resulta conforme a la Constitución, toda vez que, por una parte, existe la obligación de aplicar las normas más favorables en materia de derechos (Art. 11, N° 5, CE) y porque de modo expreso se faculta a que los derechos se desarrollen de manera progresiva a través de otras normas (Art. 11, N° 8, CE).

En principio, para que la Corte Constitucional pueda decidir una inconstitucionalidad, debería presentarse la correspondiente demanda, lo que implica confirmar una modalidad que se estableció desde la reforma constitucional de 1992, año hasta el que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales podía ejercer **control de oficio**. La Constitución de 2008 recupera parcialmente esa posibilidad, pues faculta a la Corte Constitucional para que declare "de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución". Ahora bien, la competencia de la Corte Constitucional en esa materia es limitada, pues la norma debe ser **conexa**, esto es, cuando la diposición impugnada se reproduce en otros textos normativos no demandados, cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de normas no impugnadas (Art. 76, N° 9, CE). La Corte Constitucional ha extendido esa posibilidad respecto de normas expedidas por órganos diversos, sin que éstas sean causa o efecto las unas respecto de las otras y, es más, incluso ha ejercido esta competencia no solo en acciones de inconstitucionalidad sino en acción por incumplimiento.[34]

te la demanda, ello de por sí conlleva dificultades, especialmente por la pérdida de tiempo que significa, más aún si esta causa de inadmisión se declaraba en la sentencia y no en el auto inicial (Arts. 6, inc. 2°, y 17, inc. 2°, Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional de 2002).

34. Sentencia N° 0002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 566 de 8 de abril de 2009.

b) Inconstitucionalidad por omisión

Una de las novedades de la Constitución de 2008 fue la incorporación de la acción de inconstitucionalidad por omisión (Art. 436, N° 10, CE). Tradicionalmente en Ecuador las magistraturas constitucionales resguardaban la Constitución de vulneraciones que se producían a la hora de dictar actos, mas nada ocurría en caso de que la violación se debiera precisamente a lo contrario, es decir, a la inacción de los órganos del poder público. De este modo, al momento de derogarse la Constitución de 1998, muchos de sus preceptos nos se habían desarrollado, tanto así que, específicamente en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, durante su vigencia se aplicó una ley preconstitucional que era la Ley del Control Constitucional de 1997.

La finalidad primaria de la acción de inconstitucionalidad por omisión es que la Corte Constitucional, en primer lugar, declare que un órgano con competencia para dictar normas, en efecto, está remiso en la obligación de expedir las que se prevén en la Constitución (Art. 128 LOGJCC). En caso de que la Corte determine esa omisión debe otorgar plazo razonable para que el órgano cumpla su deber de normar. Si la omisión persiste, la Corte debe expedir la norma de forma provisional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lugar de desarrollar la obligación de la Corte de legislar supletoriamente determina que la Magistratura debe formular por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para el acatamiento de las normas constitucionales (Art. 129, N° 1, LOGJCC).

Como se verá más adelante, la Constitución ecuatoriana incurre en una confusión entre ésta y la acción por incumplimiento.

c) Consulta judicial de inconstitucionalidad

Como se indicó al inicio de este ensayo, en Ecuador el modelo de control constitucional es exclusivamente concentrado, pues si un juez en una causa concreta estima que un precepto aplicable para resolver el caso es contrario a la Constitución, no puede declararlo inaplicable, sino que debe suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente a la Corte Constitucional para que esta decida, con carácter generalmente obligatorio, si el precepto consultado es o no inconstitucional (Arts. 428 CE, 4 COFJ y 142 LOGJCC).

d) Control a posteriori obligatorio o automático

La Constitución de 2008 ha establecido control a posteriori de declaratorias de estado de excepción y de decretos leyes de urgencia económica.

En el caso de los **estados de excepción**, éstos son dictados por el Presidente de la República en los casos y con las condiciones previstas en la Constitución (Art. 164 CE), producido el cual no solo se pueden asumir facultades extraordinarias sino que se pueden suspender o limitar derechos fundamentales (Art. 165 CE). La Corte Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto declarando el estado de excepción (Art. 166 CE), aunque la propia Constitución restringe esa posibilidad solo en el evento en que se suspendan derechos fundamentales (Art. 436, N° 8, CE). Ahora bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece control automático de fondo y de forma de estos decretos (Arts. 119 a 125 CE).

La actual Constitución establece que, en caso que el Presidente de la República disuelva la Asamblea Nacional, hasta que se posesione la nueva Legislatura y el nuevo Jefe del Estado, éste puede legislar expidiendo decretos leyes de urgencia económica, los mismos que deben ser controlados en su constitucionalidad de modo obligatorio por parte de la Corte Constitucional (Art. 148 CE). Curiosamente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no solo que no desarrolla el sistema de control previo de estos decretos, sino que les incluye dentro de las acciones de inconstitucionalidad, a través de las cuales se ejerce control previo requerimiento (Art. 75, N° 1, letra c, LOGJCC).

3.2 Control a preventivo

La Corte Constitucional ejerce control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales, de proyectos de ley, de consultas populares y de reformas constitucionales.

a) Control de tratados internacionales

Respecto del control preventivo de tratados internacionales, el procedimiento de aprobación interna de estas normas de *ius cogens* se señala en la Constitución ecuatoriana que establece dos trámites distintos dependiendo de

la materia contenida en el tratado. Así, todo tratado debe ser suscrito por el Presidente de la República y si no se refiere a las materias señaladas en el artículo 419 de la Constitución, puede ser ratificado directamente por el Jefe del Estado (Art. 147, N° 10, CE). En cambio, si el acuerdo se refiere a alguno de los asuntos reseñados en el artículo 419 de la Constitución,[35] luego de suscrito el instrumento por parte del Presidente de la República debe remitirse a la Corte Constitucional para que ésta dictamine su conformidad con el Código Político (Arts. 438, N° 1, CE, 109 y 111, N° 2, letra a, LOGJCC), luego de lo cual el instrumento es enviado a la Asamblea Nacional para su aprobación o rechazo. Si la Corte Constitucional dictamina que el tratado es conforme a la Constitución, la Asamblea Nacional podrá aprobarlo o improbarlo en un solo debate por mayoría absoluta, es decir, con el voto conforme de la mitad más uno del total de legisladores, asunto que no es señalado por la Constitución, que omite totalmente el tratamiento de un tema tan básico como este, sino por la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Art. 108 LOFL). En cambio, si la Corte Constitucional determina que el instrumento es contrario a la Constitución, la aprobación legislativa del instrumento se condiciona a la previa reforma constitucional (Art. 112, N° 2, CE). De cualquier forma, si el instrumento es aprobado por la Legislatura, éste es remitido al Presidente de la República para su ratificación y posterior canje o depósito.

El problema que se presenta en el Ecuador es que, al no requerirse que todos los tratados sean aprobados por la Asamblea Nacional, los instrumentos que no se refieran a las materias previstas en el artículo 419 del Código Político tampoco serán objeto de control previo de constitucionalidad. Por ello, si el tratado que es celebrado y ratificado por el Presidente de la República, eventualmente podría ser contrario a la Constitución y carecer de control de constitucionalidad. Un asunto más grave aún es, en todo caso, el posible predicamento de que el Jefe del Estado ecuatoriano suscriba un instrumento internacional que se refiera a una de las materias previstas en el artículo 419 de la Constitución y no lo someta a aprobación legislativa, con

35. Constitución del Ecuador. "Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético."

lo que tampoco será dictaminado por la Corte Constitucional, procediendo a su inmediata ratificación y posterior canje o depósito. En ese evento se habrá vulnerado las disposiciones constitucionales que regulan la formación de los tratados en el Derecho nacional, pero no existirán órganos internos que prevengan o anulen el acto inconstitucional.

Ese grave peligro se soluciona, bien o mal, con el establecimiento del control a posteriori revisado en su momento. En todo caso, lo recomendable era y es que el control preventivo se extienda a todos los tratados de forma previa a su ratificación por parte del Presidente de la República. De este modo no solo no existirían tratados no controlados, sino que ese control sería pleno: formal y material. Con ello, además, nos evitaríamos todos los predicamentos que se ocasionan con el control a posteriori de tratados internacionales.

b) Control preventivo de leyes

El control preventivo de constitucionalidad de leyes opera, en el caso ecuatoriano, cuando el Presidente de la República objeta por razones de inconstitucionalidad un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional y su trámite es distinto del previsto para las objeciones generales o por inconveniencia.[36] Si el Presidente de la República estima que el proyecto aprobado por la Asamblea Nacional adolece de vicios de constitucionalidad, la objeción debe ser remitida a la Corte Constitucional para su análisis, dentro

36. Estas últimas son resueltas por la Asamblea Nacional, sea allanándose a la objeción ora insistiendo en el proyecto originalmente aprobado, conforme al artículo 138 de la Constitución, con lo que se sigue el esquema establecido en la Constitución de 1998 (Art. 153). La diferencia de tramitación de las objeciones por inconstitucionalidad es una de las incorporaciones de la reforma constitucional de 1996, pues, desde el texto original de la Constitución de 1978-79 (Art. 69) hasta la segunda codificación de 1993 (Art. 70), no se hacía distinción entre la materia de la objeción, dándoseles, por tanto, el mismo tratamiento. Pero, la diferenciación de procedimiento entre objeciones generales y las motivadas en cuestiones de constitucionalidad no es una novedad del constituyente derivado en 1996, pues Constituciones pretéritas sí previeron esa circunstancia, ya en la Carta de 1869, Constitución en la que se preveía que si el Ejecutivo sostenía que el proyecto era inconstitucional, luego de la insistencia de las Cámaras, éste pasaba a la Corte Suprema de Justicia, que se limitaba a declarar si era o no contrario a la Constitución, y, en caso de no serlo, ordenaba la promulgación de la ley (Art. 43) En estos casos, la objeción por cuestiones de constitucionalidad operaba únicamente de manera residual, por decirlo de algún modo, pues el Titular del Ejecutivo debía haber vetado el proyecto de ley de manera previa y sólo en caso de insistencia parlamentaria podía, posteriormente, realizar observaciones por inconstitucionalidad.

de los treinta días de que dispone el Jefe del Estado para objetar (Art. 137, inc. 3°, 139 y 438, N° 3, CE).[37]

La Constitución prevé un plazo de treinta días para que la Corte Constitucional emita el dictamen correspondiente, aunque, en todo caso, no existe consecuencia jurídica por incumplirlo. El caso no es igual que en la objeción parcial general, pues en este evento, a diferencia del primero, no existe texto alternativo. Entonces, no se puede determinar que, cumplido el plazo para emitir el dictamen, la Corte Constitucional ha acogido, tácitamente, la objeción por inconstitucionalidad, o que, por el contrario, la haya desestimado.

El dictamen que sobre esta materia emite la Corte Constitucional, hay que realizar una serie de diferenciaciones. Así, frente a una objeción basada en la inconstitucionalidad total del proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional en su dictamen puede confirmar la irregularidad total del proyecto, determinar su inconstitucionalidad parcial, o bien desestimar la objeción. En cambio, si el Presidente de la República señala que el proyecto es parcialmente inconstitucional la Corte Constitucional se debería limitar a dictaminar sobre dichas objeciones, tal como lo ordena el artículo 438, número 3, de la Constitución, no pudiendo analizar otras partes del texto proyectado y que no han sido vetadas por razones de inconstitucionalidad, razón por la cual, ante una objeción parcial, la Corte Constitucional no podrá prevenir una eventual inconstitucionalidad total. En definitiva, en caso de veto parcial por inconstitucionalidad, la Corte podrá confirmar todas o algunas de las objeciones, o bien desestimarlas todas. Considero dudoso que en esta materia la Magistratura pueda acudir a la inconstitucionalidad conexa (Art. 436, N° 3, CE), toda vez que, propiamente, en control preventivo no hay declaratoria de inconstitucionalidad. En todo caso, si se quisiera recurrir a ese expediente, ello solo podría ocurrir respecto de normas conexas y no de cualquiera.

Por otra parte, las consecuencias jurídicas del dictamen de la Corte Constitucional variarán si se determina que la inconstitucionalidad es total o parcial, ora si se determina que la irregularidad no se presenta. En caso que la Corte prevenga una inconstitucionalidad total del proyecto, éste se archi-

37. Si el Presidente de la República no remite la objeción por inconstitucionalidad a la Corte Constitucional dentro de los diez días, no podrá hacerlo con posterioridad. Ello, sin perjuicio a que publicada la ley, se demande la inconstitucionalidad de la norma.

vará. Se entiende que el archivo es definitivo, pues frente a esta prevención la Asamblea Nacional no podrá modificarlo, es decir, el trámite de formación de la ley concluirá sin que prospere el proyecto. Ahora bien, el fallo de la Corte Constitucional que confirma la objeción total deberá ser tenido presente en el evento que quienes tengan iniciativa legislativa deseen renovar el proyecto, eliminando de sus líneas matrices las cuestiones que motivaron la prevención de inconstitucionalidad (Art. 132, N° 3, LOGJCC).

Si el órgano de justicia constitucional determina que la inconstitucionalidad es parcial, el proyecto se devuelve a la Legislatura. La Asamblea Nacional realizará las enmiendas necesarias, respecto de lo que no se ha determinado plazo dentro del texto constitucional. Ello se debe a que si es la Legislatura la que aprobó un proyecto de ley y el Presidente de la República quien lo ha objetado, será la Asamblea Nacional el órgano del poder público interesado en que dicho proyecto prospere, para lo cual realizará las rectificaciones necesarias. Realizadas las modificaciones del caso, el proyecto volverá al Presidente de la República, quien podrá sancionarlo u objetarlo, sea por razones de conveniencia o incluso podrá plantear nuevamente una objeción por inconstitucionalidad, sea porque estime que la Asamblea Nacional no ha constitucionalizado el proyecto o porque caiga en nuevas irregularidades.[38]

Si la Corte Constitucional estima que el proyecto no adolece de inconstitucionalidad que deba ser prevenida en razón de las objeciones presidenciales, que son las que, insisto, determinan la competencia de la Corte, el proyecto se devuelve a la Asamblea Nacional para su publicación. Sobra señalar que la devolución del proyecto no se la hace al Presidente de la República pues, si éste la ha vetado por razones de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional ha desestimado la objeción, podría ocurrir el evento que el Jefe del Estado no promulgue el texto normativo.

Sobre este último punto de Derecho, se debe teñer presente que la Asamblea Nacional sólo ordenará la promulgación si la Corte Constitucional ha desestimado la objeción por inconstitucionalidad y no se encuentre en trámite al interior de la Legislatura objeciones generales de carácter general. Lo mismo sucede en el evento que la Asamblea Nacional no considere y examine la objeción parcial general dentro del plazo de treinta días, pues, en ese

38. En Colombia el artículo 167 de la Constitución dispone que, luego de la modificación, el texto se remite nuevamente a la Corte Constitucional para el fallo definitivo.

caso, de existir pendientes de dictamen por parte de la Corte Constitucional objeciones por inconstitucionalidad, el Presidente de la República no podrá disponer la publicación de la ley, pues el trámite de formación no concluirá sino hasta que exista el dictamen señalado.

c) Control previo de reformas constitucionales

En Ecuador existen dos vías para reformar la Constitución: la enmienda y la reforma parcial. La vía de la enmienda resulta más expedita, pues se la realiza, alternativamente, a través de referéndum constitucional convocado directamente por el Presidente de la República o por el ocho por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral, ora por parte de la Asamblea Nacional a iniciativa por medio de la aprobación de las dos terceras partes de sus integrantes (Art. 441 CE). La reforma parcial es más compleja en lo formal: la iniciativa corresponde al Presidente de la República, al uno por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral o a la mayoría absoluta de legisladores, pero el trámite es complejo: requiere de aprobación por parte de la Asamblea Nacional[39] y de referéndum ratificatorio (Art. 442 CE).

Si bien el procedimiento de reforma parcial resulta más farragoso, la procedencia de esta vía es menos limitada que la de la enmienda. De este modo, la enmienda está vetada para cuatro materias: alterar la estructura fundamental de la Constitución; alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado; establecer restricciones a los derechos y garantías; y, modificar el procedimiento de reforma de la Constitución. Por su parte, la reforma parcial solo está vedada para establecer restricciones a los derechos y garantías y para modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.

Con la finalidad de evitar que los iniciantes acudan al mecanismo de enmienda y no someterse a las exigencias formales de una reforma parcial, y también para prevenir que se acuda a cualquiera de estos mecanismos para restringir derechos y garantías, la Corte Constitucional debe, en primer lugar, calificar qué procedimiento de reforma constitucional corresponde en cada caso (Art. 443 CE), en el evento de proceder, pues, en la situación contraria, la Corte Constitucional debería indicar que para que prospere la propuesta se debe convocar a asamblea constituyente y cambiar de Constitución (Arts. 444 CE y 101 LOGJCC).

39. Curiosamente la Constitución no señala el quórum de aprobación de la reforma parcial, asunto que también se omite en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Como se observa, este control no se dirige a fiscalizar el contenido del proyecto, sino la procedencia de la vía de reforma, aunque no se excluye esa posibilidad, como se señala a continuación.

d) Control previo de convocatorias a consultas populares

Además de lo señalado en el parágrafo anterior, toda vez que los referendos son especies de consulta popular, la Corte Constitucional ejerce control preventivo y obligatorio de convocatorias a consultas populares (Arts. 104, inc. final, y 438, N° 2, CE). Tanto es que este control incluye a las convocatorias a referendos que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional les da el mismo tratamiento en sus artículos 102 a 105 y 127.

La primera parte del control que realiza la Corte Constitucional es estrictamente electoral. Si bien existe el Consejo Nacional Electoral, este no tiene competencia para pronunciarse sobre las convocatorias a consulta popular, sino que debe proceder a la realización del procedimiento de consulta (Art. 106 CE). Por ello el legislador entregó a la Corte las facultades de controlar el cuestionario y los considerandos que introducen a la pregunta, con la finalidad que no haya inducción, que concuerde la introducción a la pregunta cpon el texto sometido a consideración ciudadana, el empleo de lenguaje neutro, que se formule un cuestionamiento por pregunta, que no se someta a aprobaciones en bloque, etcétera (Arts. 104 y 105 CE).

e) Los decretos leyes por disolución parlamentaria: ausencia de desarrollo del control preventivo

La Constitución faculta al Presidente de la República a disolver la Asamblea Nacional (Art. 148 CE), al igual que atribuye a la Legislatura destituir al Presidente de la República sin juicio político (Art. 130 CE). En ambos casos existe una consecuencia común: que se convoque a elecciones anticipadas para elegir tanto al Jefe del Estado como a los miembros de la Asamblea que completarán el período constitucional.

Ahora bien, en caso que la Asamblea Nacional destituya al Presidente de la República, asume temporalmente la presidencia el Vicepresidente de la República y la Legislatura continúa en funciones hasta que operen los reemplazos por los electos. En cambio, si se produce el evento de la disolución

parlamentaria, el Presidente de la República permanece en el cargo hasta la posesión de quien sea elegido,[40] mas la Legislatura queda disuelta. La Constitución, en ese caso, faculta al Presidente de la República a legislar expidiendo decretos leyes de urgencia económica, emisión que se condiciona a un dictamen previo de la Corte Constitucional.

Lamentablemente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no desarrolla el sistema de control previo de estos decretos leyes. Es más, curiosamente determina el control a posteriori de estos cuerpos normativos, al establecer que son materia de acción de inconstitucionalidad (Art. 75, N° 1, letra c, LOGJCC).

3.3 Garantías constitucionales

En materia de garantías constitucionales, la Corte Constitucional no las conoce por recurso sino que, en unos casos, debe tramitarlas en forma directa y, en otros, puede seleccionar casos con la finalidad de pronunciarse.

a) Conocimiento directo de garantías jurisdiccionales

La Constitución ha establecido la acción extraordinaria de protección y la acción por incumplimiento.

La **acción extraordinaria de protección**, a la que también se le denomina recurso, tiene por objeto impugnar sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, y procede en caso que se hayan expedido vulnerando garantías del debido proceso o, en general, derechos fundamentales (Arts. 94 y 437, N° 2, CE).

Este recurso es interpuesto ante el órgano que dicta el acto impugnado, el que debe remitir el expediente a la Corte Constitucional (Arts. 62, inc. 1°, LOGJCC y 34 RSPCC). La Corte Constitucional, en caso de estimar la procedencia del recurso, debe ordenar la reparación integral al afectado, lo que, incluso, ha motivado no solo la revocación de sentencias, sino la emisión de la sentencia de reemplazo.

40. Que puede ser el mismo Presidente de la República en ejercicio, sin que ello implique caso de reelección, según la interpretación efectuada por la Corte Constitucional mediante Sentencia N° 002-10-SIC-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 294 de 6 de octubre de 2010.

La **acción por incumplimiento** (Arts. 93 y 436, N° 5, CE) en cambio, no es propiamente una garantía de derechos, a pesar de su ubicación en el texto constitucional, tanto que su proposición con ese fin determina su inadmisión (Art. 56, N° 1, LOGJCC), pues su objeto es ser una acción que le da eficacia al ordenamiento jurídico (Art. 52 LOGJCC). Un problema que se suscita es el alcance de la acción de inconstitucionalidad por omisión, pues ésta también se ha previsto para hacer cumplir preceptos constitucionales (Art. 436, N° 10, CE), razón por la cual, se determina su carácter inadmisible si se propone una acción por incumplimiento con la finalidad de que se cumplan mandatos constitucionales (Art. 56, N° 2, LOGJCC).

b) Casos de selección y revisión

La Corte Constitucional, a diferencia del anterior Tribunal Constitucional, no conoce por apelación las sentencias de los jueces constitucionales de instancia en materia de acciones de protección ordinaria, hábeas corpus, hábeas data y de acceso a información pública. El **hábeas corpus** es el mecanismo procesal por el que las personas que crean estar ilegalmente privadas de su libertad física o ambulatoria con la finalidad de que se disponga la inmediata libertad del afectado en caso que el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden de privación de libertad (orden de detención o auto de prisión preventiva), si ésta no cumpliere los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o si de modo general se hubiere justificado el fundamento de la petición (Arts. 89 CE y 43 LOGJCC) La finalidad del **hábeas data** se determina en el artículo 92 de la Constitución que señala: "Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.", lo que se reitera, en similar sentido, en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpo normativo que, en su artículo 50, determina el objeto de esta garantía constitucional. La **acción de acceso a información pública** es una garantía legal establecida en la Ley N° 2004-34 Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y que se incorporó en 2008 a la Constitución, la misma que asegura la disposición que se contiene en el artículo 18, número

2, de la Constitución respecto de acceder libremente a la información generada en instituciones públicas o privadas que manejen fondos o realices funciones públicas, y que impide reservas no determinadas en la ley.. Este derecho configura un mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas, a través de los principios de publicidad y transparencia, lo que se reitera en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 2004-34, cuerpo normativo en virtud del cual se considera como información pública "todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado". Ahora bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula esta acción, aunque también lo hace la Ley N° 2004-34, que no fue derogada, razón por la cual se debe aplicar la norma que más favorezca a la garantía (Art. 11, N° 5, CE).

Por su parte, la **acción de protección ordinaria** tiene por objeto que las personas protejan sus derechos fundamentales –los no tutelados por las otras garantías constitucionales[41]– frente a actos u omisiones, en principio de autoridad pública aunque también contra particulares en determinadas condiciones formales y materiales.

En estos casos, los jueces deben remitir las sentencias ejecutoriadas a la Corte Constitucional (Art. 86, N° 5, CE), para que esta Magistratura eventualmente las seleccione para el desarrollo de su jurisprudencia y, eventualmente, revise los fallos (Art. 436, N° 6, CE), procedimiento de selección que se produce en los casos y con las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En todo caso, la Corte Constitucional ha admitido, reiteradamente, la impugnación de sentencias emitidas en acciones de protección ordinaria, hábeas data, hábeas corpus y acceso a información pública, a través de acción extraordinaria de protección.

41. De hecho, una de las causales de improcedencia de la acción de protección amparo es que el derecho a protegerse se encuentre tutelado por otras garantías constitucionales, como se señala en los artículos 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.4 Conflictos de competencia

El Corte Constitucional, de conformidad con el número 7 del artículo 436 de la Carta Primera, dirime conflictos de competencia asignadas por la Constitución. La vigente norma constitucional es mucho más amplia que la de 1998 en la que se limitaba el ámbito de este proceso en virtud de restricciones en materia de legitimación activa.[42]

En la actualidad, los conflictos de competencia positivos y negativos pueden ser iniciados por cualquier órgano del poder público con base constitucional (Art. 145 LOGJCC), con la condición de que si el conflicto es positivo se haya requerido previamente la competencia, a diferencia del negativo en que puede iniciarlo cualquier persona (Arts. 146 y 147 LOGJCC).

El actual sistema de reparto territorial de competencias determina la importancia de esta facultad, más cuando la Constitución contiene una petición de principio, pues si bien se establecen las competencia exclusivas del Estado central, las regiones, las provincias y municipios, además de los distritos metropolitanos (Arts. 261 a 264 y 266 CE), por una parte se establece que esas competencias exclusivas son, a la vez, compartidas y concurrentes (Art. 260 CE), lo que se agrava al determinarse que el ejercicio de competencias residuales corresponde a los gobiernos descentralizados, pero sin determinar a cuál, para todo lo cual se establece un sistema nacional de competencias de carácter administrativo (Art. 269, N° 4, CE), además de la indicación de que la coordinación de competencias exclusivas del Estado central y los gobiernos autónomos se somete al plan nacional de desarrollo, el que es aprobado por al Consejo Nacional de Planificación a propuesta del Presidente de la República (Arts. 147, N° 4, 279 y 280 CE).

Si bien la mayor parte de los casos pueden implicar conflictos suscitados por el régimen de competencias entre órganos territoriales, como ha ocurrido en el pasado, con anterioridad ya han existido casos muy interesantes como la contienda de competencia ocurrida entre la Corte Suprema de

42. La contienda sólo podía ser iniciada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales (Art. 277, inc. 3°, CE 1998), sea que reclamare para sí una competencia o que la rechazare (Art. 36 del Reglamento de Trámite de Expediente en el Tribunal Constitucional).

Justicia y la Corte de Justicia Militar,[43] fallo que actualmente constituye precedente valioso respecto del fuero militar y el ordinario (Arts. 160, inc. 4°, y 188 CE).

3.5 *Otras facultades de importancia política*

La Constitución otorga a la Corte Constitucional importantes facultades en materia de resolución de conflictos de carácter político.

a) Calificación de causales de juicio político al Presidente de la República

El ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Asamblea Nacional se realiza, además de la información documentaria, a través del juicio político contra diversos dignatarios y funcionarios públicos, instituto a través del que se persigue el establecimiento de la responsabilidad política de éstos.

La Constitución de 2008, como la de 1998, distingue las causales por las que se puede iniciar un juicio político contra el Presidente y Vicepresidente de la República, limitándolas, respecto de los demás funcio-

43. Tribunal Constitucional. Resolución N° 002-2002-CC publicada en el Registro Oficial N° 30 de 26 de febrero de 2003. La esencia del asunto sometido a la decisión del Tribunal Constitucional consistió en determinar si era la justicia ordinaria o la justicia militar la que tenía la competencia de juzgar y de ser el juez natural en relación de los hechos descritos en el Informe de Auditoria en que se determinaron indicios de responsabilidad penal derivados del examen especial respecto del contrato relativo a la adquisición de dos helicópteros para la Armada Nacional, indicando que se ha favorecido ilegalmente a la compañía vendedora, responsabilizándose a miembros de las Fuerzas Armadas, por parte de la Contraloría General del Estado, conforme el artículo 212 de la Constitución de 1998. El conflicto de competencia se planteó desde que tanto el Presidente de la Corte Suprema de Justicia como el Presidente de la Corte de Justicia Militar alegaban ser competentes para ejercer la potestad judicial en ese caso, ya que el hecho punible se encuentra tipificado tanto en el Código Penal común como en el Código Penal Militar. Para dilucidar el conflicto se analizó el ámbito de aplicación de los artículos 187 y 191 de la Constitución de 1998, sobre fuero militar para juzgar infracciones cometidas en el ejercicio de labores profesionales y unidad jurisdiccional dentro del régimen de innovación contenido en la 26ª disposición transitoria de la Carta de 1998. En este sentido se señaló que "la Justicia Militar sólo tiene competencia constitucional para juzgar las infracciones cometidas en el campo militar, es decir, las estrictamente relativas a las funciones castrenses, que se delimitan en el artículo 183, inciso segundo, de la Constitución de 1998, es decir, las que se refieren a acciones relativas a la conservación de la soberanía nacional y la defensa de la integridad territorial y la independencia política del Estado", entre tantas otras consideraciones, por lo que dirimió el conflicto a favor de la Corte Suprema de Justicia.

narios como los ministros de Estado.[44] Al igual que en la Constitución de 1998, el primer y segundo mandatario solo pueden ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito (Art. 129, N° 1 y 2, CE), lo que implica un perfeccionamiento de las causales previstas con anterioridad, hasta la cuarta codificación constitucional de 1997, en la que sólo podían ser sometidos a juicio político por traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional (Art. 82, letra g, inc. 3°). A esas causales la Constitución de 2008 agrega los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia (Art. 129, N° 3, CE). Esas causales deben ser calificadas por la Corte Constitucional como condición de inicio de procedimiento, lo que es otra novedad de la Constitución de 2008, que otorga esa protección solo al Jefe de Estado (Art. 129, inc. 2°).

Ahora bien, el artículo 148 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el dictamen de la Corte Constitucional solo se dirige a determinar si la acusación se propuso de conformidad con la Constitución, es decir, fundamentalmente si cuanta con la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional, si se ha singularizado la infracción y si los hechos por los que se acusa al Jefe del Estado o al Vicepresidente de la República se corresponde a la causal invocada. De este modo, se determina que la Corte Constitucional no es competente "para pronunciarse acerca de si están probadas las infracciones y la responsabilidad" del Presidente de la República (Art. 153, inc. 2°, CE)

b) Calificación de causal de disolución de la Asamblea Nacional y de destitución del Presidente de la República

Como en nuestro país, a través de las causales de cesación presidencial, se llegó a reemplazar al juicio político como fórmula para evitar no solo el cumplimiento del procedimiento sino la eventual falta de votos para lograr la mayoría requerida de dos tercios, en la Constitución de 2008 se intenta solucionar el predicamento a través de diferentes caminos: señalar que la declaratoria de cesación por abandono o incapacidad se realiza con el voto confor-

44. Para los demás casos la causal es amplia: "por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley" (Art. 131, inc. 1°, CE), lo que no implica variación de la tradicional causal "infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo" que se refería a la contravención de disposiciones normativas contenidas tanto en la Constitución como en la ley.

me de las dos terceras partes de los asambleístas; y, agregar a la destitución mediante juicio político la figura de la destitución simple (Art. 130 CE). Como fórmula de equilibrio, se le ha entregado al Presidente de la República la facultad de disolver la asamblea con la correlativa puesta en juego de su cargo (Art. 148 CE).

Las causales para que el Presidente de la República sea destituido por la Asamblea Nacional sin juicio político son amplísimas: por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente y por grave crisis política y conmoción interna. Si se invoca la primera causal se exige dictamen previo favorable de la Corte Constitucional, mientras que para la segunda causal no existe ninguna condición. (Art. 130, N° 1 y 2, CE) La Constitución permite que el Jefe de Estado remita pruebas de descargo, lo que resulta razonable en el primer caso en el que se le imputa una falta (arrogación de funciones), mas es llamativo en el segundo caso en que se trata de asuntos que estarían fuera de su alcance, salvo que se trate de probar que la alegada crisis política o conmoción interna no existen, lo que implicaría una suerte de inversión de carga probatoria, pues en ese caso, prueba de cargo, como tal, no puede existir (Art. 51 LOFL). Esa facultad solo puede ser practicada una sola vez durante el período legislativo y durante los primeros tres años, ya que en el último resultaría inoficioso al estar cercano el procedimiento electoral.

Como se dijo, el Jefe de Estado puede disolver a la Legislatura (Art. 148 CE) y las casuales son similares a las que pueden motivar una destitución presidencial, con un añadido: a la arrogación de funciones y a la grave crisis política y conmoción interna, se suma la obsrtucción reiterada e injustificada de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo por parte de la Legislatura, haciendo presente que ese Plan es aprobado por el Consejo Nacional de Planificación, órgano presidido por el Presidente de la República, y cuya propuesta también corresponde al Jefe del Estado (Arts. 147 N° 4, y 279 CE).

Lo llamativo es que solo en el primer caso (arrogación de funciones) se exige el dictamen previo de la Corte Constitucional y no en el caso que se alegue obstrucción del plan nacional de desarrollo, el mismo que tiene base constitucional (Art. 280 CE) y se desarrolla presupuestariamente (Arts. 120, N° 12, y 293 CE).

Tal como en el caso de las causales de juicio político, a la Corte Constitucional no le corresponde pronunciarse si están probadas las infracciones que se le imputan al Presidente de la República ni a la Asamblea Nacional, ni la responsabilidad de estos órganos (Art. 153 LOGJCC)

c) Comprobación del abandono del Presidente de la República

Uno de los asuntos llamativos del sistema constitucional ecuatoriano es que el abandono del cargo no es, ni ha sido con anterioridad, causal de juicio político sino causal de cesación. Lo que se hizo en la Constitución de 2008 es señalar un quórum calificado para determinar su cumplimiento, lo que no ocurría en la Constitución de 1998 y que provocó que dos Jefes de Estado sean cesados invocando esta causal. Se entiende que las causales de cesación implican, de modo general, la presentación de hechos objetivos que no requieren de un procedimiento previo en el que el afectado deba hacer efectivo su derecho de defensa para determinarlos (Art. 76, N° 1 y 7, letras a, b, c y h, CE), como son los casos de terminación del período, muerte, renuncia o incapacidad física o mental, eventos en los que no se persigue el establecimiento de la responsabilidad política del dignatario (Art. 145, N° 1, 2, 4 y 5, CE).

En el caso del abandono, estimo, la situación es distinta, pues, éste consiste en el alejamiento injustificado del cargo. En el texto original de la Constitución de 1978-79 y en su primera codificación de 1983 (Art. 77, en ambos textos), se señalaba que el Presidente de la República no podía ausentarse del país sin autorización legislativa, ni permanecer fuera de Quito por más de treinta días consecutivos, pues, en caso contrario, se configuraba el abandono del cargo. Esta disposición no consta a partir de la segunda codificación constitucional de 1993, por lo que se ha llegado a señalar que se trata de una norma constitucional en blanco. Más allá de discutir si el abandono del cargo, tal como lo establece la Constitución, es una norma en blanco o no,[45] este hecho no es un asunto que puede determinarse objetivamente –como la muerte, la renuncia, la terminación del período e incluso la incapacidad física o mental–, por lo que debería existir un procedimiento previo a

45. Aunque existen disposiciones constitucionales que le pueden dar contenido, como es el caso que el Presidente de la República no informe a la Asamblea Nacional su decisión de salir del país y lo haga (Art. 144, inc 3°, CE), o que no solicite licencia debiendo hacerlo (Art. 146, inc. 1°, CE).

través del cual se determine el cumplimiento de la causal, lo que se debería establecer por medio de un juicio político, como se prevé en otras constituciones.

Para el efecto, hay que tener presente que para que los actos sean regulares se deben fundamentar no solo materialmente, sino también formalmente, en la norma superior de la que derivan. El elemento formal se entiende o bien como modo de producción de una decisión o bien haciendo referencia a su exteriorización y los medios que la acompañan,[46] es decir, a la forma de manifestar la voluntad del órgano y a su notificación. La regulación jurídica de la forma de manifestación de la voluntad pública pretende, en definitiva, asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para prevenir que al destinatario no se le afecte con un acto que no le ha garantizado o permitido ejercer oposición alguna. Del mismo modo, fundamental resulta la notificación con el contenido del acto al afectado, pues, de lo contrario, no podrá conocerlo y, por ende, no podrá oponerse a éste ni a sus consecuencias.

El respeto de los procedimientos en la emanación regular de un acto no solo implica un mero cumplimiento de formalidades impuestas por el legislador. La formalidad y su cumplimiento es una de las formas de garantizar los derechos de las personas, pues de tal guisa éste podrá oponerse o defenderse de una decisión que lo afecta. Esa es la razón fundamental por la que, si se señala que el Presidente o el Vicepresidente de la República han abandonado su cargo, debería declarárselo luego de haber realizado el respectivo procedimiento, que no puede ser otro que el juicio político, a través del cual se determine su responsabilidad política,[47] lo que en la Constitución de 1998 no ocurría.

Una mejora en esta materia se constituye en que si se pretende cesar al Jefe del Estado invocando el abandono del cargo, éste hecho debe haber sido comprobado por la Corte Constitucional (Art. 145, N° 5, CE). Ahora bien, a diferencia de la determinación de causales para juicio político, para la disolución de la Asamblea Nacional y la destitución del Presidente de la República, en este caso la Corte Constitucional debe comprobar el abandono, decisión que debe contar con el voto conforme de las dos terceras partes de los miembros de la Magistratura (Art. 150 LOGJCC).

46. Cfr. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 108.
47. Lo mismo se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8.1).

IV. A manera de conclusión

La decisión de establecer una magistratura especializada como es un Tribunal Constitucional es de una trascendencia innegable. Ahora bien, también resulta fundamental integrar la Magistratura con jueces conocedores de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, que dominen los principios y reglas de interpretación constitucional, y que tengan hondos conocimientos del Derecho en general, precisamente porque lo deben juzgar.

Pero también es importante que un Tribunal Constitucional sea independiente e imparcial, no solo en la letra de la Constitución sino en los hechos. Los políticos no deben tomar a estas Magistratura en órganos que responden a los designios del gobierno de turno y tampoco se deben tener como bastiones de la oposición. Eso no hace sino desprestigiar al organismo condenando el sistema a su quiebre. Sus integrantes deben ser imparciales, y también parecer imparciales, es decir, demostrar que en sus decisiones solo existe la más estricta y recta intención de proteger la Constitución, defendiendo la regularidad del ordenamiento jurídico.

Básico es que esa independencia e imparcialidad se refleje en el irrestricto respeto de las sentencias del Tribunal Constitucional, sea que gusten o no a quienes detenten el poder y a los destinatarios de los fallos, y que sus magistrados tengan siempre presente que la legitimidad del órgano depende de la emisión de sentencias razonadas.

¿NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR?

SALIM ZAIDÁN[1]

"El derecho funciona como una especie de ideología, de pretexto para un paternalismo que es por definición autoritario, todo esto está ocurriendo con el beneplácito de la doctrina jurídica dominante que en cuanto cambia de nombres las cosas se carga de buena conciencia"[2].

I. Introducción

En el Ecuador, al derecho constitucional no le otorgábamos la atención que merecía. Nos referíamos a la Constitución como la normativa suprema, la Carta Magna, pero en la práctica el juez y el legislador no siempre la tenían como el máximo referente. En los foros académicos la discusión en torno a temas constitucionales era escasa. Suficiente para que un grupo de académicos y políticos "progresistas" propongan la reconstrucción del Estado y la reformulación de la Constitución desde una visión crítica a las "concepciones tradicionales" y "prácticas caducas". Lo hicieron, bajo la convicción de que el cambio de nombres en la caracterización normativa del Estado era determinante para el cambio real y con la consigna de incorporar abundantes normas que reconozcan derechos, a través de principios, de normas abiertas que permitan un amplio margen de interpretación al juez, actor protagónico

1. Catedrático de "Técnicas de litigio en derechos humanos" y "Control Constitucional" en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. En esta Universidad impartió también "Fundamentos de los Derechos Humanos". Fue profesor de "Modernización del Estado" y "Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional" en la Universidad Internacional SEK. Fue docente de "Derechos humanos" en la Universidad de las Américas. Fue docente de "Teoría Política y Constitucional" en la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Fue agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (szaidan2009@hotmail.com).

2. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Dónde va el derecho actual? /parte 3, disponible en http://www.youtube.com/watch?v=k3uN4AYESnY&feature=related.

en este sistema en el que se lo empodera y se debilita y margina al legislador. Rebautizaron al Estado. Ampliaron el catálogo de derechos. Reclasificaron los derechos y cambiaron principalmente los nombres de las categorías que los agrupan. Cambiaron también los nombres de ciertas garantías. Aspiraron que toda esa doctrina plasmada en la normativa, sea desarrollada en la jurisprudencia y por eso colocaron en un lugar privilegiado al juez y a la fuente del derecho que de él emana. Confiaron en su "legitimidad técnica", en su independencia.

Castigaron al desprestigiado legislador, despojándole de algunas facultades. Subestimaron su legitimidad democrática. Revalorizaron a los principios, creyeron más en ellos que en las reglas.

Todo esto lo implementaron convencidos de que los modelos europeos y el más cercano, el colombiano, iban a ser referentes que se podían adecuar a nuestra realidad. Los "neoconstitucionalistas" del medio parecen haber desconocido que nuestros jueces constitucionales no estaban al nivel de los jueces alemanes o colombianos.

Fue así que el neoconstitucionalismo se insertó en nuestro ordenamiento y en nuestro pensamiento jurídico. De una forma marcada por claras distopías. La realidad del nuevo derecho constitucional ecuatoriano transcurre en sentido opuesto al rumbo de ese Estado ideal descrito en libros y normas. Y es que algunos neoconstitucionalistas nos presentan a un Estado ficticio, una fachada de progresismo, envuelto en cambios que se anuncian y no se ven. Es evidente que algunos neoconstitucionalistas del medio han propiciado un masivo adoctrinamiento, sus pensamientos tienen gran incidencia y controlan buena parte del pensamiento doctrinal en el derecho constitucional. Algunos se han sumado a pensamientos de académicos idolatrados sin llegar a comprenderlos. Y claro hay que reconocerlo, otros lo han hecho con mucho talento y buenas intenciones, pero con falta de sensatez.

Luego de leer artículos como *"Los principios de aplicación de los derechos"* de Ramiro Ávila (del libro del Ministerio de Justicia *"La Constitución del 2008 en el contexto andino")* da la apariencia de que en tres años hemos transitado de las teorías y prácticas "caducas" y "retrógadas" en el derecho al progresismo pleno con la sola vigencia de la Constitución de Montecristi. Sin dejar de reconocer su admirable inteligencia y amplia formación, pongo reparos al idealismo de Ramiro Ávila para abordar muchos

temas del constitucionalismo contemporáneo, como lo ha dado en llamar. Temas particularmente relacionados con la caracterización del nuevo Estado ecuatoriano[3] y los principios de aplicación de los derechos.

Ramiro y algunos neoconstitucionalistas del medio se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al Estado Legal para convertirnos en un Estado Constitucional, hemos transitado del Estado de Derecho al Estado de Derechos y hemos dejado atrás el Estado excluyente para convertirnos en un Estado de Justicia. Otros neoconstitucionalistas incluso han afirmado que la consecución del buen vivir se facilita gracias al amplio y generoso reconocimiento de derechos y a las bondades del método de la ponderación judicial. Confiaron en que el órgano que ostenta el "poder dirimente" en el Ecuador a partir de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional, produciría fallos más motivados y justos.

Al referirse a nuestra Constitución, el "neoconstitucionalismo a la ecuatoriana", la caracteriza como una constitución rígida y garantizada por los jueces, como si aquello fuese suficiente para consolidar un proceso de constitucionalización.

El anuncio de cambios finalmente no ocurrieron o al menos los cambios no han llegado de la manera como lo anunciaron. Al menos en el plano normativo, la Constitución favorece un modelo de organización social y política en apariencia progresista y garantista, pero para que aquello se cristalice es necesario cumplir ciertas condiciones de implementación, que hasta ahora no se observan. Y es que el idealismo neoconstitucionalista se plasmó pero solo en una parte de la Constitución, el resto luce contradictoria.

Quienes redactaron la parte dogmática de la Constitución fueron influenciados por ese importante sector de académicos "neoconstitucionalistas", pero otro rumbo tomaron los asambleístas que integraron las Mesas de la Asamblea Constituyente a cargo de la preparación de los artículos de la parte orgánica de la Constitución, que prefirieron seguir en la escuela exegética y continuaron defendiendo lo que tanto criticaron del pasado: la interpretación literal de la norma constitucional. El artículo 427 de la Constitución

3. Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2011, páginas 107 y ss. Ver descripción del tránsito del estado legal al constitucional, del estado excluyente al estado de justicia, del estado subordinado al estado soberano e independiente.

es un claro ejemplo. El artículo de la parte orgánica privilegia la interpretación literal de la norma o método gramatical que tanto se cuestiona en la sección de los principios de la parte dogmática. La primera parte del artículo refiere que las normas constitucionales deben interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. El problema es que la integralidad de la Constitución es confusa y contradictoria. Para no dar una apariencia de teoría clásica agregaron al artículo una referencia tibia al principio pro ser humano, para insinuar que la jerarquía normativa ha sido desplazada por este principio y la jerarquía mayor la ostenta la norma más favorable a los derechos, pero aún así no lograron cambiar la orientación de la disposición constitucional. No solo eso sino que incorporaron también el método originalista, al señalar que en la interpretación de las normas constitucionales que generan dudas también cabe indagar el espíritu de las normas, la voluntad del constituyente, en una extraña mezcla de tres métodos de interpretación constitucional que derivan de corrientes poco compatibles. En el plano de la interpretación constitucional sin duda están confundidos.

En el plano material están desconectados de la realidad. Los neoconstitucionalistas asumieron que todos los jueces conocerían y comprenderían el contenido normativo de los derechos, particularmente aquellos que figuran en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Confiaron en que los asambleístas emprenderían una actividad de desarrollo legislativo armónico con la Constitución, que al menos no restringa derechos y garantías.

Meras aspiraciones y enunciados líricos distantes de la realidad, de la práctica judicial, del ritmo actual del litigio constitucional. Y es que parecería que algunos sectores de incidencia en la actividad legislativa no comprenden que el progresismo normativo no es nada sin el progresismo práctico, que solo se alcanza con la adecuación cultural de modelos externos, con la capacitación a los actores de incidencia en los procesos de cambio y con una suficiente y razonada asignación de recursos.

¿Qué factores incidieron en la recepción del neoconstitucionalismo en el Ecuador?. El neoconstitucionalismo surgió a partir de postulados construidos en base a la crítica extrema a los viejos "paradigmas" y a la exaltación de los "nuevas" concepciones del Derecho, formuladas por académicos nacionales e internacionales con todo el derecho de hacerlo pero con notoria falta de sensatez en la difusión de la "nueva" doctrina y normativa.

Presentaron al neoconstitucionalismo como una alternativa a la escuela exegética, al iuspositivismo tradicional, reivindicando incluso ciertos dogmas del iusnaturalismo. Hablaron de los "desarrollos" recientes del constitucionalismo, proponiendo sobretodo la valoración judicial del esquema axiológico de la Constitución, marcados por la fuerte vigencia de los principios en el derecho, disminuyendo su grado de certeza. El replanteamiento de postulados y la revalorización de viejos dogmas ha estado marcado principalmente por un cambio de denominación de derechos y garantías. Pero más allá de las etiquetas, el contenido de ciertos postulados no han cambiado o el neoconstitucionalismo nada nuevo propone. El formalismo interpretativo, la supremacía de la ley del positivismo radical ya fueron cuestionados por los propios positivistas Kelsen y Hart. Algunos neoconstitucionalistas del medio pretenden hacernos creer que han sido los únicos capaces de comprender la complejidad del derecho.

La apropiación de logros de otros procesos es común en la promoción de las distintas versiones del neoconstitucionalismo. Los progresos alcanzados gracias al neoconstitucionalismo, no describe fenómenos recientes. Se sobredimensiona las bondades del reconocimiento de derechos y se termina subordinando la importancia del respeto y garantía que es lo verdaderamente fundamental. No se alcanza a comprender que el reconocimiento de derechos de nada sirve si no se complementa con una buena ingeniería de poder que favorezca su vigencia práctica.

Para evaluar el grado de implementación de postulados neoconstitucionalistas en el Ecuador, qué mejor que conocerlos y ubicar sus orígenes y los contextos en donde surgieron.

II. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Es una teoría del derecho que desde una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista[4] parte de una supuesta novación de carácter orgánico al plantear una "nueva" concepción del Estado constitucional en constituciones "garantistas" caracterizadas por *"amplios catálogos de derechos fundamen-*

4. POZZOLO, Susana, *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo, editores, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 165.

tales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos"[5].

El neoconstitucionalismo plantea una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos, plasmada en una Constitución *"material y procedimental"*[6], que pretende dar importancia prevaleciente a los principios en relación a las reglas y que, en mi criterio, favorece una administración de justicia ejercida en relación a las circunstancias de cada caso en particular, en sacrificio de la seguridad jurídica.

La teoría neoconstitucionalista, **sustancialmente** amplía el catálogo normativo de principios, derechos y garantías, **instrumentalmente** termina favoreciendo concepciones subjetivas de los jueces al promover la aplicación indiscriminada de métodos como la ponderación y **estructuralmente** confía el poder dirimente a un órgano en teoría ajeno a la influencia de actores políticos: la Corte Constitucional. La realidad, la aplicación de la teoría descrita, nos presenta a nuevos derechos que han tenido escasa vigencia práctica por la indeterminación de su contenido y un problema que persiste: el desconocimiento y la incapacidad de ciertos jueces para conocer e interpretar las normas que los reconocen pero sobretodo su dificultad para argumentar y motivar sus decisiones.

Según el neoconstitucionalismo, en el plano dogmático, las constituciones ahora están colmadas de principios, ya no de reglas. Las reglas o normas hipotéticas según FERRAJOLI, expresión más relevante del positivismo, son desplazadas por los principios o normas téticas, que constan en constituciones abiertas que necesitan de indeterminación, ambigüedad y generalidad como instrumentos de desarrollo del margen de maniobra del juez que tiene que interpretar el derecho elaborado por el legislador. Promovieron la positivización de principios y derechos como condición de legitimación del sistema jurídico y político pero sobretodo como rasgo descriptor de una constitución de corte neoconstitucionalista.

5. CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010, pp. 24 y 25.
6. ÁVILA, Ramiro, *Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia*, en Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, p. 22.

En el plano instrumental el método de la subsunción, que supuestamente era el método más utilizado en el derecho constitucional, es reemplazado por el método de la ponderación.

Los neoconstitucionalistas, en el plano orgánico, nos dicen que mientras el Estado "Legal" de Derecho apostó por un legicentrismo (el derecho gira en torno al desarrollo de la ley) y una interpretación formal del derecho, el Estado Constitucional propone principios orientadores de la actividad administrativa, legislativa y judicial y formas de interpretación más materiales o sustantivos.

En este punto cabe aclarar que en la nueva caracterización del Estado, la transformación del Estado legal en Estado constitucional no se produce por la existencia de una jurisdicción constitucional dentro del sistema jurídico-político, tampoco por el supuesto reemplazo del principio de legalidad por el principio de supremacía constitucional. El Estado constitucional mantiene el principio de legalidad y el Estado legal no desconoce la supremacía de la Constitución. *"El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales"*[7], el Estado constitucional se consolida cuando la supremacía constitucional es respetada por los propios redactores y promotores de la Constitución y cuando existe conciencia de sujeción constitucional por parte de los organismos con potestad normativa.

A partir de estos planteamientos, los exponentes de la teoría del derecho neoconstitucionalista nos hablan de un nuevo "paradigma" del Estado, describen una reformulación del derecho[8] e inclusive una reconstrucción del sistema.

7. AGUILÓ, Joseph, *Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución*, en Carbonell, Miguel y García, Leonardo, editores, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 250.
8. CEA EGAÑA, José Luis, *Estado constitucional de derecho: nuevo paradigma jurídico*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005.

III. ¿Dónde surge el neoconstitucionalismo, cuáles son sus referentes normativos y quiénes son sus exponentes doctrinarios?

El neoconstitucionalismo surge en la segunda postguerra mundial[9] en países que atravesaron por regímenes políticos críticos de la ideología liberal.

Italia introdujo los primeros postulados neoconstitucionalistas en su Constitución de 1947. Su artículo 2 establece que *"la república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social"*.

Alemania, por su parte, en la Ley Fundamental para la República Federal de 1949 presentó rasgos "neoconstitucionalistas" especialmente en su capítulo I[10] que fueron complementados por el primer desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal Alemán[11].

En los años setenta, el filósofo norteamericano Ronald DWORKIN reafirmó su crítica al positivismo desde la filosofía jurídica y desde la fusión de lo descriptivo con lo prescriptivo, desde sus tesis neoiusnaturalistas y libera-

9. GARCÍA AMADO asegura que los orígenes de ciertos postulados neoconstitucionalistas se encuentran incluso en 1812 cuando en España la Constitución de Cádiz decía en su artículo 6 que *"El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos"* en García Amado, Juan, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Mantilla, Fabricio, *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 32.
10. Ley Fundamental para la República Federal Alemana.
    Capítulo Primero. De los derechos fundamentales
    Artículo 1.
    1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.
    2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
    3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.
11. El Tribunal Constitucional promovió la jurisprudencia de valores (Wertungsjurisprudenz) en reemplazo de la jurisprudencia de conceptos e intereses del siglo XIX.

listas "progresistas", desde su obra "*Los derechos en serio*"[12]. La vinculación entre el derecho y la moral se reforzaba más y era difundida en el derecho norteamericano por DWORKIN y en Europa por Robert ALEXY. DWORKIN en la obra referida criticó, desde su distinción entre principios y normas, a uno de los máximos exponentes del modelo positivista y quien fue su maestro en Oxford, Herbert HART (crítico a su vez de Han KELSEN[13]). DWORKIN decía que el concepto de derecho de HART es puramente normativo: "*Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos, como hacía el viejo iusnaturalismo- es una doctrina peligrosa.*"[14] La crítica fue atinada hay que admitirlo, el problema es que Dworkin encontró en el idealismo axiológico la máxima fuente del derecho sosteniendo que podía hablarse de principios para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas que deben ser observadas no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la moralidad, en particular de la justicia y que constituye un puente de comunicación entre el derecho y la moral.

Por su parte, Robert Alexy con sus obras "Teoría de la Argumentación Jurídica" de 1976, "Teoría de los Derechos Fundamentales" de 1984 y "Sistema jurídico y razón práctica" de 1994, no solo nutre al neoconstitucionalismo de ideas en el plano sustantivo sino de instrumentos para facilitar su aplicación. Así, toma forma el ahora en boga método de la ponderación, especialmente para el ejercicio de la actividad jurisdiccional[15].

12. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editoral Ariel, junio de 2009, séptima impresión.
13. Para KELSEN todos los ordenamientos jurídicos dependen de una norma primaria que presume el deber de los gobernados de obedecer a sus gobernantes. HART criticó a KELSEN y sugirió que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era una presunción sino una regla concreta de reconocimiento.
14. Ver prólogo de *DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, junio de 2009, séptima impresión, p. 8.
15. En nuestro país incluso se lo ha definido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:
    Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.
    Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

Más adelante aparece Gustavo ZAGREBELSKY, ex juez de la Corte Constitucional italiana y uno de los juristas más influyentes de la corriente neoconstitucionalista, con una formulación más radical en su libro *"El Derecho dúctil"*, obra en que comparte sus reflexiones desde la judicatura. En esta obra llamó a los jueces los "señores del derecho" y les asignó un rol protagónico en la transformación del *"Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX"*[16].

Años más tarde, el jurista y político Gregorio PECES BARBA, militante del Partido Socialista Obrero Español y uno de los redactores de la Constitución de España de 1978, habló de la necesidad de que en la Constitución se establezcan los "valores superiores" de un ordenamiento jurídico y se proponga un conjunto de principios en normas constitucionales para orientar la dirección del resto del Derecho[17]. La diferencia en relación a los pensamientos de sus antecesores: en esta ocasión los principios son positivizados, son trasladados a normas en un proceso que brinda más certezas que una actividad jurisdiccional variable a la que el neoconstitucionalismo pretende dar el carácter de primera fuente del derecho.

A partir de allí, Luigi FERRAJOLI, jurista italiano autoproclamado como iuspositivista crítico, insiste en el denominado cambio de paradigma del derecho que supuestamente se ha producido por la constitucionalización de esos principios y habla de un principio de estricta legalidad o legalidad sustancial para referir el sometimiento de la ley a vínculos, ya no sólo formales, sino sustanciales dados por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones de los Estados. FERRAJOLI en una de sus últimas obras refiere que *"ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales: vínculos negativos, como los generados por los*

(3) Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

16. ZAGREBELSKY, Gustavo, *"El Derecho dúctil"*, Madrid, Editorial Trotta, Colección Estructuras y procesos, serie derecho, 2005, p. 150.

17. Ver como ejemplo el artículo 1.1 de la Constitución Española: *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*.

derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos".[18]

Juristas y filósofos del derecho español como Luis PRIETO SANCHÍS en su obra "*Constitucionalismo y garantismo*" y Manuel Atienza en su obra "*Argumentación Jurídica y Estado Constitucional*", ensayan también bases teóricas de la argumentación jurídica, alineadas con esta corriente neoconstitucionalista. Prieto Sanchís exalta las bondades del neoconstitucionalismo caracterizándolo en términos generales como una "forma política inédita" y una "nueva cultura jurídica" en Europa, distinta a la que se concibió en el marco del "Estado de derecho decimonónico".[19] Atienza cree en un Estado constitucional con jueces empoderados que decidan en base a la razón para alcanzar legitimidad, considera que *"en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones que pueden darse en favor de las decisiones".*

El desarrollo doctrinal referido tuvo recepción en la normativa constitucional de algunos Estados sudamericanos. Son los casos de Brasil y su Constitución de 1988 y el Estado colombiano que en 1991 expidió una Constitución impregnada por la corriente neoconstitucionalista.

IV. "Lo que deja atrás" y "lo que viene" con el neoconstitucionalismo en el Ecuador

En la normativa y doctrina neoconstitucionalista ecuatoriana, la descripción recurrente es que hemos superado viejos y caducos dogmas del derecho privado que se trasladaron a la dinámica del derecho público, específicamente del derecho constitucional. Los neoconstitucionalistas del medio nos cuentan que hemos dejado atrás las concepciones propias del derecho privado y con ellas los métodos de interpretación que favorecían aplicaciones mecánicas del derecho y ahora hemos adoptado concepciones progresistas. Los progresos, según ellos, alcanzan particularmente a la administración

18. FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Editorial Mínima Trotta, p. 35.
19. BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2008, p. 11.

de justicia que ya se encuentra "constitucionalizada"[20]. El neoconstitucionalismo refiere que el derecho se conecta con otras ciencias, en una relación dinámica jamás vista anteriormente. En medio de este mágico relato de superación de lo malo y la consecución de lo bueno, gracias a las bondades de la normativa lograda por la lucidez de académicos y políticos "progresistas", transcurre el escenario actual.

Supuestamente hemos asegurado el efecto irradiador de la Constitución en las relaciones no solo con el poder público sino en las relaciones con el poder privado. Las políticas públicas se encuentran sometidas al escrutinio judicial a través de la acción de protección y la actuación de los organismos con potestades normativas está sometida al control de constitucionalidad. También ciertos actos de los particulares son valorados desde la justicia constitucional. En definitiva no hay espacio exento de control desde el derecho constitucional. Y aquello no está mal. El problema radica en ofrecer a la ciudadanía más de lo que el Estado está en capacidad de otorgarle.

Pero eso no es todo. Como el lenguaje para los neoconstitucionalistas es determinante, en la redacción de las normas que reconocían derechos en la **parte dogmática de la Constitución de 2008**, modificaron la denominación de las categorías de **derechos**. Aunque en un inicio habían acordado no establecer categorías, establecieron siete. Ramiro Ávila aunque se empeñe en marcar diferencias sustanciales entre la clasificación de derechos en la Constitución vigente y en la precedente[21], la realidad es que en la Constitución de Montecristi las categorías cambiaron de nombre más que en su esencia. Gran parte de los derechos civiles forman parte de los derechos de libertad, buena parte de los derechos sociales son ahora denominados derechos del buen vivir y los derechos políticos son ahora identificados bajo el membrete de derechos de participación.

Estos derechos no solo están reconocidos sino que cuentan con **garantías** para hacerlos valer frente a la justicia y la administración pública. Las garantías jurisdiccionales se ampliaron. Las políticas públicas se convirtieron

20. Ver por ejemplo: ÁVILA, LINZÁN, Luis Fernando, Artículo *"La contrarreforma invisible de la justicia"*, en *Política, justicia y Constitución*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2011.
21. ÁVILA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Artículo *"La clasificación de los derechos"*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, para el período de transición, abril 2011, pp. 91 a 103.

en una exigencia de rango constitucional[22]. Las garantías normativas consagran un deber estatal de adecuación de la normativa infraconstitucional con la Constitución de la República y los instrumentos internacionales[23]. Panorama alentador desde el punto de vista normativo. Progresos innegables pero que, lamentablemente, en no pocas ocasiones, se reducen al plano normativo. El progresismo de la normativa no ha estado acompañado de institucionalidad, de una teoría sólida complementada con una visión pragmática, de incorporación de referentes de derecho comparado con un estudio de nuestra realidad.

Según los neoconstitucionalistas del medio actualmente tenemos un Ecuador organizado en un *"**Estado** constitucional de derechos y de justicia"* que confía el poder dirimente o tiene como órgano de cierre a la Corte Constitucional[24]. Con eso supuestamente aseguramos el despojo del órgano político de la dirimencia de los conflictos y la trasladamos a una instancia técnica. Lo que olvidaron los neoconstitucionalistas con incidencia en los procesos normativos es diseñar un sistema para impedir o al menos reducir la injerencia política en el proceso de selección de los jueces. El sistema no avanzará nada si creemos que todo va a cambiar despojando a los políticos de algunas atribuciones y entregándolas a ciertos jueces dependientes de grupos de poder político.

¿Cuál es entonces el cambio sustancial entre el Estado Social de Derecho de 1998 y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia de 2008? La doctrina refiere un Estado Constitucional como evolución del Estado Legal, pero ¿qué tan cierto es aquello? El principio de la supremacía constitucional consta en ambas Constituciones, de hecho en la vigente, la norma que consagra la prevalencia de la Constitución es confusa. El principio de la aplicabilidad directa de las normas constitucionales e internacionales de

22. Fabián CORRAL en el debate sobre neoconstitucionalismo del IV Ciclo de Debates de Técnicas de Litigio en Derechos Humanos de la PUCE exteriorizó su preocupación por la intención encubierta que habría al elevar a rango de garantías constitucionales a las políticas públicas: concentrar en el Poder Ejecutivo la planificación estatal.
23. ÁVILA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Artículo *"Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos"*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, para el período de transición, abril 2011, pp. 147 a 173.
24. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Artículo de Ramiro Ávila, Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, p. 23.

derechos humanos no es nuevo. En el plano institucional no se ven aún grandes cambios de fondo.

Ramiro ÁVILA, al afirmar que *"en lo relativo al derecho social y público, que es la esfera innovadora de la universalidad de los derechos humanos, hay saberes incompletos, hay normas deficitarias y, consecuentemente, hay órganos inadecuados"*[25], pretende concentrar su crítica en la integración y funcionamiento de los órganos de lo que él denomina sistema liberal. Más adelante afirma que *"el estado sigue teniendo una estructura liberal"*[26], lo cual cada vez es menos cierto pues actualmente más autoridades y funcionarios públicos se identifican con la corriente neoconstitucionalista y buscan con empeño aunque sin mayor éxito llevar a la práctica los complejos compromisos normativos asumidos.

En todo caso, lo que viene según los neoconstitucionalistas es progresismo, lo que deja atrás son prácticas caducas del derecho privado trasladadas al derecho público.

V. Características y "logros" del neoconstitucionalismo

El profesor español Luis PRIETO SANCHÍS exalta las bondades del neoconstitucionalismo caracterizándolo en términos generales como una "forma política inédita" y una "nueva cultura jurídica" en Europa, distinta a la que se concibió en el marco del "Estado de derecho decimonónico".[27]

Este académico identifica de la siguiente manera a la **Constitución "neoconstitucionalista":** una Constitución material, que supuestamente no solo organiza sino que limita al poder. Refiere una Constitución principialista garantizada por los jueces y una Constitución que irradia todo.

25. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Artículo de Ramiro Ávila: Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos, 2008, p. 40.
26. ÁVILA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Artículo *"El estado como garante de los derechos: retos para una nueva institucionalidad"*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, para el período de transición, abril 2011, pp. 209 a 240.
27. BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2008, p. 11.

Como Constitución **material** la podemos calificar a la Constitución de 1998 no solo a la vigente. En ésta y la precedente, los derechos fueron concebidos como límites al poder. Ambas Constituciones no solo se centran en la organización del poder, por lo tanto el plantearlo como una novedad carece de sentido, no es algo nuevo, ni un progreso del que se pueda apropiar el neoconstitucionalismo. Ambas Constituciones limitan el poder, configurando obligaciones correlativas a los derechos reconocidos.

En cuanto a la constitución **principialista**, la constitución "neoconstitucionalista" está colmada de principios, no de reglas. Las reglas son desplazadas por los principios que abundan en constituciones abiertas que necesitan de un elevado grado de indeterminación, ambigüedad y generalidad para incrementar el margen de maniobra del juez. Peligrosa herramienta tomando en cuenta la deficiente formación de ciertos jueces. Escasa novedad creer que la constitución neoconstitucionalista es la pionera en incorporar y privilegiar los principios. García Amado asegura que *"poca novedad hay en el hecho de que las Constituciones reales o pretendidas se llenen de proclamaciones axiológicas y se inflen a base de predicar la verdadera moral y la fe debida"*[28].

En relación a la afirmación de que la Constitución irradia todo, el **efecto de irradiación** de la Constitución de 2008, tomado de la doctrina alemana denominada *Ausstrahlungswirkung*, supuestamente supone un sometimiento no solo del poder sino de la ciudadanía en general a los preceptos constitucionales, al conjunto de derechos y deberes. La Constitución penetra en todas las ramas del derecho, en todas las actuaciones del Estado y en las relaciones y conductas de los particulares. Todas las personas somos titulares de derechos[29] y deberes[30].

28. GARCÍA AMADO, Juan, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Mantilla, Fabricio, *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 33.
29. Constitución de la República.
    Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
30. Constitución de la República.
    Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:
    1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

El problema se encuentra en que nuestra Constitución parecería encuadrarse en lo que Karl Loewenstein en el capítulo V de su obra *"Teoría de la Constitución"* denomina Constitución "semántica" o al menos "nominal": la sociedad tiene un disfraz puesto por el poder de turno o al menos un traje que le queda grande. De una importancia secundaria asignada al derecho constitucional en el Ecuador corremos el riesgo de caer en una hegemonía del derecho constitucional con respecto a las otras ramas del derecho y podemos llegar a pensar que la respuesta a todo conflicto lo encontraremos en la justicia constitucional, que todo problema está resuelto en la Constitución. Prieto Sanchís incluso llega a afirmar que todo problema jurídico puede ser constitucionalizado[31].

Precisamente este tratadista español identifica las cinco **características** que definirían lo que significa el **neoconstitucionalismo**: el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho[32].

Por su parte, el profesor mexicano Miguel Carbonell habla de tres grandes **logros** del neoconstitucionalismo:

1. Las constituciones contienen altos niveles de normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado.
2. Gracias a ese progresismo normativo, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante, pues realizan su función bajo parámetros interpretativos nuevos.
3. Desarrollo teórico novedoso que contribuye no solo a explicar un fenómeno jurídico sino a crearlo.

Consciente de la fragilidad de la propuesta, el mismo profesor afirma que *"no faltará quien diga que ninguno de estos tres elementos es, en rigor,*

31. PRIETO SANCHÍS, Luis, El Constitucionalismo de los Derechos en Carbonell, Miguel (compilador), Teoría del neoconstitucionalismo, Madrid, Editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 221.
32. CARBONELL, Miguel (editor), Neoconstitucionalismo(s), Artículo de Luis Prieto Sanchís. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", Madrid, Trotta, 2005, pp. 131 y 132.

novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX. Quizá tenga razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad esta en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas".[33]

Las virtudes de nuestra Constitución la pregonan académicos nacionales, como Ramiro Ávila, que ubican a nuestra Constitución en esta corriente o teoría del derecho. Hablan de una supremacía constitucional no solo formalmente consagrada sino de un conjunto de normas que aseguran dicha supremacía. Así invocan el artículo 84 de la Constitución que consagra un nuevo tipo de garantía constitucional: la garantía normativa, como mecanismo para asegurar el sometimiento de las autoridades con potestad normativa a la Constitución. Y atribuyen a la creación de la Corte Constitucional magnos efectos.

El gran error que identifico en estos planteamientos es que ciertos neoconstitucionalistas creen que la abundancia de las normas que aluden a la supremacía constitucional asegura su vigencia práctica. El propio Ramiro Ávila reconoce que *"no hay que caer (...) en la ilusión de que cambiando la norma cambia la realidad"*[34], sin embargo sobredimensiona los progresos alcanzados a través de la nueva caracterización normativa del Estado y celebra el reconocimiento de nuevos derechos.

Algunos neoconstitucionalistas del medio se empeñan en dar explicaciones de sus teorías, pero no se preocupan por lo determinante: diseñar un mecanismo de implementación de la abundante teoría "progresista".

33. CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010, p. 30.
34. ÁVILA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Artículo *"Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos"*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, para el período de transición, abril 2011, p. 172.

VI. Críticas al neoconstitucionalismo desde el constitucionalismo positivista radical

Aunque ciertas posturas de esta tendencia lucen en ciertas ocasiones extremas, examinemos lo que con acierto y lucidez propone Juan Antonio García Amado, constitucionalista positivista, quien formula las siguientes críticas a la versión de neoconstitucionalismo propuesta por Luis Prieto Sanchís.

En la primera de ellas pone reparos a la supuesta novedad de los postulados de la teoría neoconstitucionalista propuesta: *"la Constitución, como cualquier otra norma positiva, diga cosas y que los jueces sean garantes de la obligatoriedad de lo dicho es poca novedad. En cambio, lo determinante son tres cuestiones más concretas: cómo lo dice, qué dice y quién interpreta o concreta lo que dice"*[35].

Defiende una postura positivista en la que también *"los derechos vinculan, irradian, inundan, impregnan y todo lo que queramos decir, sin duda, pero sólo en lo que de determinado hay en los enunciados que los recogen"*[36].

La crítica más certera sin duda es la que dice que *"para el neoconstitucionalista siempre que el juez acierta con lo justo habla a su través la Constitución, diga ésta lo que diga en sus palabras. Para el positivista lo único tangible con que medir si el juez atiende a la Constitución, la complementa legítimamente o la enmienda subrepticiamente es el texto constitucional, con lo que tiene de determinado y lo que deja indeterminado"*[37]. Agrega: *"No parece cierto que el positivista estime que la Constitución le dice más al legislador que al juez, sino que lo que reprocha al neoconstitucionalismo es que éste justifica que el juez diga que la Constitución "dice" al legislador lo que realmente la Constitución no dice, al menos con sus palabras"*[38].

35. García Amado, Juan Antonio, *Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 238.
36. Ibíd., p. 241.
37. Ibíd., p. 243.
38. Ibíd., p. 244.

Se pregunta García Amado *"¿cómo es posible que la Constitución material le diga más al juez que al legislador. Porque si admitimos que dice lo mismo y con igual grado de concreción y certeza a uno y otro, la pregunta pasa a ser la de cómo sabe el juez que el legislador yerra cuando ese yerro no se traduce en incompatibilidad semántica o cómo se justifica la preferencia de la opinión judicial"*[39].

El empoderamiento de los jueces y el debilitamiento de los legisladores es cuestionado por García Amado pues considera que en el neoconstitucionalismo *"los jueces, habrán de ser, se supone, no sólo buenos técnicos del Derecho, sino supremos sacerdotes de la verdad moral, intérpretes ya no sólo del significado de los enunciados constitucionales y legales, sino, y por encima de eso, sumos garantes de la vigencia y objetiva efectividad de la verdadera moral y la auténtica justicia"*[40].

VII. Evaluando el grado de implementación de los postulados neoconstitucionalistas en el Ecuador

Miguel CARBONELL, basado en la obra *"La constitucionalización del ordenamiento jurídico"* de Ricardo Guastini, propone distintos parámetros para verificar el grado de implementación del neoconstitucionalismo en un Estado[41], los cuales serán analizados a la luz de la realidad ecuatoriana:

1. **Constitucionalización más acentuada y rígida:** a pesar de que los principios no pueden ser modificados en modo alguno, vemos, sin embargo, que en la práctica, los principios de aplicación de los derechos constantes en el artículo 11 de la Constitución de Montecristi tienen escasa vigencia práctica, especialmente en los procesos de producción normativa. Un ejemplo de aquello lo ilustramos enunciando el

39. Ibid., p. 251.
40. GARCÍA AMADO, Juan, Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores, en Mantilla, Fabricio, Controversias constitucionales, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 67 y 68.
41. CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo, editores, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 153 y ss.

artículo 11 (4) de la Constitución: *"ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"*. La Asamblea Nacional, al expedir la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para la presentación de una acción de protección, exige requisitos no contemplados en la Constitución que muchos aseguran terminan por desnaturalizar la formulación constitucional de esa garantía jurisdiccional.

2. **Garantía jurisdiccional de la Constitución:** se asegura que un rasgo característico del neoconstitucionalismo es el hecho de que la Constitución se encuentra garantizada jurisdiccionalmente y la rigidez de ésta se traduce en una efectiva supremacía sobre la ley. ¿Es más confiable la voluntad de unos pocos jueces empoderados incluso para reconstruir el derecho elaborado por el legislador? ¿Podemos depositar nuestra confianza en la actividad judicial legitimada "técnicamente" menospreciando muchas veces la legitimidad democrática y la voluntad del legislador, incluso del constituyente? ¿por qué creen los neoconstitucionalistas que la rigidez con la que pretendieron blindar a la Constitución va a impedir procesos de reforma si en algunas ocasiones la Corte Constitucional en nombre de la interpretación termina desconociendo la voluntad del constituyente? Todos los jueces tienen jurisdicción constitucional y se los ha convertido en guardianes de la Constitución. Pasamos por tener jueces constitucionales y especializados, a asignar jurisdicción constitucional a los jueces de lo civil, penal y contencioso administrativo para terminar convirtiendo a los jueces de cualquier especialidad en jueces constitucionales, sin darles más recursos, sin capacitarles de manera adecuada y congestionando el ya colapsado despacho de causas de su especialidad. ¿Los nuevos guardianes de la Constitución ofrecen la confianza necesaria a la ciudadanía?, ¿están preparados para hacer respetar la Constitución?, ¿saben cómo administrar justicia en la esfera constitucional? ¿conocen el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales?

3. **Fuerza vinculante de la Constitución:** en el neoconstitucionalismo las normas constitucionales supuestamente son directa, inmediata y plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Ninguna novedad. Lo explicaré más adelante en el quinto parámetro. La Constitución de 1998 en su artículo 272 decía: *"la Constitución prevalece sobre cual-*

quier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior". Si bien el artículo 424 de la Constitución la cataloga como la normativa suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y reafirma que en caso de que las normas y actos no guarden conformidad con las disposiciones constitucionales carecerán de eficacia jurídica, la práctica nos presenta a una Constitución que continúa siendo irrespetada por sus propios redactores. Nuestra Constitución no ha demostrado aún tener la virtud de generar efectos jurídicos sólidos. Vemos con preocupación que la actividad legislativa de la Asamblea Nacional, se aparta con frecuencia de las directrices constitucionales, tal y como lo hacían los actores políticos del anterior sistema y finalmente tienen el aval de la Corte Constitucional que al ejercer el control de constitucionalidad terminan justificando la actuación del Ejecutivo. La fuerza vinculante de la Constitución fue y sigue siendo retórica para ciertas autoridades y jueces. Siguen siendo programas de acción política o recomendaciones que se interpretan de acuerdo a la conveniencia del poder de turno.

4. **"Sobreinterpretación" de la Constitución:** este parámetro plantea que el intérprete neoconstitucional no se limite a una interpretación literal de la Constitución y pueda recurrir a una interpretación extensiva, sin embargo hay que advertir los riesgos que aquello supone. Como bien asegura Juan Antonio García Amado *"en el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice"*[42]. Esta Constitución favorece, en principio, una continuidad de la interpretación literal, pero más adelante alienta a los jueces a aplicar el principio *pro homine* y les dota de una subjetiva herramienta de interpretación que, en ocasiones, puede desconocer la voluntad del constituyente. La norma constitucional es confusa y contradictoria al regular los métodos de interpretación. Algunos pasajes de la Constitución, entre ellos el artículo 425, consa-

42. BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2008, p. 14.

gra el principio *pro ser humano*, el propio artículo 427 de la Constitución lo hace en su parte final, sin embargo el encabezado de este artículo reza: *"Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad"*. El artículo 424 y 425 en sus primeros incisos favorecen la aplicación de un método, mientras los segundos incisos de ambos artículos nos remiten a otros métodos.

6. **Aplicación directa de las normas constitucionales.** El artículo 18 de la Constitución de 1998 establecía que "los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad". El artículo 11 (3) de la Constitución de 2008 contiene una disposición similar que dice: "Los 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". La diferencia tan solo se registra en los sujetos obligados, mientras la Constitución de 1998 vincula solamente a jueces y autoridades, la Constitución en vigencia obliga a aplicar directamente la normativa constitucional e internacional de derechos humanos a todo servidor público. ¿Con qué frecuencia las autoridades y jueces lo hacían con el anterior mandato constitucional?. ¿Qué hace pensar a los neoconstitucionalistas que la realidad actual será distinta?. El artículo 426 de la Constitución de 2008 establece que "todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. 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", con esa disposición ¿aseguramos la eficacia de las normas que protegen derechos humanos?. El artículo 16 de la anterior Constitución decía que "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución", idéntica disposición la encontramos en el artículo 11 (9) de la Constitución vigente. Adicionalmente existen disposiciones como la constante en el artículo 85 (2) de la Constitución de la República, en la cual el asambleísta ha hecho ejercicio de la ponderación legislativa para exigir la reformula-

ción de una política pública cuando los efectos de su ejecución amenace vulnerar derechos fundamentales.

6. **La interpretación conforme de las leyes.** Confiar la facultad de máximo intérprete de la Constitución a la Corte Constitucional, hay que reconocerlo, es un claro acierto. Despojar de aquella facultad al Congreso, órgano político, es un progreso innegable, pero tampoco podemos creer que la injerencia política en la interpretación constitucional ha desaparecido. El artículo 284 de la Constitución de 1998 establecía que *"en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio"*, mientras que el artículo 436 (1) de la Constitución vigente asigna esta atribución a la Corte Constitucional como *"la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante"*. Que tenga vigencia práctica una interpretación técnica jurisdiccional constitucional apartada de los intereses políticos está aún por verse[43].

7. **Influencia de la Constitución sobre relaciones políticas.** El artículo 436 (7) de la Constitución vigente establece entre las atribuciones de la Corte Constitucional: *"dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución"*. Aparente progreso que sin duda está por confirmarse. El artículo 434 de la Constitución consagra un proceso de selección de los jueces de la Corte Constitucional que en teoría privilegiará los méritos de los postulantes: *"Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana"*. Rodolfo Vásquez

43. En cuanto a la dependencia política y la ausencia de independencia de origen, ver: Ávila, Luis Fernando, *Política, justicia y Constitución*, Quito, artículo de Grijalva, Agustín, *Políticas constitucionales en Ecuador*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, para el período de transición, abril 2011, p. 75 a 102.

parecería describir la realidad ecuatoriana cuando habla de un *"poder judicial descrito como dependiente del poder político, inaccesible para los sectores de menos recursos, ineficiente para resolver las controversias en forma rápida y oportuna, y desprestigiado ante la ciudadanía"*[44], Una Corte Constitucional integrada por expertos con trayectoria sería plausible. Y es que definitivamente *"un Tribunal Constitucional especializado puede disponer de más tiempo para analizar con profundidad los problemas que plantea la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales frente a la ley"*[45].

VIII. A manera de conclusión escéptica

Resulta tentador sumarse a la corriente neoconstitucionalista predominante y repetir los recurrentes postulados de sus exponentes, sin embargo parece más sensato hablar de cambios cuando no solo en el ámbito normativo y prescriptivo sino en el ámbito institucional y práctico se hagan presentes. Resulta mucho más sensato trabajar en aspectos estructurales y culturales que permitan cristalizar los postulados "progresistas" y "garantistas" del neoconstitucionalismo con reformas institucionales y con más recursos para la administración de justicia constitucional.

Es una estrategia recurrente de la tendencia política y jurídica dominante culpar al pasado de los fracasos o errores del presente y aquello es insensato e irresponsable. No podemos seguir atribuyendo los problemas de limitada eficacia del derecho al "estado liberal", especialmente a ciertos jueces si los hemos empoderado a sabiendas de sus persistentes limitaciones y restrictivas interpretaciones.

No hemos madurado, por ejemplo, en consolidar una despolitización de los órganos de administración de justicia, tampoco los hemos descorpora-

44. Vásquez, Rodolfo, Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario, en Carbonell, Miguel y García, Leonardo, editores, El canon neoconstitucional, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 386.
45. Ferreres Comella, Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática, en Carbonell, Miguel y García, Leonardo, editores, El canon neoconstitucional, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 378.

tivizado. Lo que si ha ocurrido es que algunos "técnicos" han llegado a ocupar espacios de poder y no han propiciado cambios estructurales sustanciales.

La conducta de los poderes del estado y la cultura ciudadana de derechos humanos tienen que cambiar. El tránsito del estado liberal al constitucional, del estado de derecho al estado de derechos, del estado excluyente al de justicia no se da por una caracterización normativa, no se logra con declaraciones, sino con hechos. En el Ecuador creemos que el lenguaje de la normativa cambia comportamientos y aquello es falso.

El progreso de las sociedades y del estado en su poder judicial y legislativo se da en la práctica, el progreso no está en las leyes, el buen vivir no se alcanza por decreto.

Los catálogo de derechos y garantías constitucionales se han ampliado, pero ¿se han incrementado jueces y personal del juzgado, se los ha capacitado dotándoles de herramientas prácticas para administrar justicia?. A través de una acción de protección podemos hacer valer derechos de instrumentos internacionales, ¿conocen los jueces y asistentes de los juzgados la normativa y jurisprudencia internacionales que dan contenido a los derechos?

El progresismo doctrinario y normativo no es nada sin el progresismo cultural, sin el progresismo pragmático.

La Constitución recoge elementos muy interesantes pero que solo serán plasmados con leyes que la complementen y no la contradigan y con una adecuada capacitación a los operadores de justicia. Muchos principios de la Constitución de 1998 que no se aplicaron durante una década de vigencia ahora se repiten, me pregunto ¿ha cambiado la sociedad para pensar que ahora si van a ser aplicados? Tenemos nuevos derechos, otros aunque muchos se empeñen en decir lo contrario solamente han cambiado de membrete. Algunos derechos han sido reformulados generando una sobre expectativa en la ciudadanía.

No quiero sonar pesimista pero tampoco puedo ser incrédulo pensando que por el membrete que ahora tiene el Estado dejamos automáticamente de ser un estado liberal, de derecho y excluyente. La abundante normativa de la parte dogmática de la Constitución no la vuelve automáticamente garantista.

Tampoco puedo ser ingenuo creyendo que en manos de los jueces el derecho constitucional va a alcanzar un importante grado de desarrollo y no se quedará estanco. En una democracia la división de poderes y la legitimidad democrática debe ser preservada. La esfera de competencia del legislador no puede ser invadida arbitrariamente, aunque tampoco puedo exigir una reverencia irracional a su trabajo.

Es necesario reconocer que en nuestra Constitución, en la normativa suprema, se plasmaron valores mayoritariamente compartidos por académicos, constituyentes y electores, y en las sentencias, en la jurisprudencia, se pueden proteger a las minorías a través de esos valores sin irrespetar la voluntad de la mayoría.

Si finalmente nuestro Estado quiere consolidar un sistema neoconstitucionalista, el neoconstitucionalismo doctrinal del académico debe ser adecuadamente incorporado en el neoconstitucionalismo normativo del constituyente y del legislador y en el neoconstitucionalismo jurisprudencial del juez constitucional, respetando los ámbitos de acción de cada actor.

Los jueces deben respetar la competencia del constituyente para construir valores sustantivos, las autoridades y los legisladores deben aceptar el examen de constitucionalidad de sus actuaciones por parte de los jueces y los académicos pueden promover y exigir ese respeto entregando a estos actores insumos teóricos pero también pragmáticos.

Pero sin duda lo más importante será que todos estos actores acepten que los medios para alcanzar un progresista derecho constitucional no lo tienen exclusivamente los neoconstitucionalistas que trabajan para la academia, la judicatura y la legislatura. Los progresos no se iniciaron con el neoconstitucionalismo ni los problemas se presentaron exclusivamente en el positivismo. Los resultados de la implementación de los postulados de ambas corrientes hará que el neoconstitucionalismo marque la diferencia o ponga a los neoconstitucionalistas en evidencia.


TAMANTE&P
ABOGADOS
Av. República de El Salvador 1082 y Naciones Unidas,
Edif. Mansión Blanca
2) 2254 323 / 2260 666. Fax (593-2) 2258
Quito, Ecuador
www.pbp


BUSTAMANTE &
ABOGADOS
Av. República de El Salvador 1082 y Naciones Unidas,
Edif. Mansión Blanca
2254 323 / 2260 666, Fax (593-2) 2258 038 / 2244 462
Quito, Ecuador
www.pbplaw.com

2.

REFLEXIONES SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS, ESPECIALMENTE EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Héctor FIX-ZAMUDIO[1]

I. Introducción

1. Esta materia de las relaciones cada vez más estrechas entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos es bastante compleja, especialmente en virtud de la creciente vinculación entre ambos campos, y por ello es conveniente precisar varios aspectos: a) En primer lugar es necesario tomar en cuenta que las Constituciones Iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general, en relación con los ordenamientos constitucionales internos; b) La creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

* Publicado en la obra von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitutionale Commune en América Latina?, México, UNAM-Max Planc Institut, 2010, tomo II, pp. 593-673.

1. Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

2. Debe tomarse en consideración que el concepto de derechos humanos ha sido desarrollado desde varias perspectivas: A) en primer término existe un enfoque más estricto, que entiende por tales a los que han sido establecidos para beneficio de los seres humanos en sus dimensiones individual y colectiva; pero B) Desde una perspectiva más amplia se abarcan otros sectores estrechamente vinculados con los primeros y que se divide en tres categorías: a) los derechos humanos en sentido estricto; b) los comprendidos por el *derecho humanitario*, es decir aquellos que protegen a las personas durante los conflictos internacionales e internos; y c) aquellos que se comprenden dentro del llamado *derecho de los refugiados*, es decir el que abarca los de las personas que se ven precisadas a abandonar su país de origen por problemas de persecución política, conflictos armados, discriminación o marginación, y cuyo número se ha incrementado considerablemente en los últimos años en muchos lugares del mundo contemporáneo. La doctrina ha señalado esta triple relación en el campo extenso de los derechos humanos.[2]

3. A) Se toma en primer lugar la dimensión estricta de los derechos humanos, que surgió de una amplia trayectoria que podemos retrotraer desde el punto de vista histórico hasta sus antecedentes remotos en la filosofía grecolatina, posteriormente, la Edad Media, el Renacimiento y particularmente la Revolución Francesa al finalizar el siglo XVIII, que consagró en un documento constitucional los derechos de carácter individual, es decir la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789*, los que se introdujeron también en las Cartas de los Estados de las colonias inglesas en América, durante su lucha de independencia y posteriormente con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que entraron en vigor en 1791, y esta institucionalización se generalizó en las Constituciones clásicas liberales del siglo XIX, que se extendieron a los derechos sociales, económicos y culturales, los que fueron elevados a nivel constitucional en algunas Cartas de la primera posguerra, en primer término

2. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PREYTIGNET, GÉRARD Y RUÍZ DE SANTIAGO, Jaime; As Tres Vertentes da Protecao Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos; Direito Humanitario, Direito dos Refugiados; San José de Costa Rica-Brasilia; Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados; 1996; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos; Porto Alegre-Brasil; FABRIS, Sergio Antonio Editor; 1997; esp. tomo I; pp. 270-349, Id. en coautoría con RUÍZ DE SANTIAGO, Jaime, La nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI; San José - Costa Rica; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; 2001.

en la Carta Federal Mexicana y en el mismo período en algunas europeas encabezadas por la Ley Suprema Alemana de 1919.

4. Al término de la segunda guerra mundial y debido a las violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos por los regímenes totalitarios que iniciaron esta conflagración, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, una de cuyas finalidades fue reconocer la importancia de tales derechos, se modificó una de las reglas tradicionales del derecho internacional clásico al otorgar a las *personas individuales y a los grupos sociales la categoría de sujetos del derecho internacional*, que antes se confería de manera exclusiva a los Estados, ya que eran ellos por conducto de la protección diplomática, los encargados de la protección de los derechos humanos de sus nacionales residentes en otros Estados. La labor de las Naciones Unidas en este campo ha sido impresionante por medio de convenciones, declaraciones y recomendaciones.

5. Desde el punto de vista *sustantivo*, en este ámbito mundial o universal podemos señalar como documentos básicos, en primer lugar la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, expedida en París el 10 de diciembre de 1948 por las mismas Naciones Unidas, y que en un principio sólo podía ser considerada como un catálogo de compromisos morales, pero que con el tiempo se ha convertido en un instrumento imperativo en muchos de sus preceptos, por medio de la costumbre internacional y la institución del *ius cogens*. En segundo lugar en este ámbito se pueden destacar los dos *Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos* y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor el 3 de enero y 23 de marzo de 1976, respectivamente, y que en la actualidad han sido ratificados por una gran mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

6. Pero a partir de la segunda posguerra, además del avance que se ha señalado anteriormente del reconocimiento a las personas individuales y los grupos sociales como sujetos del derecho internacional, se han introducido *normas de derecho procesal e instituciones tutelares, inclusive algunas de carácter jurisdiccional* para la protección de los derechos humanos en la esfera internacional mundial o universal, ya que las Naciones Unidas por medio de tratados multilaterales han introducido de manera paulatina diversos *comités* que se encargan por materias de la protección específica de algu-

nos derechos humanos. Algunos de estos Comités están facultados para admitir reclamaciones individuales y formular recomendaciones a los Estados respectivos, atribuciones que han aumentado de manera paulatina. Estos comités han sido reconocidos por los Estados iberoamericanos, los que tienen la obligación de enviar a los mismos informes sobre la situación de los diversos derechos. El más importante de dichos comités es el de *Derechos Humanos,* formado por 18 expertos elegidos a título individual, por un período de cuatro años, con reelección. Está regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que ha sido reconocido por casi todos los Gobiernos de Iberoamérica.

7. A lo anterior deben agregarse los dos órganos que dependen del ECOSOC (Consejo Económico y Social): el actualmente *Consejo de Derechos Humanos,* de reciente creación, que sustituyó a la anterior Comisión de Derechos Humanos, y que se integran por representantes de los Estados, cuya primera Presidencia la ocuparon los representantes de México. Como dependiente del organismos anterior se estableció como un, órgano técnico a la *Subcomisión* (anteriormente de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías), actualmente de *Promoción y Protección de los Derechos Humanos,* que se forma por 26 expertos de cinco regiones).

8. Finalmente, debe señalarse que la Organización de las Naciones Unidas cuenta con varios Tribunales, entre los cuales destaca la *Corte Internacional de Justicia* y recientemente la *Corte Penal Internacional,* así como algunos creados por el Consejo de Seguridad con el objeto de sancionar a los acusados de genocidio y crímenes contra la humanidad, como los de *Yugoeslavia* y de *Ruanda*. Aun cuando la Corte Internacional de Justicia tiene como función esencial la solución de conflictos entre Estados, en algunos casos las controversias son sobre aplicación de derechos humanos.[3]

3. En los casos de los hermanos alemanes Lagrand residentes en los Estados Unidos, que fue promovido por la República Federal de Alemania contra el Gobierno de Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 27 de junio de 2001, dando razón a la promovente, en el sentido de que no se había dado cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 36, párrafo 1, inciso h) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, de informar a los extranjeros acusados de delitos graves, de la posibilidad de acudir al respectivo cónsul de su país para su asistencia en la defensa judicial, con lo cual se infringía el derecho del debido proceso establecido por otros tratados internacionales suscritos por los dos países contendientes. Una sentencia posterior de 31 de marzo de 2004, en el caso denominado Avena y otros, planteado por el Gobierno de México ante la misma Corte Internacional de Justicia contra los Estados

9. Además de los anteriores, se han creado tres tribunales regionales, dos de ellos con comisiones que se encargan de recibir las reclamaciones y formular recomendaciones, así como presentar los casos ante las Cortes respectivas. Es decir: *Cortes Europea, Interamericana* y *Africana*, esta última todavía en vías de operación, ya que su estatuto ya ha sido aprobado, y en 2006 se han designado los jueces que deben integrarla, pero todavía no se establece el lugar de su residencia. Estos organismos están vinculados con *tres organizaciones regionales*: el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Carta de la Unidad Africana de 1963. Estos tres tribunales son la vía de solución definitiva de los planteamientos de violación de los derechos humanos, y corresponden a tres Convenciones: la *Europea* (Roma, 1950, en vigor en 1953); *Americana* (San José, 1969, en vigor en 1978), y la *Carta Africana sobre los derechos Humanos y de los Pueblos* (1981 en vigor en 1986). En América y África, actúan como órganos de instrucción, las Comisiones respectivas; en Europa funcionó desde 1954 hasta 1998, ya que fue suprimida por el Protocolo número 11, que entró en vigor el primero de noviembre de 1998, en la cual se estableció el acceso directo de los afectados ante la misma Corte, la que se transformó en permanente.[4]

Unidos por el mismo motivo, también le dió la razón al Gobierno Mexicano por las mismas razones que en la controversia anterior; Gómez Robledo V., Juan Manuel, "El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, V, México, UNAM, 2005, pp. 178-220.

4. Como la bibliografía sobre estos sistemas regionales es muy abundante, citaremos únicamente las más recientes. Por lo que respecta al sistema europeo, que fué el primero en aparecer, se pueden considerar como los estudios más recientes: Marguenaud, Jean Pierre, La Cour européenne des droits del'Homme, 3ª. ed. Paris, Dalloz, 2005; Brage Camazano, Joaquín, "Strasburgum causa finita. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa"; Fix-Zamudio, Héctor,"La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional"; y Morenilla Allard, "El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", los tres en la obra coordinada por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer, Mac Gregor, El Derecho de Amparo en el Mundo, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1035-1220. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Problemas que enfrenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la actualidad y remedios posibles"; Duarte, María Luisa "O Direito de Unión Europea e o Direito dos Direitos do Homen- una defensa do triángulo judicial europeo"; Salado Osuna, Ana, "Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo", estos últimos en el libro editado por Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, Derecho constitucional para el Siglo XXI, Cisur Menor. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, Tomo I, pp. 1707-1746; 1747-1767; y 1833-1850, respectivamente. Por lo que se refiere al sistema interamericano, se pueden mencionar como estudios recientes: Fix-Zamudio, Héctor, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en el libro coordinado por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 165-224, Id, "La Corte Interamericana de

En cuanto a la Corte Africana, que como hemos dicho todavía no entra en funcionamiento, ha despertado el interés de la doctrina no sólo de ese continente sino también de otras regiones en los cuales han realizado por varios años esta actividad tutelar de los derechos humanos los organismos jurisdiccionales que hemos mencionado con anterioridad.[5]

10. B) Se puede hacer una breve referencia a los otros sectores estrechamente vinculados con los derechos humanos en sentido propio, que son los relativos al *derecho humanitario y el de los refugiados.* La primera categoría, que como se ha mencionado anteriormente, comprende los derechos humanos afectados durante las situaciones de emergencia tanto internas como internacionales, que han sido tan frecuentes en los últimos años. Este sector ha sido desarrollado por la Comunidad Internacional debido a la constante promoción del *Comité Internacional de la Cruz Roja*, la que se apoya en las diversas secciones nacionales. Con motivo de esta meritoria labor, se aprobó en Suiza el primer convenio suscrito en el año de 1864, que se desarrolló posteriormente por medio de cuatro convenciones suscritas en la ciudad de Ginebra, del mismo país, que constituyen la base fundamental del

Derechos Humanos", en el libro editado por José Ovalle Favela, Administración de Justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados, México, UNAM, 2006; Faúndez Ledesma, Héctor, El sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, 2ª. ed., San José, Costa Rica; Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo 1979-2004, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; García Ramírez, Sergio, La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, UNAM, 2 vols., el I, 2001, reimpreso, 2006, el II, 2006.

5. Entre los estudios más recientes pueden mencionarse: Mascareñas Gómez Monteiro. Antonio Manuel, "La Charte Africaine des Droits del l'Homme et des Peuples", en la obra Judicial Protection of Human Rights at National and Level, Milán, Giuffré, 1991, tomo I, pp. 467-483; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, Manual internacional de derechos humanos, Caracas-San José, Instituto Interamericano–Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 115-127; Murray, Rachel, The African Commission on Human and Peoples Rights and Internacional Law, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, en el cual se destaca la combinación de las estructuras tradicionales y la influencia de las occidentales, así como las diferencias que dicha mezcla produce en la labor de la citada Comisión Africana, pp. 33-47; Saavedra.
Álvarez, Yuria, La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Organización y funcionamiento, tesis de licenciatura, México, 2004; Odimba, Jean Cadet, "Protección de los derechos fundamentales en África, en el libro El Derecho de Amparo en el Mundo, cit. supra nota 3, pp. 945-984; Id., Protección regional de los derechos humanos. Comparado, México, Porrúa, 2006, pp. 27- 123.

derecho humanitario, y que ha continuado su evolución de acuerdo con los numerosos conflictos que se han presentado en los siguientes años y por este motivo se hizo necesario revisar en una Conferencia Internacional efectuada también en Suiza en 1974, los Convenios de 1949, los que fueron adicionados por dos nuevos *Protocolos, el primero relativo a los conflictos internacionales y las guerras de descolonización,* el segundo, que contiene normas relativas a *conflictos internos que rebasen la situación de simples disturbios.*

11. Como una breve referencia al *derecho de los refugiados* se puede señalar que este sector del concepto amplio de los derechos humanos se fundó con dificultad en la primera posguerra, debido a la insistente promoción del Dr. Fridthof Hansen (1861-1930), delegado de Noruega a la Liga de las Naciones la que surgió en 1919 con motivo de los Tratados de Paz de Versalles al terminar la primera guerra mundial. Como la citada Sociedad de Naciones surgió débil por la desunión de los países en aquel entonces, no fue sencillo acoger las meritorias iniciativas del Dr. Hansen ante dicha Organización, en beneficio de millones de refugiados de todo el mundo, que se habían visto obligados a abandonar sus lugares de residencia debido a los constantes conflictos surgidos en esa primera posguerra, y que culminaron con la todavía más destructiva segunda guerra mundial iniciada en 1939. No obstante las dificultades el Dr. Hansen en 1921 logró con el acuerdo de las potencias más importantes, establecer el llamado *Pasaporte Hansen*, que protegió a los desplazados de 26 países, entre ellos los de la naciente Unión Soviética, y en 1922 logró que la misma sociedad de las Naciones le entregara mas de diez millones de libras esterlinas, para lograrles asentamientos seguros. Debido a esa importante labor, el Dr. Hansen fue designado Primer Comisionado de los Refugiados de las Liga de las Naciones y además le fue conferido muy merecidamente el Premio Nobel de la Paz en 1923.

12. Durante la segunda guerra mundial las hostilidades provocaron el desplazamiento de un número creciente de personas en Europa, por lo que 43 países decidieron establecer en 1943 la *Agencia de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRAA),* encargada de la repatriación de las personas que no tenían ninguna otra posibilidad de solución. Sus funciones terminaron hasta 1947, después de haber repatriado siete millones de personas.

13. El 15 de diciembre de 1946, con antelación a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Asamblea General de las Naciones

Unidas estableció por conducto de un Estatuto Provisional y año y medio de duración, la *Organización Internacional de Refugiados (OIR)*, que fue sustituida de manera definitiva con la designación el 13 de diciembre de 1949, por parte de la de la Asamblea General de un *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados,* cuyo Estatuto fue aprobado por la misma Asamblea General de 14 de diciembre de 1950, y recibió desde entonces el nombre de *ACNUR,* cuya oficina inició sus actividades el primero de enero de 1951. Este organismo fue perfeccionado de manera paulatina, ya que el 26 de julio de ese mismo año de 1951 fue aprobada en Ginebra, Suiza, la *Convención Relativa a los Derechos de los Refugiados,* que protegía a los desplazados hasta el primero de enero de ese año, por lo que fue necesario suscribir por la Asamblea General el 31 de enero de 1967, y en la ciudad de Nueva York, el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, que protege los derechos de los refugiados que han surgido con posterioridad de esa fecha.

II. La progresiva y constante influencia del Derecho Internacional en las Constituciones Iberoamericanas

14. De manera paulatina, también a partir de la segunda postguerra, las Constituciones de Iberoamérica incorporaron con mayor intensidad las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario, y otorgaron a las relativas a los derechos humanos preeminencia dentro del derecho internacional.

15. Si se observa dicha evolución se puede señalar que la mayor penetración del derecho internacional ha sido en el campo de los derechos humanos, ya que si bien se estableció una jerarquía superior al derecho internacional general sobre el derecho interno, esa jerarquía se fortaleció respecto del *derecho internacional de los derechos humanos.*

16. Es posible señalar que desde un punto de vista panorámico existen tres categorías de esa incorporación en las Constituciones nacionales: a) tienen preeminencia sobre el derecho interno, pero inmediatamente por debajo de las normas constitucionales, y aquí podemos señalar varios ejemplos: Portugal, España, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras, y

Nicaragua y México; b) reconocimiento expreso o implícito de la equiparación de las normas de derecho internacional a nivel constitucional nacional: Argentina, reforma de 1994; Brasil (1998); Colombia, de manera implícita (Carta de 1991); Perú (Carta de 1979, pero no en la vigente de 1993); y Venezuela (Constitución de 1999); c) la doctrina sostiene que puede advertirse la tendencia de conferir a dicho derecho internacional de los derechos humanos un carácter superior a las mismas normas constitucionales internas).[6]

17. En esta dirección es conveniente destacar la evolución que ha tenido el derecho internacional convencional en las Constituciones de Iberoamérica, y particularmente en los ordenamientos latinoamericanos, ya que en nuestra región se había otorgado tradicionalmente un rango secundario a los tratados internacionales en general, incluyendo los relativos a los derechos humanos pero esta situación ha evolucionado, en ocasiones con celeridad, hacia el reconocimiento de su nivel jerárquico superior al de las normas internas. En esta materia podemos destacar tres corrientes:[7] a) En la primera se ha señalado a los tratados internacionales en general una situación jerárquica superior a las normas ordinarias, pero inmediatamente inferior a las normas constitucionales (y como ejemplo podemos citar la decisión de la Suprema Corte mexicana que modificó la jurisprudencia tradicional en 1999).[8] b) un segundo sector académico señala el criterio mayoritario que otorga a los *tratados de derechos humanos* la misma jerarquía de las normas constitucionales, ya sea expresamente, como en la Carta peruana de 1979; en la reforma constitucional argentina de 1994 y en la Ley Suprema venezolana de 1999, o en ocasiones de manera implícita; *y* c). Finalmente se puede mencionar una corriente doctrinal que sostiene que dichas disposiciones internacionales poseen una categoría superior a la de los preceptos constitucionales internos. Debe destacarse que en la Carta Fundamental venezolana

6. AYALA CORAO, Carlos M.; La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias; Fundación Universitaria de Derecho; Administración y Política, México; 2003.
7. Cfr. Ibidem.
8. Este criterio jurisprudencial se estableció por unanimidad de diez votos al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis LXXVII/99, publicada en el Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999, pp. 841-843. Pueden consultarse los agudos comentarios sobre esta tesis realizados por los juristas mexicanos, Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo, Edgar y López Ayllón, Sergio. En Cuadernos Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm, 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

de 1999, además de establecer, como se ha dicho, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma categoría que las normas constitucionales, dispone además que, en caso de conflicto con los derechos constitucionales internos, se confiere primacía a las *normas más favorables a los afectados ya sean nacionales o internacionales.*[9]

18. Si bien la incorporación de los tratados así como de las costumbres internacionales en los ordenamientos nacionales se inició en Europa Occidental, inclusive en la primera posguerra, en cuanto que el artículo de la Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919 disponía en su artículo 4°, que: "Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del Reich (Estado) alemán", y un precepto similar estaba regulado por el artículo 9° de la Carta Federal austriaca en su texto original de 1921. En la segunda posguerra, se ha seguido la misma tendencia, inclusive con mayor vigor en las Cartas Constitucionales europeas, y al efecto podemos citar como ejemplo el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que establece sobre esta materia, que "Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos de modo inmediato para los habitantes del territorio federal."

19. Continúan en esta dirección otras Cartas Supremas como la Italiana de 1948, y la austriaca de 1929, que fue restablecida en 1945,[10] y esta influencia del derecho internacional se ha extendido también a otros ordenamientos europeos, entre los cuales destacan dos países que sufrieron largas dictaduras, y que al restaurarse el sistema democrático, se han incorporado a los ejemplos anteriores en sus textos constitucionales, nos referimos a las Cartas de Portugal (1976-1982) y de España (1978).

9. El artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela establece que: "Los tratados pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público constitucional." (El subrayado es mío).

10. El artículo 10 de la Constitución de la República Italiana de 1947, dispone en lo conducente: "El ordenamiento jurídico italiano se sujetará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas (...)." A su vez el artículo 9°. de la Constitución austriaca de 1929, restablecida en 1945 y reformada varias veces con posterioridad, establece en la parte relativa de su artículo 9° "1. Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del derecho internacional (...)".

20. El artículo 1°, inciso 2 de la Carta española, establece: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y *los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España.* (El subrayado es mío).[11] Además debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 96, inciso I, de dicha Carta Fundamental, en el sentido de que:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España *formarán parte del derecho interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (...)* (el subrayado es mío).

21. Por lo que respecta a la Ley Fundamental portuguesa, en su artículo 8 vigente, se dispone, al respecto:

(Del Derecho internacional). 1. Las normas y los principios del Derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués. 2. Las normas vigentes de los convenios internacionales ratificados o aprobados regirán en el derecho interno una vez que se haya publicado oficialmente y en la medida que obliguen internacionalmente al Estado Portugués.- 3. *Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos.* (El subrayado es mío).

22. De manera específica en cuanto a los derechos humanos, la Carta Fundamental de Portugal, dispone:

(Del ámbito y sentido de los derechos humanos). 1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución *no excluyen cualesquiera otros que* resulten de las leyes *y de las normas aplicables del Derecho internacional.*- 2. *Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fun-*

11. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; Manual de derecho constitucional español; Dykinson; Madrid, 1992; pp. 240-339; TORRES DEL MORAL, Antonio; Principios de derecho constitucional español; 2ª, ed., Madrid; Átomo Ediciones; 1998; tomo I; pp. 231-234; JIMÉNEZ BLANCO, Antonio; JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo; MAYOR, Pablo, y OSORIO, Lucas; Comentario a la Constitución; La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Centro de Estudios Ramón Aroces; Madrid; 1993; pp. 49-53.

damentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. (Ese precepto es muy similar al de la Constitución española citado anteriormente) (El subrayado es mío).

23. En los ordenamientos latinoamericanos se ha efectuado una evolución similar al tomar en cuenta el desarrollo europeo de incorporación interna de los tratados internacionales, como se ha señalado con anterioridad. Para destacar esta evolución se pueden citar varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos que han consagrado, con diversas modalidades, la jerarquía superior de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno, respecto de las disposiciones legislativas nacionales, pero con algunas variantes en el nivel de los primeros respecto de las segundas.

24. a) En primer término y en esta dirección debe citarse el artículo 46 de la *Constitución Guatemalteca de 1985*, el cual preceptúa: "*Preeminencia del derecho internacional.*" Se establece el principio general de que *en materia de derechos humanos*, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". b) A su vez, el artículo 7° primer párrafo de la Carta Fundamental de *Costa Rica* de 1949, dispone: "Los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes."* (En ambos preceptos las cursivas subrayado son mías). Respecto del segundo artículo mencionado, éste se refiere a los instrumentos internacionales en general, pero aun cuando se señala expresamente la jerarquía superior de los mismos se aplica con mayor razón a los relativos a los derechos humanos, y todos ellos, pero especialmente estos últimos, se aplican constantemente por los tribunales costarricenses, en especial por la Sala Constitucional de ese país.

25. c) En la Carta Suprema de *Colombia* de 1991 se establece en el artículo 93, el siguiente precepto, cuya parte final se inspira en el principio establecido por los artículos 16 y 10, respectivamente de las Constituciones de Portugal y de España, mencionados con anterioridad:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen *los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el derecho interno.*

> *Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia.* (Las cursivas son mías).

26. d) La situación de predominio es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ocurre en el artículo 75, inciso 22, de la *Constitución argentina* reformada sustancialmente el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho artículo (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional), se dispone, en principio, la naturaleza superior de los tratados internacionales y de los concordatos, pero confiere *rango constitucional* a algunos instrumentos sobre *derechos humanos* al señalar de manera precisa:

> (...) en las condiciones de su vigencia tienen *jerarquía constitucional,* no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (que se refiere a los derechos humanos consagrados por dicha parte de la Ley Suprema), y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de dos terceras partes de los miembros de las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (no mencionados expresamente en dicho precepto), luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder gozar de la jerarquía constitucional. (Las cursivas son mías).[12]

27. e) El artículo 105 de la *Constitución peruana anterior de 1979,* establecía de manera expresa: "*Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pue-*

12. Los instrumentos internacionales enumerados de manera expresa por la citada norma de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Protección y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño" Cfr. Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, Ediar, 1997, tomo I, pp. 99-297.

den ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución" (El subrayado es mío).[13] Sin embargo, en la Carta Fundamental vigente de 1993, se suprimió dicho precepto, y en su lugar se introdujo la disposición final cuarta, la cual dispone que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, norma que también se inspira en los mencionados artículos 16 y 10 de las Cartas portuguesa y española.[14]

28. f) En esta dirección, también debemos destacar la parte relativa del artículo 5° de la Constitución chilena de 1980, reformada por el plebiscito de 30 de julio de 1989, y que conserva la modificación constitucional de 1995: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*" Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, *así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.*[15] (Las cursivas son mías).

29. g) Se advierte la propensión a conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en la cual se establece que: "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución". A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen una rango similar al de las normas fundamentales, lo que en cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 (ver *supra* párrafo 27), y establece actualmente el artículo 75, inciso 22, de la Carta argentina reformada en 1994. (véase *supra* párrafo 26).

13. Cfr. García Sayán, Diego, "Constitución política y política exterior", en La Constitución diez años después, Lima, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 205-221.
14. CURLIZZA, Javier; "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos en La Constitución de 1993"; Análisis y comentario; Tomo II. Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung; Lima; 1995; pp. 56-83.
15. BLANC RENARD, Neville y otros; La Constitución chilena; Universidad Católica; tomo I; Valparaíso; 1990; pp. 36-40.

30. h) También debe destacarse lo dispuesto por el artículo 5°, parágrafo LXXVII, inciso 2° de la Constitución brasileña vigente de octubre de 1988, de acuerdo con el cual "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los *tratados internacionales en que sea parte la República del Brasil.*" (Las cursivas son mías). Lo anterior significa en mi concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por dicha Ley Suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

31. i) La Carta Fundamental de Venezuela de 1999, siguió el ejemplo de las Constituciones de Perú de 1979 y de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, pues reconoció de manera expresa la *jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos* en su artículo 23, el cual preceptúa:

> *Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.*" (Las cursivas son mías).[16]

32. Como puede observarse, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales en general una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita), o al menos, inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales.[17]

16. BREWER-CARÍAS, Allan R.; La Constitución de 1999 comentada; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1999; p. 161. El autor considera que el citado precepto transcrito debe considerarse como una de las grandes innovaciones de esa Carta Fundamental.

17. Sobre esta tendencia a la jerarquía superior de los tratados internacionales, especialmente los que consagran derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra The Modern

33. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, ya que se había impuesto por muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina tradicionales, el criterio inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto que casi literalmente se consagró en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, y con ligeras variantes ese texto fue incorporado al artículo 133 de la Carta Fundamental vigente.[18] De acuerdo con esta norma, la Corte Federal de Norteamérica y la Suprema Corte Mexicana establecieron interpretaciones similares, en el sentido de que una vez aprobados los citados tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, debían equipararse a las leyes federales.[19]

34. Sin embargo, en fecha reciente la Suprema Corte de Justicia modificó esta interpretación tradicional sobre la equiparación de los tratados a las leyes federales y estableció una nueva tesis, en el sentido de que *los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal.* Este nuevo criterio significa una apreciación más moderna del mencionado artículo 133 constitucional, y se apoya esencialmente, entre otros argumentos, en que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional, y por lo tanto, en esta materia no existe limitación de competencias entre la Federación y las entidades federativas.[20]

35. Considero en lo particular que una *interpretación progresiva,* en especial en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, puede conducir aún sin modificar el citado precepto de la Carta Federal

World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos, Essays in Honor. Ensayos en honor, Thomas Buergenthal, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias, cit. supra nota 5.

18. En su primer párrafo, el citado artículo 133 de la Ley Fundamental de México, establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión (...)."
19. Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional"; en su libro Estudios de derecho constitucional; 8ª. ed., México, Porrúa-UNAM; 2003; pp. 22-24, Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador; Derecho Constitucional Mexicano y Comparado; 5ª. ed.; México, Porrúa-UNAM; 2007; pp. (70-79).
20. Cfr. supra nota 7.

mexicana, hacia la incorporación de los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país (que han sido muy numerosos en los últimos años), en los términos del citado artículo 133 constitucional, como parte integrante de los preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales, cuando no los contradigan o los limiten, sino por el contrario, los complementen y los desarrollen. En tales condiciones, y en mi concepto, los derechos de fuente internacional, pero integrados a nuestro ordenamiento interno, cuando impliquen condiciones más favorables para los gobernados respecto de los establecidos en nuestra Carta Federal, *deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de la Constitución mexicana que establecen los propios derechos fundamentales.*

III. La evolución de los instrumentos constitucionales para la protección de los Derechos Humanos en los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales en los ordenamientos de Iberoamérica

36. En la actualidad la función de mayor trascendencia de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales en los ordenamientos iberoamericanos consiste en la protección de los derechos humanos tanto constitucionales como de fuente internacional. Es preciso señalar la dolorosa experiencia tanto histórica como reciente de la violación sistemática y generalizada de dichos derechos fundamentales, realizada por los caudillos que establecieron una tradición autoritaria durante el siglo XIX, así como por los gobiernos castrenses que predominaron en varios de los países de nuestra región durante los años sesentas a los ochentas del siglo XX, que con algunas recaídas, parecen haber sido superados en la actualidad, con la consolidación mayoritaria de gobiernos tendencialmente democráticos. Para contrarrestar dichas violaciones se han establecido *numerosos instrumentos protectores* de los derechos de la persona humana, más elaborados que los que imperan en otras regiones del mundo.

37. Por ello el carácter distintivo del sistema jurisdiccional constitucional iberoamericano se apoya en la creación de instrumentos procesales específicos para la protección de los derechos humanos, diversos del hábeas corpus (que tiene origen angloamericano), y entre ellos se debe destacar especialmente el *derecho de amparo*, que surgió en el derecho mexicano en el

siglo XIX, pero que ha tenido una ostensible trascendencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos, así como también en España, y además se ha consagrado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos.

38. Si bien el recurso o acción de *hábeas corpus* tiene su origen en el derecho angloamericano, ya que surgió como es sabido en la edad media en Inglaterra y se desarrolló paulatinamente hasta culminar en la ley de hábeas corpus de 1679, como instrumento procesal para la protección específica de la libertad de movimiento y de la integridad personales,[21] este instrumento se trasladó a la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América, y de ahí a las Constituciones locales de Estados Unidos (con una breve referencia en la Carta Federal de 1787). Esta evolución, ya sea directamente de la legislación inglesa o de los ordenamientos norteamericanos, se incorporó paulatinamente a los países de Latinoamérica, con el nombre original o bien como exhibición personal o amparo de la libertad. En nuestra Región procede para combatir restricciones a la libertad física o la integridad de las personas detenidas por autoridades administrativas y excepcionalmente contra decisiones de carácter judicial.[22] También esta institución tutelar fue establecida con ese nombre, en la Constitución española de 1978.[23]

39. De manera diversa, y también con el antecedente de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del derecho norteamericano, pero además con influencia tanto española como francesa, el *derecho de amparo debe considerarse como una creación latinoamericana* la cual se inició en el ordenamiento constitucional mexicano en tres etapas: a) La primera en la Constitución del Estado de Yucatán de 31 de marzo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado por el ilustre jurista y político yucateco Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, estimado con toda razón como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana y también el primero en Latinoamérica que inició la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y que mencionó expresamente haberse ins-

21. HOLDSWORTH, Sir William; A History of English Law, vol. 1; reimpresión de la 6a, ed.; London; 1966; pp. 227-228; Sharpe, R. J.; The Law of "Habeas Corpus"; Oxford, Oxford University Press; 1976; pp. 1-7.

22. SAGÜÉS, Néstor Pedro, Derecho procesal constitucional; Hábeas Corpus; 2ª. ed.; Buenos Aires; 1988; pp. 51-58; FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina" en Lecturas constitucionales Andinas; Lima; Comisión Andina de Juristas; pp. 19-24, GARCÍA BELAÚNDE; Domingo; El hábeas corpus en el Perú; Lima; Universidad Mayor de San Marcos; 1979, y BOREA ODRÍA, Alberto; Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo; Lima, 1992.

23. GIMENO SENDRA, Vicente; Hábeas Corpus; Tecnos; Madrid; 1995.

pirado en el sistema norteamericano por conducto del clásico libro del pensador francés Alexis de Tocqueville *la Democracia en América del Norte,* que se divulgó en nuestra región por conducto de la traducción castellana de D. A. Sánchez de Bustamante aparecida en París en el año de 1836, obra bien conocida por los juristas latinoamericanos de esa época.[24]

40. b) En el ámbito nacional el amparo fue establecido en el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847 (que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824), documento que tuvo su origen en un voto particular, elaborado por el notable jurista mexicano Mariano Otero al dictamen de la Comisión de Constitución del Constituyente de 1846-1847;[25] c) La tercera y última fase se desarrolló en las discusiones del Constituyente de 1856-1857, en las cuales se citó con frecuencia la revisión judicial norteamericana y su divulgación por Alexis de Tocqueville. El juicio de amparo se consagró definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, y de ahí pasó a los actuales artículos 103 y 107 de la vigente Carta Federal de 1917, el segundo precepto modificado en varias ocasiones posteriores.

41. La intención de los creadores del amparo fue trasplantar al ordenamiento mexicano la revisión judicial norteamericana pero extendida a la tutela de los actos y no sólo a la impugnación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Sin embargo, al implantarse una institución angloamericana en un ordenamiento de tradición romanista, debido a tres siglos de dominación española, lo que en su origen era considerado como un principio, con independencia de la vía judicial en la que se planteara la cuestión constitucional, se transformó en un procedimiento específico.[26] Dicho pro-

24. Cfr. El volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón, México, 1960; Fix-Zamudio, Héctor "Algunos aspectos de la vida jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", en Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.
25. La bibliografía al respecto es amplia, pero nos limitamos a citar el estudio de Fix-Zamudio, Héctor, Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales. Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, núm., 46, 1967, pp. 46-60, reproducido posteriormente en el libro coordinado por Patricia Galeana, México y sus Constituciones, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-Archivo General de la Nación, 2003, pp. 198-242.
26. Fix-Zamudio, Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo"; en The Mexican Forum-El Foro Mexicano; Institute of Latin American Studies; The University of Texas in Austin; octubre de 1983; pp. 4-8; Id. "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado"; en Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia; Milano, Giuffrè; 1987; tomo I; pp. 413-460.

cedimiento fue regulado en México por diversas Leyes de amparo (1861, 1869, 1882), se incorporó posteriormente a los Códigos de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908; y con base en la Carta Federal Vigente de 1917, se expidieron las Leyes de Amparo de 1919 y la actual de 1936, con numerosas reformas posteriores.[27]

42. El juicio de amparo mexicano se convirtió con el tiempo en un conjunto de procesos entre los cuales destaca la creación de un recurso de casación federal contra las resoluciones de todos los jueces y tribunales del país, que se concentró primeramente en la Suprema Corte de Justicia, lo que provocó un impresionante rezago, el cual trató de corregirse en las reformas constitucionales y legales de 1951 y 1968. Las de 1951 crearon los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo y las de 1968 traspasaron parte importante de dichos juicios de amparo de la Suprema Corte de Justicia a los citados tribunales, hasta que finalmente en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995, se otorgó a la propia Suprema Corte la exclusividad en el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad, y los juicios de amparo en los cuales se discuten violaciones de legalidad se encomendaron en su totalidad a dichos tribunales colegiados de circuito cuyo número ha aumentado de manera considerable, como se ha señalado anteriormente (ver *supra* párrafos 87 a 89, con la bibliografía allí citada).

43. Pero la figura histórica del juicio de amparo mexicano que en sus comienzos tenía por objeto la impugnación ante los tribunales federales y en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, de los actos y las disposiciones legislativas que infringieran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, primero de carácter individual, y a partir de la Carta Fundamental vigente de 1917, también los de naturaleza social, ha tenido una gran influencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos que han consagrado con la misma denominación (la que proviene de la tradición hispánica común a todos ellos), y posteriormente con nombres similares o equivalentes, instrumentos que tutelan los derechos humanos, en varios de ellos con exclusión de la libertad e integridad personales, protegidos por el hábeas corpus.

44. Una vez establecido en México el juicio de amparo en la citada Constitución Federal de 1857, en su versión original de instrumento tutelar

27. Cfr. El documentado estudio realizado por Soberanes Fernández, José Luis, Evolución de la Ley de Amparo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.

de los derechos fundamentales contra actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad que violasen dichos derechos, incluyendo la libertad y la integridad personales (y por tanto abarcó desde sus inicios también al hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos latinoamericanos, primero en los de Centroamérica, ya que el primer país que introdujo el amparo de acuerdo con el modelo mexicano fue la República de El Salvador, en su Constitución y ley de amparo de 13 de agosto de 1886, y lo siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta y en la Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala de acuerdo con la reforma constitucional de 11 de marzo y Argentina por conducto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá en su Ley Suprema de 2 de enero de 1941; Venezuela en su Carta de 1961; Bolivia, Paraguay y Ecuador en sus Constituciones publicadas en 1967, si bien el último lo suprimió posteriormente pero terminó por restablecerlo en sus reformas constitucionales de 1996 y 1998; Perú en su Carta Fundamental de julio de 1979 y finalmente Uruguay en el Decreto o Acta Institucional número 19 de primero de agosto de 1984, éste último derogado con el restablecimiento de la Carta Fundamental de 1966, pero restablecido dicho instrumento posteriormente.

45. También se instituyó el amparo en las dos Leyes Fundamentales en las cuales se intentó restablecer la Federación Centroamericana (1824-1836) por medio de la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921, ambas con muy escasa vigencia.

46. Debe destacarse, además, que el amparo mexicano en su sentido original fue introducido en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, debido a la labor de divulgación que sobre el primero realizó el jurista mexicano Rodolfo Reyes (entonces asilado en España) y cuyo conocimiento correspondía en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales ahora restablecido por la Carta democrática de 1978, si bien la institución procesal española también ha tenido la influencia del derecho de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*, que puede traducirse literalmente como queja constitucional).[28] Este instrumento debe interponerse por

28. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; La acción constitucional de amparo en México y en España; Estudio de derecho comparado; México, Porrúa; 2000.

los afectados ante el Tribunal Constitucional, después de haber agotado las diversas instancias ante los tribunales ordinarios, por medio de un procedimiento más rápido, y que se conoce como recurso de amparo ordinario, y contra la decisión final en esta vía procede el citado *recurso de amparo constitucional* ante el citado organismo especializado de constitucionalidad.

47. La Constitución portuguesa no regula una institución similar al derecho de amparo, es decir una instancia que puedan elevar al Tribunal Constitucional de dicho ordenamiento después de haber agotado las defensas jurídicas ordinarias, De manera que la protección de los derechos humanos consagrados por dicha Carta Fundamental se protegen por otros medios de control constitucional ante el Tribunal Constitucional respectivo, así sea de manera indirecta, como lo demuestra la copiosa jurisprudencia de dicho tribunal.[29]

48. Se puede hacer una breve referencia a la reciente introducción del *derecho de amparo* con esta denominación en los ordenamientos jurídicos de *Macao* y el *Archipiélago de Cabo Verde,* territorios de colonización portuguesa, el primero que actualmente se encuentra incorporado a la República de China, con un estatuto especial, y el segundo, plenamente independiente. Por lo que respecta al *Territorio de Macao,* no obstante que como se ha dicho ha sido incorporado recientemente a la República Popular de China, éste le ha reconocido autonomía, por lo que rige en ese territorio su Estatuto Especial, el cual se encuentra todavía regulado parcialmente por el artículo 5°, inciso 4, de la Constitución de Portugal en una situación peculiar,[30] ya que se rige por un Estatuto que conserva la administración de la metrópoli, pero que se vincula mediante un tratado con la citada República Popular de China, denominado "Declaración Conjunta", según el cual en diciembre de 1999, dicha República asumió la soberanía de ese territorio, como de administración especial y con alto grado de autonomía.[31]

49. En el artículo 17 de la Ley número 112 de agosto de 1991, ordenamiento que establece las bases de la organización judicial de Macao se intro-

29. MIRANDA, Jorge; "O Tribunal Constitucional (de Portugal) en 2005"; en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional; Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.; 2006; pp.491-531.

30. GOMES CANOTILHO, Y MOREIRA VITAL; Constitucao da República Portuguesa; Coimbra, Coimbra Editora; 1980; pp. 39-40.

31. MIRANDA, Jorge; Manual de Direito Constitucional; t. III; Coimbra, Coimbra Editora; 1994; pp. 249-251.

dujo el *recurso de amparo* como medio directo de impugnación que pueden interponer los particulares por la violación de sus derechos fundamentales garantizados por el Estatuto Orgánico de Macao, ante: a) el Pleno del Tribunal Superior de Justicia contra las decisiones de los tribunales del citado territorio, y b) ante los tribunales de jurisdicción administrativa contra actos o resoluciones administrativos.

50. Dicho instrumento puede plantearse por los afectos en sus derechos humanos en dos sectores judicial y administrativo, pero no ha sido todavía reglamentado en el ordenamiento del citado territorio y por ello no se ha desarrollado de manera suficiente, aunque ya existe su regulación por vía jurisprudencial y con apoyo en la doctrina, de acuerdo con la cual, el citado Estatuto incorpora los derechos, libertades y garantías establecidos por la mencionada Carta Fundamental portuguesa, la que además, contiene una disposición abierta sobre la inclusión de las libertades y garantías de carácter material, por ello se considera que el amparo tutela los derechos fundamentales establecidos en la mencionada Carta portuguesa, pero también aquellos que se han consagrado en las disposiciones ordinarias de carácter local y además, los contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.[32]

51. Por lo que respecta al *Archipiélago de Cabo Verde*, el artículo 19 de su Constitución de 1992, que tiene como epígrafe *Tutela de los derechos, libertades y garantías,* consagra expresamente el *recurso de amparo*, que se reconoce a todos los ciudadanos, los que tienen el derecho de acudir al Supremo Tribunal de Justicia para solicitar la protección de sus derechos, libertades y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente en los términos de la ley. Se establecen como lineamientos de este instrumento: a) que sólo puede interponerse contra actos u omisiones de los poderes públicos lesivos de dichos derechos fundamentales, después de haberse agotado todas las vías de impugnación ordinarias, y b) que el citado recurso puede ser promovido por conducto de un simple escrito, el que debe ser tramitado con carácter de urgente, por lo que el procedimiento debe basarse en el principio de sumariedad.[33]

32. Cfr. Sobre la extensión de los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa puede consultarse al destacado constitucionalista mencionado en la nota anterior, que dedica integralmente el t. IV, de su libro Manual de Direito Constitucional, Coimbra, 1993.

33. Ibídem, pp. 65-66.

52. El derecho de amparo es reconocido con el mismo significado de procedimiento sencillo y breve para la tutela de los derechos humanos, pero generalmente acompañado del hábeas corpus o exhibición personal respecto de la protección de la libertad y de la integridad personales, pero en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se regula de manera independiente, así sea en el mismo texto reglamentario, se ha consagrado en las siguientes constituciones latinoamericanas citadas por orden alfabético: *Argentina* (1853-1860, texto reformado sustancialmente en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos y además regulado por casi todas las Constituciones Provinciales en el ámbito local; *Bolivia* (1967 reformada en 1994), artículo 19; *Costa Rica* (1949, con modificaciones en 1989), artículo 48; *Ecuador* (1978, reformas de 1996 y 1998), artículo 95; *El Salvador* (1983, modificaciones de 1991), artículo 247; *Guatemala* (1985), artículo 265; *Honduras* (1982), artículo 183; *México* (1917, reformas de 1988, 1995 y 1996), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; *Panamá* (1972-1983), artículo 50; *Paraguay* (1992), artículo 128; *Perú* (1993), artículo 202; *República Dominicana* (jurisprudencia Corte Suprema, 1999)[34]; *Uruguay* (1966), implícitamente artículos 7° y 72, Ley de Acción de Amparo de 19 de diciembre de 1988; y *Venezuela* (1999), artículo 27.[35]

53. Pero además del derecho de amparo en sentido estricto se han establecido otros *instrumentos similares o equivalentes de protección de los derechos fundamentales*, que también de manera predominante excluyen la libertad e integridad personales tutelados por el hábeas corpus. Aun cuando utilizan otras denominaciones que pueden considerarse como sinónimas de manera amplia, esos procedimientos pueden considerarse dentro del derecho de amparo.[36]

34. Cfr. "Creación jurisprudencial del recurso de amparo para la protección de los derechos humanos. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana de 24 de febrero de 1999, en la publicación periódica Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, Núm, 1, julio-diciembre de 2006, pp. 41-60.

35. Brewer Carías, Allan R.; El amparo a los derechos humanos y las libertades fundamentales (una aproximación comparativa), Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1983; Ayala Corao, Carlos, Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos; Caracas, San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana; 1998.

36. Fix-Zamudio, Héctor; "Amparo y Tutela"; en Memoria de El Colegio Nacional; 1997; México; reimpreso en el libro del mismo autor, Ensayos sobre el derecho de amparo. 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 695-726; Osuna Patiño, Néstor Iván, Tutela y Amparo; Derechos Protegidos; Bogotá, Universidad Externado de Colombia; 1998.

54. Entre los que pueden considerarse como instrumentos equivalentes, podemos señalar los siguientes: A) el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como mandamiento de amparo), que fue introducido en la Constitución Federal de 1934, y actualmente está regulado por el artículo, parágrafo LXIX, de la vigente Carta Federal brasileña de 4 de octubre de 1988. Dicho precepto está todavía reglamentado por la ley número 1533 de 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1946), reformada en varias ocasiones.[37]

55. A) El *mandado de segurança* o mandamiento de amparo procede esencialmente contra actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente contra disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, sino exclusivamente contra los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos.

56. Al lado de la institución anterior la Constitución de 1988 estableció el instrumento que denomina *mandado de segurança colectivo* consagrado por el artículo 5º Parágrafo LXX, de la citada Carta Federal brasileña, y que debe considerarse como una ampliación del mandamiento de amparo con ámbito individual, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, el que como se ha dicho únicamente puede interponerse por los afectados por la violación de sus derechos fundamentales. El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y rápido que caracteriza al mandamiento de amparo individual, y puede ser promovido por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; por organizaciones sindicales; por entidades gremiales, o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.[38]

37. Cfr. La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes: SIDOU, José Othon, "Hábeas Corpus", mandado de segurança, mandado de injunçâo, "hábeas data", acao popular. As garantías activas dos direitos coletivos, 5ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998; Flkas, Milton, Domandado de segurança. Pressupostos de inpetracao, Rio de Janeiro, Forense, 1980; DA SILVA, José Afonso; Curso di diretio constitucional positivo; 22ª. ed.; São Paulo; Malheiros Editores; 2003; pp. 451-455 Id.; "El mandamiento de seguridad del Brasil", traducción del portugués por Adriana Laura Santana y Alejandro Anaya Huertas, en la obra colectiva El Derecho de Amparo en el Mundo; supra nota 3; pp. 123-157.

57. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, expedida paradójicamente por el gobierno militar chileno y publicado el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1997. El mismo instrumento fue incorporado por el artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980, la que como hemos dicho anteriormente, fue modificada primeramente en el plebiscito de 1989, y de nuevo en 2005, y de acuerdo con esta última reforma, establece la competencia para conocer en último grado de dicho instrumento procesal al Tribunal Constitucional, cuya decisión se había conferido a la Corte Suprema de Justicia, como se expresó anteriormente. De acuerdo con la legislación vigente, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades publicas, con excepción de la libertad personal protegida por el hábeas corpus (el cual se conoce también como recurso de amparo), este último consagrado por el artículo 21 de la Carta Fundamental.

58. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación equivalente, en virtud de que el término "derecho de amparo" se ha utilizado para designar al hábeas corpus, tal como fue nombrado por el artículo 16 de la Carta anterior de 1925,[39] y posteriormente por el artículo 21 de la de 1980. El actual recurso de protección regulado por el artículo 20 de la mencionada Ley Fundamental de 1980, que fue encomendado en último grado a la Corte Suprema, a partir de la vigencia de la reforma de 2005, se encomienda al Tribunal Constitucional, por lo que se espera que dicho instrumento tendrá un desarrollo más firme y extenso.[40]

38. Fix-Zamudio, Héctor; "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica"; en Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional; Santa Fe de Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 1998; tomo II; pp. 805-858; reimpreso en el libro del mismo autor Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos; segunda edición; Comisión Nacional de Derechos Humanos; 1999; pp. 413-454.

39. El constitucionalista chileno Estévez Gasmuri, Carlos, Elementos de derecho constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143-144, se refiere a esta institución calificándola de "amparo" o de "hábeas corpus". Utiliza las mismas denominaciones, Caffarena de Giles, Elena, El recurso de amparo ante los regímenes de emergencia, Santiago, 1957, pp. 152 y 187; Verdugo Marinkovic, Mario y otros, Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 330-337.

40. Soto Klos, Eduardo; El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia; editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1989; Lira Herrera, Sergio; El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia; Santiago de Chile; 1990; Verdugo

59. C) La llamada *acción de tutela*, establecida por la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, y por este motivo se propuso la denominación de "derecho de amparo" en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente.[41] De acuerdo con el artículo 86 de la citada Carta Fundamental, ese instrumento:

> (...) puede hacerse valer por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo cuando aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable. La protección debe consistir en una orden para que aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero *en todo caso dicho juzgador deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*[42](El subrayado es mío).

60. Este precepto constitucional fue desarrollado por el decreto 2951 de 19 de noviembre de 1991, que a su vez fue reglamentado por el decreto presidencial 306 de 19 de febrero de 1992; pero también debe tomarse en cuenta para la tramitación de la revisión de la acción de tutela ante la Corte

MARINKOVIC y otros, Derecho constitucional; citado en la nota anterior, tomo I; pp. 337-346; NORIEGA ALCALÁ, Humberto, "El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI; La acción de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile"; en la obra El derecho de amparo en el mundo; supra nota 3; pp. 159-211.

41. Cfr. Proyecto de Acta Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, Bogotá, Presidencia de la República, febrero de 1991, p. 203, "Derecho de amparo".

42. ARENAS SALAZAR, Jorge; La Tutela; Una acción humanitaria; segunda edición; Santa Fe de Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry J.M. La acción de tutela; Temis, Santa Fe de Bogotá; 1992; MONROY TORRES, Marcia y ÁLVAREZ ROJAS, Fernando; Jurisprudencia de la Corte Constitucional; La acción de tutela; Juris Editores; Santa Fe de Bogotá; volúmenes III y IV, 1993; OSUNA PATIÑO. Néstor Iván; Tutela y amparo: derechos protegidos, Universidad Externado de Colombia; Bogotá; 1998; ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César; "La acción de tutela en la Carta Política de 1991; El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia"; en la obra El derecho de amparo en el Mundo; supra nota 5; pp. 213-256.

Constitucional, el Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991 que regula el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional y el Acuerdo de la Sala Plena de la propia Corte, de 15 de octubre de 1992 que contiene el Reglamento Unificado de la Corte Constitucional, artículos 49-55.[43]

61. Además de los instrumentos procesales señalados con anterioridad, es preciso referirse ahora a aquellos que pueden considerarse como *equivalentes* al derecho de amparo, es decir, los que tienen la misma finalidad tutelar de los derechos humanos, pero que su ámbito de protección se reduce sólo a un sector determinado de los mismos. En esta dirección se deben mencionar: A) *hábeas data*; B) *mandado de injunçâo; y* C) *acción de cumplimiento.* Las dos primeras tuvieron su origen en la Constitución brasileña de 1988.

62. A) Como se señaló en el párrafo anterior, el *hábeas data* fue introducido en el artículo 5° fracción LXXII, de la Carta Fundamental brasileña de octubre de 1988, la que fue muy imaginativa al crear varios instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el *mandado de segurança colectivo* (mandamiento de amparo colectivo). El procedimiento de *hábeas data* puede interponerse para lograr el conocimiento de las informaciones concernientes al afectado al cual puedan causarle perjuicio, cuando dichos datos consten en registros electrónicos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificaciones de dicha información cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a los gobernados contra las posibles afectaciones por conducto de la información electrónica, que se ha extendido de manera notable en nuestra época y que puede lesionar gravemente a los particulares. Con toda razón la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez primera en la Carta brasileña, aun cuando no se expidieran de inmediato las normas reglamentarias respectivas, deben aplicarse directamente a los particulares. Para facilitar dicha aplicación, el anterior Tribunal Federal de Recursos (actualmente denominado Tribunal Federal Superior), expidió el auto (acordado), en el que estableció las directrices del procedimiento tanto del *hábeas data* como del *mandado de injunçâo*, y les otorgó preferencia sobre todos los

43. Estos documentos pueden consultarse en el apéndice legislativo de libro de Tobo Rodríguez, Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Ricardo Ibáñez, 1996, pp. 237-385.

actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del hábeas corpus (amparo).[44]

63. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el *habeas data* ha tenido, con esa denominación una amplia repercusión en los ordenamientos posteriores a la Carta brasileña de 1988, que creó dicha institución y así fue consagrada en las Constituciones de; a) Paraguay de 1992; b) de Perú de 1993: c) en la reforma constitucional argentina de 1994; y d) en el texto de la Ley Fundamental de Ecuador en sus revisiones de 1996 y 1998,

64. a) El artículo 135 de la Carta Fundamental de Paraguay, de junio de 1992, establece al respecto:

> *Del hábeas data.* Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre la misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

65. b) El artículo 200, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la: "(...) acción de *habeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere al artículo 2°, incisos 5, 6) y 7) de la Constitución." Sin embargo, mediante ley 26, 470 del 12 de junio 1995, se suprimió de la protección del hábeas data lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 20, de dicha Carta, por lo que los preceptos que quedan comprendidos en dicha tutela disponen en lo conducente, que:

> Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de

44. SIDOU, Othon; "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunçâo y hábeas data"; y DA SILVA, José Afonso, Mandado de injunçâo e hábeas data, pp. 179-186 y 53-69, respectivamente; Id. Curso de Direito Constitucional Positivo, supra nota 36, pp. 451-455.

> seguridad nacional (...) 6) A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

66. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad, y además, la protección del honor, la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar.[45] Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarse este instrumento y en su artículo 3° dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus.[46]

67. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño, lo fue la Carta Federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al respecto establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional:

> *Hábeas data.* Toda persona podrá imponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o banco de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

68. La doctrina considera que dicho instrumento (que es un sector del derecho de amparo que regula dicho precepto fundamental), tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aún cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (y al respecto se han presentado

45. Cfr. Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales, Trujillo, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1988, p. 193.

46. Ibídem, pp. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito, Manual Derecho Procesal Constitucional, 3ª. ed., Lima, Grijley, 2006, pp.371-389; Abad Yupanqui, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", en la obra La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios, I, Lima Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 265-272.

varias iniciativas al Congreso Nacional), pero en tanto que esto no ocurra, la doctrina sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudirse a la acción de amparo.[47]

69. d) En la Constitución ecuatoriana, de acuerdo con el texto codificado de 1998, en el Capítulo 6, relativo a las garantías de los derechos, *Sección Primera*, *Sección Segunda*, artículo 94, dispone:

> *Del hábeas data.* Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos o informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.- Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.- Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.- La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.[48]

70. B). En la citada Constitución brasileña de 1988 fue introducido un instrumento novedoso, que recibe la denominación equívoca de *mandado de injunção*, debido a que esa institución no tiene similitud con el *writ of injunction* del derecho angloamericano, ya que este último tiene un significado diverso, inclusive contrario, pues significa un mandato prohibitivo, ya sea provisional o definitivo. Por el contrario, la institución brasileña regulada por el artículo 5°, fracción LXXI constitucional, procede cuando la ausencia de una medida reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para

47. EKMEDJIAN, Miguel Ángel y PIZZOLO, Calogero; Habeas Data; El derecho a la intimidad frente a la revolución informática; Depalma; 1996; pp. 95-115; SAGÜÉS, Nestor Pedro; Derecho procesal constitucional; Acción de Amparo, cuarta edición; Buenos Aires; 1995; Capítulo XXVII, pp. 663-687; SEISDEDOS, Felipe, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994," Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994 Buenos Aires, ,Ediciones Depalma, 1995, t.1, pp. 445-448.

48. SALGADO PESANTES, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador"; en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica; pp. 586-587; "La garantía de amparo en el Ecuador"; en la obra El derecho de amparo en el mundo; pp. 305-331.

lograr que se supere la omisión en que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias.[49]

71. Esta es una institución que plantea problemas complicados, ya que en principio supone la existencia de la llamada *inconstitucionalidad por omisión,* la que resulta de difícil aplicación como lo han demostrado en su jurisprudencia los Tribunales y Cortes Constitucionales europeos, los que han admitido con ciertas limitaciones cuando el legislador incurre en una omisión que afecte derechos fundamentales de los gobernados en el supuesto en que aquellos no pueden tutelarse sin la reglamentación legislativa, que el juez constitucional puede integrar la norma faltante sin perjuicio de que el mismo legislador cumpla con su deber normativo.[50] Los dos ordenamientos constitucionales que regulan de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad por omisión son las Cartas Portuguesa de 1976-1982, y la citada brasileña de 1988. La primera dispone en su actual artículo 283, que el Tribunal Constitucional, cuando no se hubiesen expedido las disposiciones legislativas necesarias para lograr el cumplimiento de las normas constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos que las expidan en un plazo razonable.[51]

72. Por su parte, el artículo 103, parágrafo 2, de la Ley Suprema brasileña, establece que *declarada la inconstitucionalidad por omisión* de las disposiciones necesarias para hacer efectiva una norma constitucional, se comunicará al poder competente para que tome las providencias necesarias, y cuando se trate de un órgano administrativo, debe adoptarlas en un plazo de treinta días. Esa norma constitucional fue complementada por la reforma a dicho precepto, número 3 de 17 de marzo de 1993, al introducir la *acción directa de inconstitucionalidad*, en el sentido de que cuando se considere fundada (por el Tribunal Supremo Federal), la declaratoria respectiva tiene efectos generales inclusive para los demás órganos del poder judicial y para el poder ejecutivo. Esta nueva disposición fundamental ha sido reglamenta-

49. SIDOU, José Othon, "Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño"; y DA SILVA, José Afonso; Mandado de Injunçâo y hábeas data; Derecho constitucional positivo; cit. supra nota 36; pp. 445-451.

50. La doctrina constitucional al referirse a la Corte Constitucional italiana, señala que sus sentencias pueden ser additive, sustitutive o legislative cuando establece disposiciones normativas que debieron ser expedidas por el legislador, Martínez, Temístocles, Diritto pubblico, 2ª. ed., Milano, Giuffré, 1992, pp. 439-440; Vergottini, Giuseppe de, Diritto costituzionale, 4ª. ed., Padova, Cedam, 1997, pp. 643-645, (5ª ed, 2006).

51. MIRANDA, Jorge; Manual de Direito Constitucional; tomo 1, 1990; pp. 507-527.

da por las Leyes 9,869 y 9,982, de 10 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, respectivamente.[52]

73. El nuevo instrumento procesal brasileño tiene su apoyo indirecto tanto en el modelo portugués, como en el de su propia Carta Fundamental en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, así como en la jurisprudencia de otros tribunales o cortes constitucionales europeos, pero resulta complicada su aplicación porque significa el ejercicio de facultades legislativas, así sea de manera indirecta. Debe señalarse que recientemente ha trascendido a otros ordenamientos latinoamericanos, no siempre de manera expresa.[53]

74. D). Se hace una breve mención de la llamada *garantía de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200, fracción 6, de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: "La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". Este instrumento procesal fue reglamentado conjuntamente con la acción de *hábeas data* (ver *supra* párrafo 124), por Ley 26,301 de 2 de mayo de 1994, con aplicación supletoria de la Ley de amparo y habeas corpus.[54]

75. Esta institución posee cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano en el que significa la petición de una orden judicial dirigida a una autoridad remisa para que ésta cumpla con una obligación legal.[55] No se debe pasar por alto que el clásico fallo dictado en

52. DA SILVA, José Afonso, "O controle de constitucionalidad das leis no Brasil"; supra nota 36; pp. 404-405; GONCALVES FERREIRA FILHO, Manoel; "O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovacoes no controle de constitucionalidade (Leis No. 9,809 de 10 novembre e No. 9,982 de 3 de dezembro de 1999); en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional; 2001; pp. 105-124.

53. La doctrina iberoamericana sobre la inconstitucionalidad por omisión es bastante amplia, por lo que nos limitaremos a los trabajos más recientes: Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, y Villaverde Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional"; Bazán, Víctor, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado", todos estos estudios en la obra coordinada por Miguel Carbonell, En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, México, UNAM, 2003, pp. 18-64 y 68-89, y 115-120, respectivamente.

54. REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ; María Carolina; Acción de cumplimiento y derechos humanos; segunda edición; Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá; 1998.

55. ALLEN, Richard B.; "Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat"; en The University de Illinois Law Forum; primavera de 1960; pp. 205-210 y ss.; Lawson, F. H.; Remedies of English Law; 1972, pp. 205-210.

el asunto *Marbury versus Madison*, resuelto en 1803, que inició el desarrollo definitivo de la revisión judicial norteamericana se dictó con motivo de la petición de una orden de *mandamus*.[56]

76. E) A los anteriores instrumentos paralelos al derecho de amparo debemos agregar a las *acciones populares,* que como mecanismos de garantía constitucional, han asumido diversos significados en los ordenamientos de Latinoamérica. En una visión panorámica y de resumen, se pueden señalar tres categorías de esos instrumentos: a) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; b) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos, normas o disposiciones generales de carácter administrativo, y c) como instancia para tutelar derechos e intereses difusos o transpersonales. Es este último sector el que tiene similitud con el derecho de amparo, y por ello me refiero a él de manera exclusiva y no a los otros dos sectores que hemos señalado.

77. La citada tercera categoría de acciones populares constitucionales se integra con las consagradas expresamente en los ordenamientos de Brasil y de Colombia, y de cierta manera comprendidas en el derecho de amparo argentino con motivo de la reforma constitucional de agosto de 1994. Estos instrumentos están dirigidos a tutelar de manera específica los llamados *intereses difusos o transpersonales*, que asumen cada vez más importancia en esta época de intenso desarrollo económico y tecnológico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, las que no pueden ser protegidas por medio de los instrumentos procesales de carácter tradicional.[57]

56. GARRATY, Jhon A.; "The case of the Missing Comissions (Marbury versus Madison, J. Cranch 137)" en el libro colectivo editado por este autor; Quarrels that shaped the Constitution, New York, Harper and Row; 1966, pp. 1-14; Nelson, William E., Marbury vs Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review, Kansas, University Press of Kansas, 2000. Una traducción al castellano de dicho fallo puede consultarse en la Revista Mexicana de Derecho Público, tomo I, núm 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.

57. Cfr. Las obras colectivas: Le azzione a tutela di interessi collectivi, Padova, Cedam, 1978; La tutela degli interesse difussi nel diritto comparato con particulare riguardo alla protezione del'ambiente e del consumatori, Milano, Giuffré, 1976: A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (Der Schutz diffusiver kollectiver Interesen in Zivilprozzesrecht), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Wirzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth. Este estudio fue publicado en la obra colectiva editada por Walter J. Habscheid. Effective Rechtschutz und Rechtsvermässige Ordnung. Efectivinnes on Judicial Protection and Constitutional Order, Bielefeld, Giessiking Verlag, 1984;

78. a) En primer término se puede hacer referencia a la acción *popular* en el *ordenamiento constitucional brasileño,* que fue introducida por la Constitución Federal de 1946, se conservó en la de 1967, y reglamentada por la Ley 4717 de 29 de junio de 1965, que todavía se encuentra vigente pero con modificaciones posteriores. Este último ordenamiento amplió la esfera de las disposiciones fundamentales para comprender la tutela de los intereses difusos de los sectores sociales no organizados. En la actualidad la institución se encuentra regulada en el artículo 5°, fracción LXXIII de la Carta Fundamental vigente de octubre de 1988, el cual establece:

> Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor obligado a cubrir las costas, salvo las de carácter procesal para el vencido.[58]

79. La Constitución colombiana de 1991 regula la acción popular constitucional de una manera más amplia en su artículo 88, de acuerdo con el cual:

> La Ley Regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.[59]

80. b) Aun cuando no corresponde a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la *Constitución argentina*, reformado en agosto de

---

Lozano Higuero y Pinto, Manuel, La protección procesal de los intereses difusos, Madrid, 1983; Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de, Pablo, "El derecho procesal constitucional y la protección de los intereses colectivos y difusos", en obra editada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Derecho Procesal Constitucional 5ª. ed., Porrúa, 2006, tomo III, pp. 2717-2776.

58. BARBOSA MOREIRA, José Carlos; "Legitimación para la defensa de los intereses difusos" en la obra Congreso Nacional de Derecho Procesal; La Plata; 1981, pp. 1240-1288; NEVES, Celso, "Legitimaçâo processual e a Nova Constituiçâo", en Revista de Processo, núm, 56, octubre-diciembre de 1989; pp. 1-40; DA SILVA, José Afonso, Curso de dirieto constituticionl positivo; cit. supra nota 36; pp. 400-408.

59. SÁCHICA, Luis Carlos; Nuevo derecho constitucional colombiano; décima edición; Santa Fe de Bogotá; 1992, pp. 213-222.

1994, recogió esta evolución *de la tutela de los intereses difusos*, pero en lugar de encomendarla a un proceso específico comprendió dicha protección expresamente en la *acción de amparo* ya que el segundo párrafo de dicho precepto dispone claramente:

> Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

81. Esta vía no legitima a cualquier persona, como ocurre con las acciones populares que hemos señalado anteriormente, establecidas en los ordenamientos de Brasil y Colombia, pero se extiende dicha legitimación al *Ombudsman* y a las asociaciones que defienden dichos derechos colectivos. Por este motivo la doctrina considera que se ha creado un *amparo colectivo*.[60]

82. c) No obstante el desarrollo considerable del derecho internacional de los derechos humanos, nuestro juicio de amparo se circunscribía formalmente a la protección de los derechos establecidos directamente en nuestra Carta Fundamental, por lo que aun cuando en estricto sentido no era indispensable, debido a que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ya han sido incorporados a nuestro derecho interno al ser ratificados y aprobados por el gobierno federal, era importante hacer referencia a estos últimos derechos, los que también son internos pero de fuente internacional, a fin de que no exista duda de que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico nacional y pudiesen ser invocados por los gobernados por conducto del juicio de amparo y aplicados por los tribunales federales, lo que todavía no ocurre sino de manera esporádica. Estos instrumentos internacionales de carácter general, que estaban mencionados específicamente en el anteproyecto de la Comisión son los siguientes: las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre (estas dos últimas se han considerado imperativas, aun cuando no tengan el carácter de

60. Gozaíni, Osvaldo A.; El derecho de amparo; Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional; segunda edición; Depalma; 1998; pp. 86-100; Natale, Alberto, Comentario sobre la Constitución; La reforma de 1994; Buenos Aires; 1995; pp. 66-69.

tratados multilaterales), los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos.[61]

83. En el Proyecto de reformas constitucionales y de Nueva Ley de Amparo aprobado por la Suprema Corte de Justicia en un Anteproyecto elaborado por un grupo de expertos, entre ellos magistrados de circuito y Ministros de la propia Corte y aprobado por la misma en mayo de 2001, el cual fue convertido en iniciativa en el año de 2004 por senadores federales de varios partidos políticos, se introducen varias reformas sustanciales que pretenden modernizar la legislación del citado instrumento procesal, entre las cuales destaca la relativa a la legitimación para interponer el juicio de Amparo, el cual se extiende de manera ostensible al superar, el Proyecto que se analiza, el criterio de la jurisprudencia tradicional, de acuerdo con el cual para interponer el juicio de amparo debía existir en el promovente un *interés actual y directo apoyado en la existencia de un derecho subjetivo*, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia adoptó un criterio de mayor flexibilidad, este último es también restrictivo para nuestra realidad actual.

84. Con el concepto estricto de derecho subjetivo se dejan sin protección las afectaciones que derivan de situaciones que afectan la esfera jurídica de los gobernados y para superar estas restricciones, en el artículo 4º, fracción I del proyecto,[62] se utiliza la noción del *interés legítimo*, plenamente desarrollada en la actualidad, en particular en el derecho administrativo, la que establece una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el derecho subjetivo, el que requiere de una violación actual y directa.[63] Por ello, el interés legítimo permite la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus derechos colectivos,

61. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Hacia una Nueva Ley de Amparo, UNAM, IIJ, 2202, pp. 26-40.
62. Este precepto dispone en lo conducente: "Artículo 4º. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero (de dicha Ley Reglamentaria), y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas y del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa." (El subrayado es mío).
63. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo; Hacia una nueva Ley de Amparo; cit. supra nota 60; pp. 55-64.

incluso aquellos que se conocen con la denominación de *intereses difusos o transpersonales (*véase *supra* párrafo 134).[64]

85. Es muy difícil precisar un concepto abierto como el de interés legítimo, el que debe ser delimitado por la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos en los cuales se ha consagrado. Al respecto, el citado artículo 4º fracción I, del proyecto, señala que puede interponer la demanda de amparo aquel que resulte afectado en su esfera jurídica: "(...) ya sea de manera directa o *en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico (...).*" (El subrayado es mío).

86. Con la introducción del interés legítimo se moderniza nuestro derecho de amparo, ya que con esta institución se puede tutelar un sector importante de los derechos colectivos, y no exclusivamente los de carácter gremial, como sucede actualmente, sino también los de los grupos no organizados, y en general de aquellos que no pueden alegar la violación de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas que los favorecen o los afectan, con lo cual podrá configurarse un derecho *de amparo colectivo.*[65]

87. Un tercer sector en el cual los ordenamientos latinoamericanos han ampliado la esfera de aplicación de los instrumentos protectores de los derechos, se refiere a la tutela de tales derechos no sólo respecto de las autoridades públicas sino también respecto de los llamados *poderes privados* o *grupos sociales en situación de predominio,* por conducto de un sector de dicha institución que se conoce con el nombre impropio de *amparo contra particulares,* de acuerdo con el precedente jurisprudencial que estableció el clásico fallo dictado por la Corte Suprema de Argentina en el caso *Samuel Kot* resuelto el 5 de septiembre de 1958, en un momento en que no había regulado el amparo ni en la Constitución ni en el ámbito nacional a nivel legislativo (aun cuando se había establecido en numerosas Cartas Fundamentales de las Provincias argentinas), sentencia en la cual se decidió que el propio dere-

64. Además de las obras señaladas supra nota 56, se deben mencionar a los siguientes autores y obras: LUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; GIDI, Antonio, Coisa julgada e litispendencia en Acoes colectivas, Sao Pulo, Editora Saraiva, 1995; la obra colectiva por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comprada, México, Porrúa, 2003.

65. CABRERA ACEVEDO, Lucio; El amparo colectivo, protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos; México, Porrúa; 2000; y el libro coordinado por José Ovalle Favela, Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo; México, UNAM, 2004.

cho de amparo, considerado como una garantía constitucional implícita, procedía no sólo contra actos de autoridades públicas sino también respecto de la conducta de "particulares", aun cuando en realidad la instancia se había presentado en contra de un grupo social, es decir un sindicato de trabajadores.

88. De acuerdo con dicho precedente, se desarrolló una jurisprudencia muy dinámica, aun cuando uno de los Gobiernos militares que ha padecido Argentina expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo el 18 de octubre de 1966, de carácter muy restrictivo, pues además de otros aspectos, limitó dicho instrumento tutelar únicamente a los particulares contra la conducta de autoridades públicas. Sin embargo, la protección contra grupos sociales se incorporó al artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 20 de septiembre de 1967, con el carácter de juicio sumarísimo.

89. En la reforma de agosto de 1994 a la Carta Federal Argentina, no sólo se elevó al derecho de amparo a nivel constitucional (artículo 43), sino que se estableció de manera expresa que procedía también contra la conducta de *particulares* violatoria de los derechos fundamentales. El ejemplo del derecho de amparo argentino que se ha extendido a los grupos sociales en situación de predominio, tuvo una amplia repercusión en otros ordenamientos latinoamericanos, aun con la denominación equívoca de *amparo contra particulares*. Como dichas legislaciones son numerosas me limitaré a proporcionar una visión sintética de esta tendencia la que se incrementa de manera paulatina, si tomamos en cuenta, por otra parte, la globalización, la apertura de las economías nacionales, además de otros aspectos entre los cuales se puede destacar como ejemplo el incremento de las privatizaciones de algunos servicios públicos que anteriormente estaban en manos de las autoridades y que ahora son objeto de concesión a empresas particulares, por lo que los destinatarios de dichos servicios requieren de una protección más rápida y eficaz que la que proporcionan los instrumentos procesales ordinarios. Desde un punto de vista genérico, la doctrina europea y en particular los autores alemanes han desarrollado el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte,* que significa la eficacia inmediata o indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, el que ha tenido repercusión en la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales.[66]

66. Cfr. el clásico estudio del notable constitucionalista italiano, Lombardi, Georgio, Potere privato e diritti fondamentale, Torino, Giappichele Editores, 1970, Cuadra Salcedo, Toas, El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares, Madrid. Civitas, 1981; Herdegen, Mathias, "La tutela contra privados: instrumento certero para implantar

90. Así sea en las Cartas Fundamentales o en las leyes ordinarias, se ha admitido la procedencia del amparo o de otras instituciones equivalentes, y con diversas modalidades, además de Argentina (ámbitos nacional y provincial), en los ordenamientos de Bolivia, Brasil (de manera incipiente en la doctrina y la jurisprudencia), Chile (recurso de protección); Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.[67]

91. En el derecho de amparo mexicano vigente no ha existido sino de manera esporádica el interés de la doctrina para explorar este tema de la protección por medio de nuestro instrumento procesal, y la jurisprudencia tampoco ha tomado en cuenta este problema. Sin embargo, en el Proyecto de reformas constitucionales y de la Nueva Ley de Amparo mencionados en párrafos anteriores, se ha hecho el intento de actualizar el derecho de amparo con el objeto de que le sea posible proteger los derechos de los particulares en sus relaciones con los grupos sociales en situación de predominio, que también se conocen como *poderes privados*, si se toma en consideración, entre otros aspectos, que son numerosos los servicios públicos que se han privatizado y por lo tanto que se prestan por empresas privadas.

92. En esta dirección el texto del proyecto de la citada Ley de Amparo, propone un cambio sustancial en el concepto de la llamada *autoridad respon-*

la normatividad en la realidad social", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana, Caracas, CIEDLA-Konrad Adenauer, Stiftung, 1997, pp. 183-190; Vega, Pedro de, "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte); y Estrada, Julio Alexei, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", ambos en la obra Derecho Procesal Constitucional, cit. supra nota 56, tomo III, pp. 2315-2334 y 2443-2469.

67. Brewer Carías, Allan R., El amparo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cit. supra nota 34, pp. 87-92; Cifuentes Muñoz, Eduardo, La eficacia de los derechos humanos frente a particulares, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, Núm 26, 1998; Estrada Alexei, Julio, La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000:Escobar Fornos, Iván, Los derechos humanos y el control del poder privado, Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2001. Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 83, mayo agosto de 1995, excelente estudio en el cual no sólo se hace regencia a la situación europea, sino también a la de América Latina, pp. 600-603; Sarmento, Daniel, "A vinculaçâo dos particulares a os direitos fondamentais e no Brasil", en el libro colectivo coordinado por este mismo autor con el título A nova interpretaçâo constitucional. Ponderaçâo, direitos fundamentais e relaçôes privadas, 2ª. ed., Editorial Renovar, 2006, pp.193-284.

sable, que en mi opinión particular es una denominación equívoca pues en estricto sentido procesal debe considerarse como *autoridad demandada,* ya que la responsabilidad, si existe, se determinará en la sentencia definitiva en la cual se establezca si dicha autoridad ha incurrido en violación de los derechos del demandante o quejoso.

93. Por lo que se refiere al concepto de autoridad para el efecto de la procedencia del amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido variable, si se toma en cuenta que en alguna época se llegó a estimar como tal a la persona que ejercitaba una potestad de hecho, al disponer de la fuerza pública para imponer sus mandatos, pero se impuso el criterio sostenido actualmente de un concepto abstracto y tradicional de considerar exclusivamente como autoridad a la que forma parte de la administración central y dispone de la fuerza pública, y se excluyó de tal situación a los organismos descentralizados, con excepción de aquellos a los cuales se les confiriera expresamente el carácter de organismos fiscales autónomos, no obstante que es evidente que dichos organismos forman parte de la administración pública de acuerdo con lo establecido por el artículo 90 de la Carta Federal, que por otra parte de manera incorrecta comprende a los propios organismos dentro de la categoría imprecisa de sector paraestatal, que en sentido estricto únicamente debía abarcar a las empresas y a los fideicomisos públicos.[68]

94. En tal dirección el artículo 4º fracción II, del Proyecto de Nueva Ley de Amparo dispone en su parte relativa que como autoridad para efectos del amparo debe considerarse aquella que: "(...) *con independencia de su naturaleza formal dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas u obligatorias, u omita el acto que*

68. En efecto, en su parte relativa dicho precepto constitucional dispone: "La Administración Pública será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de la Secretarías de Estado y de los Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación (...)." (El subrayado es mío). Resulta un contrasentido dividir la administración pública en dichos sectores, ya que sólo podrían concebirse formando parte de la misma a los organismos centralizados y descentralizados, y únicamente como una tercera categoría el sector calificado como paraestatal, que por su misma denominación no puede considerarse como parte de dicha administración, y por ello únicamente puede comprender empresas y fideicomisos de carácter público. Fix-Zamudio, Héctor, "La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales (El recurso constitucionmal en Suiza y en la República Federal de Alemania), en la obra Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Memoria, México, UNAM, 1984, pp. 135-152.

de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas."[69] (El subrayado es mío).

95. En la exposición de motivos al hacer referencia al concepto de autoridad propuesto en la nueva redacción del invocado artículo 4o fracción II del proyecto de una nueva Ley de Amparo, no se destaca expresamente que la redacción propuesta extienda de manera directa e inmediata la protección del derecho de amparo contra actos provenientes de los poderes privados, pero el carácter abierto que se otorga a la institución permite que la jurisprudencia se extienda paulatinamente para otorgarle esos efectos. En la parte relativa de dicha exposición de motivos se señala:

> (...) En el proyecto se propone dar la prioridad –como lo hizo la Suprema Corte a principios del siglo XX- a la naturaleza propia del acto reclamado, por encima del carácter formal de quien lo emite. En este sentido se consideraría como autoridad para efectos del amparo, a quien emite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, al margen de la naturaleza formal del emisor. El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que organismos descentralizados e inclusive *personas particulares*, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares. Es necesario, entonces, que las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados sean reparadas sin importar de donde vienen.- El proyecto propone un *concepto abierto* que permita su actualización a través de la interpretación jurisprudencial (...). (El subrayado es mío).

96. Es evidente que con ese concepto abierto de autoridad, podrían ser consideradas como tales no únicamente todos los organismos descentralizados de la administración, sino también empresas y fideicomisos, tanto públicos como privados, cuando ellos tengan la posibilidad legal de imponerse sobre los particulares de manera unilateral y obligatoria, como ya ocurre tratándose de grupos sociales no sólo empresariales, que actualmente prestan algunos servicios públicos, sino todos aquellos que actúan en condición de predominio, como son los sindicatos, las cámaras empresariales así como otras corporaciones particulares que tengan una situación de predominio y

69. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo; Hacia una Nueva Ley de Amparo; cit. supra nota 60; pp. 73-79.

como tales tengan la posibilidad legal de lesionar los derechos fundamentales de los particulares.

97. Finalmente por lo que respecta al concepto de *derecho de amparo*, que como hemos dicho es un vocablo de origen hispánico que se ha generalizado con esta misma denominación y algunas equivalentes en Iberoamérica, ha evolucionado de manera paulatina, en virtud de que al traducirse al castellano los nombres de algunos instrumentos equivalentes como ocurre con la *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja constitucional) así como otros instrumentos germánicos como los regulados por los ordenamientos de Austria y de Suiza,[70] también se conocen en el mismo idioma todos aquellos instrumentos que se utilizan como un medio de impugnación, que después de agotados los recursos ordinarios pueden elevarse ante los Tribunales o Cortes Constitucionales, de numerosos países, y para abarcar todas estas instituciones que son numerosas en el mundo contemporáneo se coordinó por Eduardo Ferrer Mac Gregor y el que esto escribe el libro *El Derecho de Amparo en el Mundo* (México, /UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, 1274 pp.) que contiene la colaboración con parámetros uniformes de numerosos juristas de África, Asia, Europea y Latinoamérica,[71] y que también comprende la instancia ante los tribunales internacionales de carácter regional Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos (ésta última todavía no ha iniciado su funcionamiento, si bien en 2006 fueron electos los jueces que deben integrarlo, pero sin señalar todavía el lugar permanente de su residencia), todo de acuerdo con el concepto de *derecho de amparo internacional* elaborado por la doctrina española.[72]

70. SCHÜLER ANDREA. Hans; Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich (El recurso constitucional en Suiza, en la Republica Federal de Alemania y en Austria), Zürich, 1968; HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania" (trad. de Joaquín Brage Camazano); Lösig, Norber, "El derecho de amparo en Austria"; y BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "La staartrechtiliche Beschwerde o recurso constitucional de amparo en Suiza"; estos tres últimos estudios incorporados a la obra El derecho de amparo en el Mundo, cit. supra nota 3, pp. 695-760, respectivamente.

71. Esa obra contiene estudios comparativos de la institución en los ordenamientos, citados por orden alfabético de: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Checoslovaquia (Republica Checa), Chile, Colombia, Costa Rica, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Guatemala, Honduras, Hungría, Macao, Macedonia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

72. Cfr. como ejemplo, la obra elaborada por los juristas españoles Gimeno Sendra, Vicente y Garbery Llobregaj, José, Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional, Madrid), Editorial Colex.

98. B). Después de haber realizado un breve análisis panorámico de los instrumentos, en su mayor parte de carácter procesal, que tienen la finalidad esencial de tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, es preciso complementar con un examen también sumario sobre los organismos, predominantemente jurisdiccionales que entre sus atribuciones poseen la que se ha convertido en esencial en la mayoría de las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales (éstas últimas como aportación de los ordenamientos Latinoamericanos), me refiero a la tutela y protección de los derechos humanos, tanto constitucionales como de fuente internacional.[73]

IV. Organismos predominantemente jurisdiccionales que poseen la función de tutela de los derechos humanos en el ámbito interno

99. Con la creación de la Corte Constitucional en la Corte Federal Austriaca (por cierto antecedida en unos meses con la introducción de un organismo similar y del mismo nombre en la Carta Constitucional de Checoeslovaquia de 29 de febrero de 1920, ya que la Ley Fundamental de Austria se promulgó el primero de octubre siguiente, si bien el proyecto de esta última fue el modelo de la primera), se inició un amplio desarrollo sobre el *concepto jurídico de las normas constitucionales*, que por regular instituciones políticas se consideraban tradicionalmente en los ordenamientos de Europa Occidental, como no judiciables. A partir de entonces y de manera creciente se judicializaron varias instituciones antes consideradas estrictamente políticas como las controversias entre los órganos centrales y periféricos sobre su competencia legislativa, los llamados *conflictos de atribución entre los órganos del poder, la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente: el enjuiciamiento de algunos funcionarios de alta jerarquía*, e inclusive *algunos conflictos electorales.*

100. El modelo austriaco tuvo repercusión en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, en la cual se estableció el *Tribunal de Garantías Constitucionales,*[74] pero especialmente en la segunda posguerra, durante la cual se generalizó el establecimiento de Cortes y

73. Fix-Zamudio, Héctor;"Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica"; en la obra colectiva, La justicia constitucional en la actualidad; Quito, Ecuador; Universidad Carlos III de Madrid; 2002; pp. 87-142.

Tribunales Constitucionales para resolver los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, pues además de la mencionada Corte Constitucional Austriaca (suprimida en 1934 pero restablecida en 1945), se introdujeron estos órganos jurisdiccionales especializados en las Cartas Supremas de *Italia* (1948); *República Federal de Alemania* (1949); *Turquía* (1961-1982); *en la antigua* Yugoslavia (1963-1974); *Portugal* (1966-1982); *España* (1948); *Bélgica* (1980, denominado Tribunal de Arbitraje); y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades con apoyo en la Constitución de 1958 como órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.[75]

101. En años recientes el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que con anterioridad a las transformaciones iniciadas en 1989, seguía el modelo el modelo soviético y en la actualidad se han creado Tribunales y Cortes Constitucionales por medio de reformas o expedición de nuevas Cartas Fundamentales en los siguientes países, citados por orden alfabético: *Albania* (1992); *Bosnia Herzegovina* (1995); *Bulgaria* (1991); *Croacia* (1991); *República Checa* (1992); *Eslovaquia* (1992); *Eslovenia* (1991); *Estonia* (1992); *Hungría* (1989); *Letonia* (1996); *Lituania* (1992); *Macedonia* (1992); *Moldavia* (1994); *Polonia* (1982-1986, ahora en la nueva Carta Fundamental de 1997); *Rumanía* (1991); y *Yugoslavia* , es decir lo que queda de la misma (1992).[76]

74. CASCAJO CASTRO, José Luis; "Kelsen y la Constitución española de 1931"; en la Revista de Estudios Políticos; Madrid, enero-febrero de 1978; pp. 243-255; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales"; en su obra Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional; Revista de Jurisprudencia Argentina; Buenos Aires; 1944; pp. 503-504, y CRUZ VILLALÓN, Pedro; La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939); Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1987; pp. 232-419.

75. FAVOREU, Louis ; Los Tribunales Constitucionales ; traducción de Vicente Villacampa, Barcelona ; Ariel ; 1994, pp. 43-136; ROUSSEAU, Dominique, La Justice constitutionnelle en Europe, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

76. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Estudio preliminar a la traducción del libro de Paolo Bicaretti di Ruffia, Introducción al derecho constitucional comparado, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28; BARTOLE Sergio, y otros, "Transformazione costitiuzionali nell'Este europeo"; en Quaderni Costituzionali; Padua, Il Molino, diciembre de 1992; pp. 383-397; HÄBERLE. Peter; "Constitutional Developments in Easter Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory"; en Law and State, Tübingen; volumen 46; pp. 66-67. TORRES PÉREZ, Mercedes y FLORES JUBERÍAS, Carlos; "Materiales para un estudio comparativo de la justicia constitucional en la Europa Central y Oriental", en

102. En Latinoamérica la preeminencia de las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos humanos ha sido más evidente que inclusive en los ordenamientos europeos continentales que se han señalado anteriormente, debido a que durante una época muy amarga predominaron en nuestra región gobiernos autoritarios, varios de ellos de carácter castrense, que violaron sistemáticamente los derechos fundamentales, y si bien esa época parece superada en la actualidad, o al menos es lo que se desea, se pueden señalar algunas recaídas temporales en algunos de nuestros países. Con ese trágico recuerdo y la posibilidad del restablecimiento de regímenes autoritarios con apariencia democrática, es muy comprensible que en Latinoamérica dichos organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales concentren su atención en la tutela de los derechos humanos.

103. En efecto, los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como las cortes y tribunales supremos, en la actualidad se han convertido de manera preeminente en la última instancia de resolución de los instrumentos de tutela de los derechos humanos, los que se plantean previamente ante la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia de este dinámico desarrollo se han perfeccionado los instrumentos, predominantemente procesales de protección de los derechos fundamentales y han aumentado paulatinamente su ámbito de protección, y por ello resuelven mayoritariamente en último grado los *juicios, recursos o acciones de amparo y de hábeas corpus,* y sus equivalentes tales como el *mandado de segurança brasileño, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana*, así como otros procedimientos dirigidos a la tutela de derechos específicos, entre ellos *las acciones populares y el hábeas data* que han sido adoptados recientemente por varios ordenamientos de nuestra Región.[77]

Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol; numeros 20-21; Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia; España; 1997, pp. 221-265.

77. Fix-Zamudio, Héctor; "Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su proyección internacional"; en la Revista Jurídica de Macau; en el número monográfico sobre O direito de amparo em Macau e em direito comparado; Macau; 1999; pp. 11-56; Id. "El juicio de amparo mexicano, su proyección Latinoamericana y en los instrumentos internacionales", en Memoria de El Colegio Nacional, 1999, México, El Colegio Nacional, 2000, pp. 53-114. Ambos estudios incorporados en el libro del propio autor, Ensayos sobre el derecho de amparo, cit., supra nota 35, pp. 795-846 y 847-912, respectivamente.

104. Para abordar este complejo tema, haremos una breve descripción de estos organismos especializados en solución de conflictos constitucionales que se han establecido en Latinoamérica, y su preeminencia en cuanto a sus facultades, para la tutela de último grado de los derechos humanos.[78]

105. A) El desarrollo latinoamericano hacia el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados inspirados en el modelo europeo, se inició en el año de 1965, cuando la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de ese año estableció la *Corte de Constitucionalidad*, específicamente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad planteados por órganos del Estado, y si sus fallos eran estimatorios, tenían efectos *erga omnes*. No era un tribunal permanente sino que se formaba cada vez que se planteaba dicho recurso. El procedimiento estaba regulado por la Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad de 3 de mayo de 1966. Al carecer de una situación permanente y además, debido a la situación de inestabilidad política y social de dicho país en esos años, el citado Tribunal tuvo una pobre y escasa actividad, y además fue suprimido formalmente por alguno de los varios gobiernos militares que se apoderaron sucesivamente del Gobierno.[79]

106. Dicha *Corte de Constitucionalidad fue restablecida* por la Carta Fundamental de 31 de mayo de 1985, que sirvió de apoyo a la recuperación de la normalidad democrática. El artículo 268 de la mencionada Constitución introdujo nuevamente la Corte de Constitucionalidad, pero con carácter per-

78. La bibliografía sobre este tema es muy abundante, por lo que sólo cito algunas obras que parecen significativas: Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995; el libro Los procesos de amparo y de hábeas corpus. Un análisis Comparado. de la Serie Lecturas Andinas, 14, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000, en el que se hace un cuidadoso análisis de los jueces y tribunales competentes para conocer de dichos procesos tutelares y su resolución final ya sea por los tribunales constitucionales o por las Cortes Supremas; Eguiguren Praeli, Francisco, "Los tribunales constitucionales de la región andina: Una visión comparativa", en Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 43-92; Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica, en la obra Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; Brewer Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit. supra nota 3, pp. 116-161; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Los tribunales Constitucionales en Iberoamérica, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2002.

79. Fix-Zamudio, Héctor; Tribunales constitucionales y derechos humanos; segunda edición; México, Porrúa-UNAM; 1985; pp. 133-140.

manente, la cual posee jurisdicción privativa en materia constitucional y que conoce esencialmente en último grado de tres procesos, es decir: a) de *exhibición personal o hábeas corpus;* b) *amparo constitucional* y c) *declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos generales.* Dicho precepto fue desarrollado por la Ley de Hábeas Corpus, de Amparo y de Constitucionalidad de 8 de enero de 1986.[80]

107. B) El *Tribunal Constitucional chileno* fue creado por la reforma promulgada el 21 de enero de 1970 al artículo 78, h, de la Constitución anterior de 1925 y se constituyó el 10 de septiembre de 1971, con apoyo en la regulación de los Autos Acordados de la Corte Suprema publicados los días 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año. Se apartó de los modelos de tribunales constitucionales italiano y federal alemán, ya que se inspiró esencialmente en el Consejo Constitucional francés, en cuanto conocía de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso y además funcionaba como un tribunal de conflictos entre los órganos del Estado, y en esta atribución fue muy activo en la difícil época del gobierno del Presidente Salvador Allende, que se encontró en controversia permanente con la oposición mayoritaria del órgano legislativo.[81]

108. Dicho Tribunal fue suprimido, como era de esperarse por el Gobierno militar que dio un golpe de Estado contra el Presidente Allende, pero la misma Junta Castrense Presidida por el General Augusto Pinochet, de manera inesperada restableció dicho Tribunal en la Constitución de 1980, expedida tras un plebiscito muy discutible, en sus artículos 81 y 83, reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal promulgada por el mismo Gobierno castrense el 12 de mayo de 1981, pero con facultades disminuidas, ya que se suprimieron las atribuciones relativas a los conflictos de competencia y sólo se le otorgaron los de conocer de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso (entonces en receso), por lo que la actividad de dicho organismo jurisdiccional fue prácticamente nula.

80. García Laguardia, Jorge Mario; La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias; Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica; México; 1994; Fernández Segado, Francisco y García Belaúnde, Domingo; "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica; cit. supra 3, pp. 649-685.

81. Silva Cimma, Enrique; El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973); Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; (1976); pp. 63-220.

109. Un segundo plebiscito, realizado en el año de 1989, éste sí auténtico, restableció el gobierno constitucional y permitió el funcionamiento del Congreso, y además la introducción de pocas pero muy importantes modificaciones al texto original de la Carta de 1980, por medio de las cuales se normalizaron las facultades y las actividades de dicho Tribunal Constitucional, las cuales se centraron en el control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional; de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional; de preceptos legales y con jerarquía de ley, así como del control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución o de las llamadas leyes orgánicas, así como otras de carácter secundario. Sin embargo, dicho Tribunal Constitucional carecía de competencia para conocer y decidir en último grado del llamado recurso de protección (similar al amparo, en virtud de que en el ordenamiento de Chile se conoce con este último nombre la institución equivalente al hábeas corpus), ya que la última decisión del recurso de protección fue conferida a la Corte Suprema (no obstante que tiene el carácter de tribunal de casación), competencia que fue objeto de severas críticas por la doctrina, y de intentos de reforma constitucional, que no se lograron aprobar entonces, por los resabios de la anterior dictadura.[82]

110. Finalmente, al cambiar la composición del Congreso, expresamente del Senado, la cual suprimió a los llamados senadores vitalicios que formaron parte del gobierno castrense anterior, los cuales se oponían a los cambios constitucionales, (entre ellos se encontraba el General Pinochet, cuya investidura fue anulada con anterioridad con motivo de los diversos procesos que se le han seguido en Chile), y entre otros factores, hizo posible durante los últimos años de la Presidencia de Ricardo Lagos, la aprobación de tan esperada reforma constitucional, la que se promulgó el 18 y se publicó el 26 de agosto de 2005 e introdujo cambios sustanciales que superaron un buen porcentaje de los restos de autoritarismo que quedaban.

111. Esta reforma constitucional es sustancial en varias materias, y continuó las que se habían realizado con motivo del plebiscito de 1989, que logró terminar con el gobierno de la Junta Militar presidida por el General Augusto Pinochet, pero quedaron varias disposiciones autoritarias en la Carta de 1980. Recuerdo un reporte periodístico publicado en 1988, cuando se iniciaba la tramitación del citado plebiscito, esta vez sí auténtico, ya que

82. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "La jurisdicción constitucional en Chile", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica; cit. supra nota 3; pp. 542-561.

en lo particular me mantenía informado de la actividad del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el que colaboró eficazmente en la preparación del personal que organizó dicha consulta popular.

112. En ese reportaje se relataba una entrevista de un reportero internacional al citado General Pinochet, sobre los posibles resultados de dicha consulta. El Presidente le contestó con gran desfachatez, a la pregunta del citado entrevistador que si tenía la seguridad de obtener la victoria en el plebiscito y que si bien de manera remota existía la posibilidad de que tuviera resultados negativos, el General Pinochet pronunció una frase que se me quedó grabada: "No estoy preocupado por el plebiscito, ya que si lo gano me quedo (como Presidente), pero si lo pierdo no me voy", que fue lo que ocurrió, ya que el General se aseguró que en el nuevo gobierno democrático, se quedara con el cargo muy significativo de Comandante del Ejército, y además logró que se mantuvieran en la Carta Fundamental varios preceptos que le garantizaron por mucho tiempo prerrogativas a sus partidarios, como los cargos de senadores vitalicios, para el cual fue designado, como se ha dicho, cuando terminó su comisión militar, y del que fue privado debido a los juicios que se siguieron a las atrocidades que se cometieron durante el gobierno castrense que encabezó y que dio el golpe de Estado de 1973, que derrocó el gobierno del Presidente Salvador Allende, quien perdió la vida en los enfrentamientos.

113. Se ha señalado con anterioridad, que con motivo del citado Plebiscito de 1989, se lograron algunos cambios importantes en cuanto a la democratización de las estructuras y funciones de los órganos de gobierno, pero que no fueron suficientes para eliminar algunas disposiciones que fueron establecidas en la Carta de 1980 por el régimen militar, en particular en cuanto al nombramiento y funciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Durante varios años los Gobiernos democráticos pretendieron hacer reformas importantes que suprimieran los obstáculos establecidos astutamente por el Gobierno castrense y sus partidarios civiles, que no eran pocos.

114. Finalmente, el Presidente Lagos logró una revisión sustancial de la citada Carta de 1980, por conducto de las modificaciones constitucionales contenidas en el Decreto número 100, publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005, el cual se concentró esencialmente en las funciones de justicia constitucional del organismo jurisdiccional especializado, que se reforzaron de manera sustancial (artículos 92 y 94 del nuevo texto).

115. En cuanto a la estructura y funciones del Tribunal Constitucional se dio un gran avance, se reformó el sistema anterior de nombramiento, establecido en la Carta de 1980, en el cual estaba asegurada la participación del Gobierno autoritario de entonces, en cuanto los siete magistrados de dicho Tribunal eran designados de la siguiente manera: tres ministros de la Corte Suprema electos por ésta por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, con participación militar, y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

116. Previamente a la reforma constitucional de 2005, además del sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitucional mencionado en el párrafo anterior, dicho organismo jurisdiccional especializado poseía facultades de justicia constitucional limitadas, ya que podía conocer de conflictos de competencia y atribución entre los órganos del Estado, así como la decisión sobre la conformidad de las leyes orgánicas constitucionales, de manera obligatoria y con anterioridad a su promulgación,[83] estas últimas consideradas como ordenamientos reforzados para desarrollar normas fundamentales, y por ello varios ordenamientos latinoamericanos los han introducido en los últimos años,[84] si bien todavía existen resistencias entre

83. Las leyes orgánicas constitucionales, inspiradas en el modelo francés y español, son aquellas que requieren una mayoría calificada de los miembros de las Cámaras legislativas para su aprobación, y generalmente, las Constituciones respectivas señalan las materias relacionadas de desarrollo constitucional que deben sujetarse a dichos requisitos. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción a las leyes orgánicas constitucionales", en la obra Visión iberoamericana del tema constitucional, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, noviembre de 2003, pp. 479-514; Sepúlveda, Ricardo, Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México, México, Porrúa-UNAM, 2006. Este autor estudia la posibilidad de establecer en México las leyes orgánicas constitucionales y formula propuestas concretas para introducirlas con la denominación de "leyes de desarrollo constitucional".

84. En los dos estudios mencionados en la nota anterior se mencionan como ordenamientos constitucionales iberoamericanos en los cuales se regulan las leyes orgánicas constitucionales: en Europa, Francia y España. En América Latina, por época de introducción: Venezuela (Constituciones de 1961), artículo 163; y Carta Fundamental de 1993, artículo 63); Brasil (Constitución Federal de 1988, artículos 59 y 68, calificadas como leyes complementarias); Chile (Constitución de 1980, reformada en 1989 y 2005, artículo 63); Colombia (Constitución de 1991, artículos 203 y 203, que son denominadas leyes estatutarias, pero que también comprenden a las leyes orgánicas, que sólo requieren una votación de mayoría absoluta); Argentina (Constitución Federal de 1853-1860, reformada esencialmente en 1994, en varios preceptos); y Ecuador, (Constitución de 1948, en su reforma de 1998, artículos 142-143).

los juristas que dudan de la eficacia de dichas leyes o las consideran como obstáculos autoritarios, al conservarse en el texto constitucional vigente en Chile.[85] Además, la decisión final sobre los instrumentos protectores de los derechos humanos se confería en último grado a la Suprema Corte de Justicia, así como el *recurso de aplicabilidad* relativo a la impugnación de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos particulares.

117. Las citadas reformas de 2005, modificaron el sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional y ampliaron sustancialmente las facultades del citado organismo jurisdiccional especializado. En cuanto a la designación de dichos magistrados, cuyo número se elevó a diez, uno de los aspectos esenciales de las reformas de 2005 fue trasladar la competencia del recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, pero con la facultad de dicho organismo jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las normas legislativas con efectos generales; resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades político-administrativas y los tribunales de justicia; y pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, los Tribunales de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Todas estas atribuciones son importantes pero se debe destacar que actualmente dicho organismo jurisdiccional especializado carece de competencia para pronunciarse en último grado sobre los instrumentos básicos de protección de los derechos fundamentales (recurso de hábeas corpus, conocido como amparo, y el llamado recurso de protección, artículos 20 y 21 constitucionales), que en realidad pueden calificarse de acciones no obstante su denominación oficial. Estos instrumentos pueden promoverse por los afectados en primera instancia ante los Tribunales de Apelación, pero contra sus decisiones puede apelarse ante la citada Corte Suprema.[86]

85. Muñoz León, Fernando; "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia"; en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; Montevideo; 2006; Konrad Adenauer Stiftung; tomo I; pp. 115-129.

86. Cumplido Cereceda, Francisco; "Reforma constitucional en Chile", en la obra citada en la nota anterior; pp. 105-113. Este autor considera que con las facultades que le fueron otorgadas por la reforma de 2005, el citado Tribunal Constitucional ha adquirido el carácter de un "superpoder en el sistema político chileno", lo cual no parece totalmente correcto, ya que lo que sucede con los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, con independencia de su encuadramiento en el poder judicial o como órgano de control constitucional, sus funciones los convierten en organismos constitucionales autónomos.

118. De acuerdo con la citada reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno asume nuevas competencias, además de las que se le habían conferido por la Carta de 1980, reformada primeramente en 1989, pero resultaría muy complicado realizar un resumen así sea apretado de todas y cada una de las complejas facultades de justicia constitucional, debido al propósito de este sencillo estudio.[87] La ampliación esencial de la citada modificación constitucional de 2005, radica en la traslación del llamado *recurso de inaplicabilidad,* de la Corte Suprema, en la que anteriormente estaba situado, para su decisión exclusivamente con efectos particulares para las partes, al Tribunal Constitucional, sólo que este medio de impugnación de carácter incidental contra disposiciones normativas le otorga actualmente al Tribunal Constitucionalidad la atribución de pronunciar decisiones efectos *erga omnes,* de acuerdo con la competencia que se otorga generalmente a los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales, pero además se conserva el control incidental con efectos particulares el cual no se considera incompatible, especialmente en América Latina, con la declaración general por conducto del control concentrado.

119. Este procedimiento incidental puede ser interpuesto por jueces, tribunales o funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las cuales se desarrolla la tramitación para la aplicación de disposiciones legislativas sobre las cuales pueden tener dudas a cerca de su conformidad con la Constitución, por medio de lo que la doctrina y en ocasiones también la regulación de dicha instancia se califica como *cuestión de inconstitucionalidad,*[88] pero una vez que existe un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad con efectos particulares, el Tribunal Constitucional está facultado para otor-

87. Un completo y minucioso estudio de todas las atribuciones encomendadas al Tribunal Constitucional chileno en la reforma constitucional de 2005, puede consultarse en el excelente trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 241-280: Id. "El derecho y acción constitucional de protección (Amparo de los derechos fundamentales en Chile) a inicios del siglo XXI", en la obra colectiva El Derecho de Amparo en el Mundo, cit. supra nota 3, pp. 150-211; Peña Torres. Marisol, "Desafío para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005", y Ríos Älvarez. Lautaro, La reforma de 2005 a la Constitución chilena", estos dos últimos estudios en Derecho Procesal Constitucional, número 7, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. enero-junio de 2007, pp. 199-212 y 213-231.

88. Corzo Sosa, Edgar, La cuestión de constitucionalidad, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

garle efectos generales, y por tanto, expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Esta decisión puede realizarse por dicho organismo jurisdiccional, por dos instrumentos, o sea por una parte *una acción pública de inconstitucionalidad*, y en segundo término *de oficio* por el mismo Tribunal, pero en ambos casos la decisión requiere una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes.[89]

120. Finalmente, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional chileno, si bien posee amplias competencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas legislativas, carece de la facultad de pronunciarse, como la mayoría de los organismos judiciales de resolución de conflictos constitucionales latinoamericanos, de manera final y definitiva sobre los medios procesales de tutela de los derechos fundamentales, ya que continúan dentro de la esfera de facultades de la Corte Suprema. La doctrina ha resaltado la necesidad de establecer una instancia de protección de dichos derechos ante el citado Tribunal Constitucional, a fin de que este organismo jurisdiccional tenga en esta materia esencial, el pronunciamiento final sobre estos instrumentos (los llamados recursos de protección y de hábeas corpus o de amparo).[90]

121. C) La *Corte Constitucional colombiana* fue introducida por los artículos 229 a 245 de la Carta Fundamental de 7 de julio de 1991. De acuerdo con los citados preceptos, a dicha Corte le corresponde la guarda de la integridad y de la Supremacía de la Constitución, por lo que conoce, por acción popular, de las cuestiones de constitucionalidad relativas a la reforma de la Ley Suprema (exclusivamente por vicios de procedimiento); de la inconstitucionalidad tanto de las leyes expedidas por el órgano legislativo, como de los decretos legislativos y los dictados con fuerza de ley por el Ejecutivo, competencias que anteriormente correspondían a la Corte Suprema de Justicia. A partir de dicha Carta Fundamental, a dicho organismo jurisdiccional especializado le corresponde conocer de la revisión de las decisiones judiciales sobre la *acción de tutela* (equivalente al amparo), para protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Los preceptos anteriores fueron desarrollados por el decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991, en el cual se establece el régimen procedimental de los procesos que deben seguirse ante la citada Corte Constitucional.[91]

89. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional"; cit. supra nota 86; pp. 250-255.
90. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "La jurisdicción constitucional en Chile"; cit. supra nota 81; pp. 562-569.

122. D) Aún cuando la *República de Ecuador* estableció un organismo jurisdiccional especializado con la denominación de *Tribunal de Garantías Constitucionales* desde la Carta de 1945, restablecido en las Constituciones de 1967 y 1978, su integración y funciones han sido ambiguas, por lo que en realidad puede afirmarse que sólo contó con plenas facultades en materia de control de la constitucionalidad y se reguló con precisión, hasta el texto codificado de la última de las Cartas mencionadas, que entró en vigor el 11 de agosto de 1998, con el nombre de *Tribunal Constitucional (artículos 275-279)*. En esencia dicho organismo especializado conoce de un control abstracto de constitucionalidad de disposiciones legislativas; del control constitucional de actos administrativos; de la objeción de inconstitucionalidad que hace el Presidente de la República respecto de un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un examen previo de la constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencia o de atribución entre los órganos del Estado, y lo que es más importante, *conoce de la última instancia de las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo.*[92] El procedimiento para tramitar dichos instrumentos esta regulado por la Ley del Control Constitucional publicada el 2 de julio de 1997.

123. En la *Constitución peruana* de 1979 se introdujo el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (artículos 296-304), con facultades para conocer en última instancia de las *acciones de hábeas corpus y de amparo*, así como en forma directa de la *acción de inconstitucionalidad*, cuya decisión en caso de ser estimatoria producía efectos generales. Las citadas disposiciones fundamentales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982 y complementada por la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo promulgada el 7 de diciembre del mismo año.[93] El citado tri-

91. SÁCHICA, Luis Carlos; Nuevo constitucionalismo colombiano; supra nota 58; pp. 130-135; REY CANTOR, Ernesto; Introducción al derecho procesal constitucional; Controles de constitucionalidad y de legalidad; Universidad Libre; Cali; 1994; pp. 45-84; TOBO RODRÍGUEZ, Javier, La Corte Constitucional y el control de la constitucionalidad en Colombia; Santa Fe de Bogotá; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; 1996, CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit. supra nota 3, pp. 469-497.
92. SALGADO PESANTES, Hernán; "La Jurisdicción constitucional en Ecuador", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica; cit. supra nota 3; pp. 573-590; Id. "La garantía de amparo en el Ecuador"; en la obra El Derecho de Amparo en el Mundo; cit. supra nota 3; pp. 305-331.
93. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José; "El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad", en Lecturas sobre temas constitucionales; núm. 7; Comisión Andina de Juristas; Lima; 1991; pp. 48-58; VALLE RIESTRA,

bunal tuvo pocos años de actividades, y además tenía defectos de organización y de funcionamiento, por lo que conoció de manera muy restringida algunas acciones de inconstitucionalidad interpuestas por varios diputados sobre problemas de carácter electoral en relación con los votos preferenciales, nulos y en blanco,[94] pero la mayor parte de los asuntos que conoció se refirieron a *la última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo.*

124. En virtud de que dicho Tribunal fue suprimido por el autogolpe del Presidente Alberto Fujimori de 5 de abril de 1992, se expidió una nueva Constitución aprobada en referéndum de 31 de octubre de 1993, la cual sustituyó dicho organismo jurisdiccional especializado por el *Tribunal Constitucional* (artículo 92), el que fue reglamentado por la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 27 de diciembre de 1994, y publicada el 10 de enero de 1995. Se conservaron las facultades del anterior organismo especializado en cuanto al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad con efectos generales, de los conflictos de competencia constitucionales, y además, d*el último grado de las tradicionales acciones de hábeas corpus y de amparo, a las que se agregaron nuevos instrumentos tutelares de las acciones de hábeas data, populares y de cumplimiento*, estos últimos introducidos en esa nueva Carta Fundamental. Dicho tribunal tuvo muchos problemas y obstáculos para su funcionamiento si se toma en cuenta que para declarar la inconstitucionalidad de normas generales se requerían seis de siete votos. Además, por problemas políticos, tres de sus magistrados fueron destituidos de manera ilegal por el Congreso y tuvieron que ser reintegrados en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[95] Con la renuncia forzada del ex Presidente Fujimori, y el establecimiento de un gobierno de transición, se ha modificado la legislación a fin de que el citado Tribunal tenga una función equiparable con otros organismos especializados de la región.

125. Se han aprobado reformas posteriores a la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y además muy recientemente se expidió el *Código Procesal Constitucional,* el cual unificó todos los procesos y procedimientos

Javier; "El fracaso de la Constitución"; en Lecturas constitucionales andinas; Comisión Andina de Juristas; Lima; 1992; pp. 20-23. BOREA ODRÍA, Alberto; Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo; Libros Peruanos; Lima; 1992; pp. 407-425.

94. VALLE RIESTRA, Javier; El Tribunal de Garantías Constitucionales; El caso de los votos nulos y blancos; Labusa; Lima; 1986.

95. Cfr. fallo de 31 de febrero de 2001, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) contra Perú.

de control de la constitucionalidad, e implicó un cambio significativo en esta materia.

126. Haré una breve referencia a las Cortes Supremas Latinoamericanas, que poseen entre sus funciones la decisión sobre cuestiones de constitucionalidad, aun cuando conserven también atribuciones en cuanto a la legalidad de los actos de autoridad. En esta dirección se pueden mencionar: A) El Tribunal Supremo de Brasil; y B) la Suprema Corte de Justicia mexicana.

127. A) Por lo que respecta al *Tribunal Supremo Federal de Brasil*, se puede afirmar que si bien en las Cartas Fundamentales anteriores (1934, 1946 y 1967-1969) se le atribuyeron facultades restringidas para decidir sobre normas generales contrarias a la Ley Suprema, fue la Constitución de 5 de octubre de 1988 la que inició una evolución para conferir a dicho Tribunal competencias amplias y crecientes para resolver sobre la conformidad de disposiciones legislativas con dicha Carta Suprema, que continuó en las sucesivas reformas de 1991, 1993 y 2004.[96]

128. Las diversas competencias del citado Tribunal Supremo Federal en esta materia son muy complejas, pero la tendencia es la de otorgar predominio a sus atribuciones de justicia constitucional, y por ello se califica a dicho organismo jurisdiccional como *Guardián de la Constitución*. De manera sintética es posible enumerar dichas atribuciones: a) en primer término dos acciones abstractas denominadas por el artículo 102, fracción I, inciso a) como *acción directa de inconstitucionalidad de normas legislativas o de actos normativos federales o locales (*en este sentido se entienden tanto las disposiciones generales propiamente dichas como otras normas generales, inclusive de autoridades administrativas), *y acción declaratoria de inconstitucionalidad de normas federales,* con inclusión de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* (pero con el efecto de comunicar al órgano respectivo dicha decisión). Respecto de dichas acciones, las mismas se tramitan por conducto de un *control* concentrado, en cuanto conoce de ellas directamente dicho Tribunal Supremo. Aun cuando no lo señala expresamente dicho precepto constitucional, las decisiones de dicho organismo jurisdiccional supremo poseen efectos generales o *erga omnes*.

96. Da Silva, José Afonso; Comentário Contextual á Constituiçâo; São Paulo; 2005; pp. 534-558.

129. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 de la citada Carta Federal del Brasil, están legitimados para interponer las acciones de inconstitucionalidad o de la declaratoria de inconstitucionalidad; el Presidente de la República: las mesas directivas del Senado o de la Cámara de Diputados del Congreso Federal; las mesas directivas de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; el Procurador General de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; un partido político con representación en el Congreso Nacional; así como confederaciones sindicales, o entidades de clase de ámbito nacional. Cuando alguna de dichas acciones no es presentada por el Procurador General de la República, éste debe ser oído previamente a la resolución de la misma, así como en todos los procesos de competencia del citado Tribunal Supremo. Además el Abogado General de la Unión debe ser consultado cuando el Tribunal Supremo conozca en abstracto de una norma legislativa o acto normativo, con el fin de hacer la defensa de las disposiciones impugnadas. Finalmente, cuando el mencionado organismo jurisdiccional declare la inconstitucionalidad por omisión de una disposición o acto normativo, dará cuenta al órgano competente para la adopción de las providencias necesarias, pero si se trata de un organismo administrativo, debe cumplir dicho fallo en el plazo de treinta días. (artículo 103 constitucional, parágrafos primero a cuarto).

130. b) *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* contra las decisiones de tribunales inferiores en única o última instancia, sobre la constitucionalidad de disposiciones legislativas o actos normativos aplicables en los procesos concretos de que conocen, lo que significa un control difuso, por lo que la decisión del Tribunal Supremo sólo tiene efectos particulares para las partes en los procesos en los cuales se plantea. Como ya se ha dicho reiteradas veces, en Latinoamérica no deben considerarse incompatibles el control concentrado con el difuso de inconstitucionalidad. También deben decidirse en esta vía la constitucionalidad de los tratados internacionales, y declarar la validez de una ley local que contraste con una de carácter federal (artículo 102 constitucional, fracción III).

131. c) *recurso ordinario de inconstitucionalidad,* que tiene por objeto que el Tribunal Supremo Federal conozca y decida de manera definitiva y última sobre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, es decir, el *hábeas corpus* (para la tutela de los derechos de libertad y la integridad personales), y el *mandado de segurança* (que algunos autores han tra-

ducido al castellano como *mandamiento de amparo*, por su similitud con este último y que protege los restantes derechos humanos); *hábeas data y mandado de injunçâo* (estos dos últimos los explicaremos más adelante, ver *infra* párrafos 120-127) cuando decidan sobre estos instrumentos tutelares de manera denegatoria en última instancia los tribunales superiores (artículo 102, fracción II). Sin embargo, el citado Tribunal conoce directamente y en única instancia de dichos instrumentos protectores, incluyendo el *habeas data,* cuando se promueven contra actos o resoluciones del Presidente o Vicepresidente de la República; de las Mesas Directivas de las dos Cámaras del Congreso Federal; del Tribunal de Cuentas de la Unión; del Procurador General de la Republica o del propio Tribunal Supremo (artículo 102, fracción I, inciso d).

132. Con acierto, el eminente constitucionalista brasileño José Afonso da Silva, define a este sector, de acuerdo con la denominación adoptada por el ilustre jurista italiano Mauro Cappelleti, recientemente fallecido, como *jurisdicción constitucional de la libertad.*[97] Desde mi punto de vista es la atribución de mayor significado que asume dicho Tribunal Supremo, como lo he sostenido en esta sección (artículo 102 de la Carta Federal, fracción segunda).

133. d) *Conflictos de competencia y atribución* entre la Unión y los Estados o el Distrito Federal o entre unos y otros, o con un Territorio (artículo 102 de la Carta Federal, fracción I, incisos e y f). También se ocupa dicho Tribunal de algunas causas penales de funcionarios de la mayor jerarquía (artículo 102, fracción I, inciso b).[98]

134. B). La *Suprema Corte de Justicia de México*, creada en 1825, bajo la Constitución Federal de 1824, siguió formalmente la estructura y funciones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con la

97. En la obra citada en la nota anterior, pp. 551-552.

98. Cfr. Sobre las repercusiones de la enmienda constitucional número 45 de ocho de diciembre de 2004, en cuanto a las funciones de justicia constitucional del Tribunal Supremo de Brasil puede consultarse el documentado estudio de Barbosa Moreira, Juan Carlos, "A reciente reforma da Constituicao brasileira e o Supremo Tribunal Federal", en la obra XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano. Vol. I, Ponencias y Comunicaciones, Málaga, Servicio de Publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. 311-322. Id. "El mandado de Seguridad en Brasil", trad. del portugués por Adriana Lara Santana y Alejandro Anaya Huertas, en la obra El Derecho de Amparo en el Mundo, cit, supra nota 3, pp. 123-157.

Ley Judicial de 1789, pero la competencia original del organismo judicial estadounidense que se consagró en dicho texto constitucional, no se aplicó en la práctica por la diversidad de desarrollo jurídico y cultural, y además por el peso de la tradición hispánica de tres siglos de dominio español y en la realidad el más alto tribunal mexicano a partir de 1826, desempeñó la función de tribunal de apelación de los tribunales del Distrito Federal, hasta 1855, año en el cual se promulgó la Ley que estableció el Tribunal Superior del propio Distrito, y no fue sino con la consagración del juicio de amparo, introducido en el artículo 25 del documento fundamental denominado Acta de Reformas (a la citada Carta Federal de 1824), propuesto por el insigne jurista y político mexicano Mariano Otero, y consagrado definitivamente en los artículos 101 y 103 de la Constitución de 1857 (equivalentes a los artículos 103 y 107 de la Carta Federal vigente de 1917, pero con un considerable desarrollo legislativo y jurisprudencial), cuando la Suprema Corte de México inició sus atribuciones de justicia constitucional.[99]

135. Con la creación jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de un nuevo sector del juicio de amparo a partir de 1869, considerándolo procedente contra todas las sentencias de todos los jueces del país, cuando se impugnaban por violaciones de la legalidad, con apoyo en una interpretación muy discutible del artículo 14 de la Carta Fundamental de 1857;[100] dicho criterio sobre el llamado amparo judicial fue acogido expresamente en los artículos 14 y 16 de la Carta Federal vigente. Este sector del amparo se convirtió en la práctica en un *recurso de casación federal* para el *control de la legalidad* de los citados órganos jurisdiccionales locales y federales, con lo cual la Suprema Corte mexicana se trasformó predominantemente en un tribunal de casación, competencia que creó un gran rezago, que ha requerido numerosas reformas constitucionales y legales para abatirlo sin mucho éxito, como fue la creación de los tribunales colegiados de circuito en 1951; así como el creciente número de los mismos y el traspaso paulatino de la Corte a dichos tribunales de circuito, de asuntos judiciales que se consideraron de menor importancia en 1968. Como era previsible, este control de legalidad aumen-

99. Fix-Zamudio, Héctor; "La Suprema Corte y el juicio de amparo"; en la obra del mismo autor Ensayos sobre el derecho de amparo; cit. supra nota 35; pp.467-575; Carrillo Flores, Antonio; "La Suprema Corte de Justicia Mexicana y la Suprema Corte Norteamericana; Orígenes semejantes, Caminos Diferentes", en la obra del mismo autor; Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional; México, UNAM; 1987; pp. 215-286.

100. Rabasa, Emilio, Estudio Constitucional; publicado originalmente en 1906; reproducido conjuntamente con el estudio del mismo autor; El juicio constitucional; México, Porrúa; 1955; pp. 95-102, y 313-322.

tó con el tiempo de manera excesiva, lo que produjo creciente rezago, ya que todos los asuntos judiciales del país se concentraron a partir de la mencionada jurisprudencia y hasta la introducción de los citados tribunales colegiados, en la Suprema Corte, situación que fue calificada en la primera década del siglo XX por el notable jurista mexicano Emilio Rabasa como la "imposible tarea de la Corte".[101]

136. Este peso que fue aumentando de manera incontenible, trajo como resultado que se oscureciera y limitara la esencial función de justicia constitucional de nuestro Máximo Tribunal, que por mucho tiempo se concentró de manera exclusiva al control de legalidad por medio del juicio de amparo.[102] La misma Suprema Corte tenía, en teoría, el conocimiento de otro instrumento de control de constitucionalidad, calificado como *controversias constitucionales* (artículo 95 de la Constitución Federal vigente de 1917),[103] pero no se utilizó en la práctica, si se toma en consideración que solamente una sola controversia constitucional fue resuelta en cuando al fondo en 1932.[104]

137. Después de varios intentos, que no cumplieron su cometido o lo hicieron parcialmente, se logró finalmente una reforma sustancial tanto constitucional como reglamentaria que entró en vigor el 18 de enero de 1988, por medio de la cual se encomendó a la Suprema Corte de Justicia la facultad exclusiva de decidir las cuestiones de constitucionalidad, en particular el juicio de amparo contra normas generales, sin modificar la estructura del Máximo Tribunal, el cual continuó funcionado en cinco Salas de cinco Ministros cada una, cuatro de ellas divididas por materias y una de carácter auxiliar. En cuanto a las controversias sobre la legalidad de las resoluciones judiciales (amparo-casación), todas ellas se encomendaron a los tribunales colegiados de circuito, los que tuvieron un crecimiento acelerado tanto en número como en especialización, esto último en las principales ciudades del

101. RABASA, Emilio; en la obra citada en la nota anterior, pp. 103-104.

102. FIX-ZAMUDIO, Héctor; "Breve Introducción al juicio de amparo mexicano"; en la obra del mismo autor; Ensayos sobre el juicio de amparo; cit. Supra nota 35; pp. 19-44.

103. Artículo 105, controversias constitucionales en el artículo 105 de la Carta de 1917, en su texto original, establecía; "Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley.".

104. FIX-ZAMUDIO, Héctor; "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo"; y "El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos"; ambos en la obra citada en la nota anterior; pp. 237-284 y 619-666, respectivamente.

país. No obstante que el Más Alto Tribunal conservó algunos aspectos casacionistas, desde el punto de vista material, se puede afirmar que se transformó esencialmente en un verdadero *tribunal constitucional,* si bien con atribuciones limitadas a los sectores del juicio de amparo en los cuales se plantearan controversias sobre constitucionalidad.[105]

138. Esta evolución se perfeccionó con las reformas constitucionales y legales de 1995, ya que las mismas, en cuanto al control de la constitucionalidad, vigorizaron la labor de la Suprema Corte de Justicia en materia de justicia constitucional, inclusive en cuanto a su estructura, ya que se redujo el número de sus integrantes, de los veintiséis anteriores, a sólo once, número reducido que caracteriza a los tribunales, cortes y salas constitucionales en nuestra época.[106] Además, en dicha reforma se extendió la competencia originaria del más Alto Tribunal en cuanto al conocimiento de las *controversias constitucionales*, las que se habían restringido en el artículo 105 original a los conflictos de competencia, para abarcar a partir de dichas modificaciones, la legitimación de los municipios para promoverlas, y se introdujeron los llamados *conflictos de atribución* entre los diversos órganos del poder tanto de los Estados, del Distrito Federal y del Gobierno Federal (excluyendo en estas últimas al Poder Judicial Federal encargado de resolver estos conflictos).[107]

105. Fix-Zamudio, Héctor; "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional"; en los libros Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema mexicano; La reforma judicial de 1986-1987; y Reformas constitucionales de la renovación nacional; Editorial Porrúa; 1987; pp. 345-390 y 495-541, respectivamente. Id. "Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano"; en la obra del mismo autor; Ensayos sobre el derecho de amparo; cit. supra nota 35; pp. 753-793.

106. En general los tribunales, cortes y salas constitucionales cuentan con un número más reducido de integrantes que los tribunales supremos de casación. El ejemplo lo ha proporcionado el sistema europeo de organismos jurisdiccionales autónomos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Así, se puede citar que la Corte Constitucional Austriaca 14 titulares y 6 suplentes; Tribunal Federal Constitucional Alemán, es el más amplio con 16 miembros; Corte Constitucional italiana, 15; Consejo Constitucional francés, 9; Tribunal Constitucional español, 12; Tribunal Constitucional portugués, 13, y Tribunal de Arbitraje Belga (que no obstante su denominación es jurisdiccional), 12. Por lo tanto el número actual de los integrantes de la Suprema Corte mexicana, es decir, 11, posee una estructura similar, ya que como se ha señalado, materialmente se ha transformado en un verdadero tribunal constitucional. Favoreu, Louis, Los Tribunales Constitucionales, trad. al castellano de Vicente Villacampa, Madrid, 1992, ver esp. cuadro sinóptico en las pp. 32-33.

107. Sobre las controversias constitucionales se ha elaborado una copiosa bibliografía, por lo que nos limitamos a citar el estudio realizado por Fix-Zamudio, Héctor, en su libro Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, México, Porrúa-UNAM,

Esta norma fundamental fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, publicada el 11 de mayo de 1995.

139. Se consagró en esta reforma de 1995 la llamada *acción (abstracta)*[108] *de inconstitucionalidad*, de origen europeo, con el objeto de que las minorías parlamentarias (33% de cada Cámara Legislativa), pudiesen impugnar las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría tanto de las Cámaras del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales. También se legitimó al Procurador General de la República para interponer dicha acción. Una nueva reforma publicada el 22 de agosto de 1996, a la fracción I, del mencionado artículo 105 constitucional, otorgó legitimación a las dirigencias de los partidos políticos registrados para combatir las disposiciones legislativas en materia electoral, y finalmente, en una modificación constitucional muy reciente, publicada en 2006 al citado artículo 105 de la Carta Federal, también se facultó a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos, para interponer dicha acción contra normas generales de carácter federal que en su concepto pudiesen violar derechos fundamentales, y una atribución similar se confirió a las Comisiones Locales de Derechos Humanos para interponer dicha acción en sus respectivas esferas de competencia. Dicha acción fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Carta Federal, citada en el párrafo anterior (artículos 64-70).[109]

2005, pp. 209-230 y los autores allí citados. También conviene referirse al estudio más reciente sobre esta materia, es decir el de Ferrer MacGregor, Eduardo, "La Suprema Corte de Justicia de México (de tribunal de casación a tribunal constitucional)", en el libro Problemas actuales del proceso iberoamericano, Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga, España, Servicio de Publicaciones del Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2005, tomo I, cit. pp. 541-559. En cuanto a las controversias constitucionales señala que a partir de 1995 hasta 2004 se habían presentado 873 p. 548.

108. Sobre el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad mencionada, puede consultarse el documentado estudio del joven y brillante jurista español Brage Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, México, UNAM, 2000, (2ª. ed, 2004), pp. 51-59.

109. También es extensa la producción bibliográfica sobre la acción de inconstitucionalidad, por lo que sería muy difícil citarla en esta oportunidad, y por ello también mencionaré únicamente el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor citado en el libro mencionado en la nota 106, con la bibliografía allí citada, pp.231-246. En el estudio reciente de Ferrer MacGregor, citado también en la nota anterior, se señala que se han interpuesto ante la Suprema Corte de 1995 a 2004, 222 acciones de inconstitucionalidad, p. 547. Consideramos útil citar el libro reciente de la Ministra de la Suprema Corte de Justicia Sánchez-Cordero y García Villegas, Olga, Magistratura Constitucional en México. Elementos de juicio, México, UNAM, 2005;

140. Es necesario señalar que las decisiones pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia en las controversias constitucionales y en las acciones de constitucionalidad, cuando son estimatorias y tengan la aprobación de ocho de los once magistrados que la integran, *tienen efectos generales para el futuro, y por ello no tienen carácter retroactivo, salvo cuando son favorables en la materia penal,* en el supuesto de que se impugnen normas generales (artículos 42-45,72 y 73 respectivamente, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

141. Por el contrario, no obstante que la doctrina ha insistido desde hace bastante tiempo para que se le otorguen efectos generales al juicio de amparo contra disposiciones legislativas, como ya se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos en relación con la impugnación de normas generales,[110] este propósito todavía no se ha logrado, debido

Zaldívar, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a Propósito de la reforma constitucional de 14 de septiembre de 2006", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 7. México. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 7, enero-junio de 2007, pp.233-241.

110. Fix-Zamudio, Héctor; varios estudios entre los que pueden mencionarse: "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo"; aparecido primero en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 10-11, México; enero-agosto de 1971, pp. 53-98, y posteriormente incorporado el libro del mismo autor, Ensayos sobre el derecho de amparo; cit., supra nota 35; pp. 183-226; Id. "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad," publicado primeramente en Revista de la Facultad de Derecho de México; Núm. 11; septiembre-diciembre de 1979; pp. 64-694, y posteriormente en el libro La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; 1984, pp. 439-493; Id. "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el libro del mismo nombre; México, UNAM; 1977; reproducido en la obra Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos; México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa; 1988, pp. 131-154; Id. "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, núm. 8, México, 2001, pp. 89-155; Id."La declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo y el juicio de amparo mexicano", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 87-142; Castro, Juventino, V. Hacia el amparo evolucionado, 2ª. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44: Vallarta Plata., José Guillermo, "El poder judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad", en la obra Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos, citado en esta misma nota, pp. 169-186; Aguilar Álvares y de Alba, Horacio, El amparo contra leyes, México, Trillas, 1989, pp. 109-128; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, "La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano", en Ars Iuris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, Núm. 6, 1991, pp. 49-72.

a que tradicionalmente se ha invocado la llamada "Fórmula Otero", redactada por Mariano Otero en el artículo 25 del documento llamado "Acta de Reformas" de 1847 (a la Carta Federal de 1824), que a su vez se inspiró en el libro clásico de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América del Norte*, en el capítulo relativo al poder judicial de los Estados Unidos, en el cual ha imperado el control difuso, de acuerdo con el que todos los jueces, con independencia de su jerarquía tienen la obligación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo VI de la Carta Federal, de desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legislativas, cuando sean contrarias a la misma Constitución. Esta redacción fue incorporada a las Constituciones Federales de 1857 (artículo 102) y a la vigente de 1917 (artículo 107, fracción II).

142. Si bien no se ha logrado su aprobación por parte del órgano de reforma constitucional (artículo 135 de la Carta Federal, aprobación de las dos Cámaras del Congreso de la Unión por mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes y la mayoría de las legislaturas de los Estados), se ha presentado una iniciativa reciente por senadores de varios partidos, con apoyo en las modificaciones constitucionales y legales del proyecto aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001, que incluye una propuesta de nueva Ley de Amparo, reglamentaria de estos cambios, el principal de los cuales es, por supuesto, la largamente esperada declaración general de inconstitucionalidad, que como ya se ha expresado (ver *supra* párrafo 92), se ha establecido en las sentencias estimatorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con las controversias constitucionales, cuando se impugnan normas generales y de la acción abstracta de inconstitucionalidad, pero ahora se aplicaría también en los juicios de amparo contra disposiciones legislativas.

143. En los proyectos tanto de reformas constitucionales como de una nueva Ley de Amparo no se proponen cambios sustanciales o al menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de constitucionalidad con efectos generales para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la Carta Suprema. Debido a que ha sido tradicional y prolongada la aplicación absoluta de la llamada fórmula Otero, no se propone su supresión sino exclusivamente su modificación pero de manera prudente y moderada y casi podríamos calificarla de conservadora ya que no se cambia sustancialmente el régimen anterior.

144. Además, con el propósito de atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad, en el proyecto de modificaciones tanto constitucionales como legales se propone la introducción del instrumento bien conocido en otros tribunales y cortes constitucionales de nuestra época con el nombre de *interpretación conforme*, de acuerdo con la cual, antes de realizar la citada declaración general debe efectuarse el intento de armonizar las disposiciones generales impugnadas con la Constitución, y ello es posible, si se establece una interpretación obligatoria de acuerdo con la cual la citadas normas pueden considerarse conformes con la Carta Fundamental, como lo expresé con anterioridad.

145. Como se ha afirmado con anterioridad, tanto las propuestas de modificaciones constitucionales como las del texto del proyecto de Ley de Amparo, no podemos considerarlas como de carácter radical, ya que el régimen que se pretende introducir tiene las siguientes modalidades (artículos 230 a 233 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo):

146. a) En primer término la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de lo que hemos calificado como *acción de inconstitucionalidad*, es decir aquella que se interpone directamente contra los actos de expedición, promulgación y publicación de las normas legislativas y se señalan como autoridades demandas a aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo, el cual tiene dos instancias, la primera ante un juez de distrito y la segunda por conducto del calificado como recurso de revisión (en estricto sentido de apelación) ante la Suprema Corte, la que dicta la sentencia definitiva y firme, y b) por tanto, no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de cuestión de inconstitucionalidad del llamado amparo directo o de una sola instancia contra resoluciones judiciales, cuya decisión final corresponde a los tribunales colegiados, que en ocasiones admiten una segunda instancia ante la Suprema Corte, debido a ello es posible concebir a este sector como recurso de inconstitucionalidad, por lo que respecto de dichos juicios contra resoluciones judiciales se mantendría la mencionada fórmula Otero, en cuanto a la desaplicación de normas generales en cada caso concreto y con efectos sólo entre las partes.[111].

111. Fix-Zamudio, Héctor; Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano; cit. supra nota 106; pp. 267-268 y 294-295.

V. Los derechos humanos constitucionales internos de fuente internacional

147. Hemos señalado anteriormente el desarrollo que ha llevado a los ordenamientos de Iberoamérica al reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en un nivel superior al derecho interno, en varios niveles, inclusive el constitucional o inclusive sobre las mismas Cartas Fundamentales. Además de lo anterior se puede afirmar que de manera indirecta se ha producido un reconocimiento generalizado del nivel constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales sobre esta materia, es decir del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, en virtud de que al ser incorporados formalmente a los ordenamientos nacionales, una vez ratificados por el órgano ejecutivo nacional y aprobados legislativamente, se comparan como parte integrante del propio ordenamiento interno en su carácter de *derechos humanos de fuente internacional.* En estas condiciones el derecho nacional de los derechos humanos comprende los establecidos en el ámbito interno por las Constituciones y las leyes, y además por aquellos establecidos en los tratados internacionales de esta materia, cuando han sido incorporados por medio de los procedimientos constitucionales establecidos en las Leyes Fundamentales de los ordenamientos internos.[112]

148. El resultado de esta incorporación o integración en los ámbitos nacionales, además de los derechos propios, que como hemos visto, han evolucionado de manera considerable en amplitud y profundidad en Iberoamérica, es la formación de un conjunto de derechos humanos muy amplio y diversificado. Pero otra consecuencia de esta integración ha sido la vinculación de la justicia constitucional con la de carácter internacional, en virtud de que el *sector de los derechos humanos internos de fuente internacional son* del conocimiento común de ambas esferas, ya que en el ángulo nacional es el que tiene la función esencial de tutelar el conjunto total de los derechos fundamentales, y una vez agotadas estas instancias, los organismos internacionales poseen la función *subsidiaria o complementaria* de proteger los derechos de fuente internacional, que son los mismos consagrados en los tratados internacionales, por lo que ambos organismos coinciden en este

112. Fix-Zamudio, Héctor; "Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica"; en la obra editada Derecho Constitucional para el siglo XXI; tomo I; cit. supra nota 3; pp. 1727-1745.

aspecto, pero desde diversas perspectivas. El resultado de esta combinación es la vinculación de interpretaciones, y por tanto *cada vez es más frecuente que la jurisprudencia y los precedentes de los organismos internacionales sean utilizados por los tribunales nacionales en la solución de los conflictos que se les someten, por la violación de los citados derechos humanos de fuente internacional.*

VI. Las relaciones entre en los tribunales, cortes y salas constitucionales con los organismos de carácter internacional, en la solución de controversias constitucionales, particularmente en el campo de los derechos humanos

149. Uno de los temas que ha sido analizado con frecuencia y profundidad en los últimos años es la relación entre dichos organismos y los de carácter internacional.[113] No debe perderse vista que los organismos internacionales sólo poseen una *función complementaria y subsidiaria* respecto de la protección jurídica de los derechos fundamentales por parte de los Estados Nacionales, los que tienen encomendada esencialmente la protección y desarrollo de los propios derechos. Por otra parte, los tribunales internacionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos o de las normas generales de los ordenamientos internos, ya que esa función corresponde de manera exclusiva a los organismos jurisdiccionales nacionales, en cuanto los primeros sólo tienen la facultad de decidir si dichos actos o normas generales están de acuerdo, o por el contrario, infringen las disposiciones de los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados respectivos.

150. Al respecto, la doctrina ha señalado que las decisiones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional, no sólo influyen en los

113. Fix-Zamudio, Héctor; "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales, aparecido originalmente en la obra Transnacional Aspects of Procedural Law; Internacional Asociación of Procedural Law. X World Congress of Procedural Law, Taormina; Italia; 17-23 September 1995, General Reports, Universitá di Catania Giuffré Editores; Milano; 1998; pp. 181-311; reproducido en la obra del mismo autor, Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 622-636.

casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno,[114] sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se ha aplicado cada vez con mayor frecuencia por lo organismos jurisdiccionales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes.[115]

114. Ruíz Miguel, Carlos; La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tecnos, Madrid; 1997; BUERGENTHAL, Thomas, "Internacional Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication", en la obra Recht. zwischen Umbrach und Bewarung Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin-Heilderberg, 1995, pp. 687-703.

115. CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en la obra El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 233-270; Id. (Editor); A Incorporacao das Normas Internacionais de Protecao dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Comisión de la Unión Europea, 1996. Debe tomarse en cuenta que inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha sido renuente a la utilización de precedentes judiciales extranjeros o internacionales, algunos de sus magistrados han reconocido la universalidad de los derechos humanos, como se observa en algunos fallos recientes, de acuerdo con lo que señala el jurista norteamericano Fine, Toni M., "El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, trad. de Rodolfo Béjar, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional núm. 6, julio diciembre de 2006, pp. 327-367; Silva García, Fernando, en su libro, Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales, Porrúa, México, 2007, quien hace un amplio análisis de la influencia de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter regional en el ámbito nacional, ya que dicha documentada obra tiene como subtítulo la denominación de Efectos de las sentencias internacionales, pp. 130-199, y un amplio capítulo, el Cuarto, denominado "Tribunales Constitucionales y jurisdicción regional sobre derechos humanos: jurisprudencia constitucional inconvencional", pp. 254-321; Drzemczewski, Andrew, European Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study Clarendon Press, Oxford Inglaterra, 1997. Este autor, no obstante que su documentada obra no tiene una gran extensión (372 pp.), realiza un estudio comparativo de numerosos países de Europa, entre ellos el Benelux y Francia; Austria, la República Federal de Alemania, Lichtestein y Suiza; los países escandinavos: Grecia, Italia, Portugal, España y Turquía,: así como Chipre, Irlanda, Malta y el Reino Unido, sobre la forma de aplicar los derechos de la Convención de Roma en el ámbito interno, y en sus conclusiones señala la necesidad de armonizar y uniformar dicha aplicación, ya que existen diversas modalidades y matices en la misma.

151. Si nos concentramos en la jurisdicción constitucional latinoamericana, se puede afirmar que todos los Gobiernos de nuestra región se han sometido expresamente, de manera general y permanente a la competencia contenciosa de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, si se toma en consideración, por otra parte, que ni los Estados Unidos ni Canadá han ratificado la Convención Americana y están muy lejanos de hacerlo y con mayor razón someterse a la competencia contenciosa del citado Tribunal, con toda razón podemos calificarla como *Corte Latinoamericana de Derechos Humanos*. Por este motivo, se puede afirmar que la jurisprudencia del mencionado organismo jurisdiccional internacional, en primer término, y en segundo los criterios sustentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aplican de manera constante y cada vez con mayor frecuencia por los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional latinoamericana, en su creciente labor de proteger los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados de la Región.[116]

152. En la actualidad veintiún países de los veinticinco que han ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana los que se citan por orden alfabético y el año de ese reconocimiento: *Argentina* (1985); *Barbados* (2000); *Bolivia* (1993); *Brasil* (1998); *Colombia* (1985); *Chile* (1990); *Costa Rica* (1980); *Ecuador* (1995); *El Salvador* (1995); *Guatemala* (1987); *Haití* (1998); *Honduras* (1981); *México* (1998); *Nicaragua* (1991): *Panamá* (1990); *Paraguay* (1993); *Perú* (1981); *República Dominicana* (2000); *Suriname* (1987); *Uruguay* (1985); y *Venezuela* (1985). Debe hacerse la acla-

116. Fix-Zamudio, Héctor; México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; segunda edición; México, Comisión Nacional de Derechos Humanos; 1999; Id. "Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en la obra La jurisdicción constitucional en Iberoamérica; cit, supra nota 6; pp. 163-224; Id., "La Corte (Interamericana de Derechos Humanos", en la obra coordinada por José Ovalle Favela, Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados, México, UNAM, 2006, pp. 463-522., Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional.)" García Ramírez, Sergio, "El futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, y Hitters, Juan Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Veinte años de vigencia), los tres estudios aparecidos en la obra Derecho Procesal Constitucional, cit. supra nota 56, tomo II, pp.1571-1585; 1587-611; y 1647-1683, respectivamente, y Brewer Carías, Allan R., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2006, núm, 6, pp. 29-78.

ración que Trinidad y Tobago se había sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en 1981, pero denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998 y, después de haber transcurrido el año que establece el artículo 78 de la citada Convención, actualmente ha quedado sin efecto ese reconocimiento.[117]

153. La doctrina ha hecho mención de la tendencia creciente en los ordenamientos latinoamericanos para la aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, de manera preferente la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[118] pero también debe tomarse en consideración que la propia Corte Interamericana ha tomado en cuenta el derecho interno de los ordenamientos latinoamericanos para las decisiones y opiniones que ha pronunciado,[119] lo que significa, como se ha señalado con anterioridad, que existe una influencia constante y recíproca entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional, especialmente de la Corte Interamericana.[120]

117. Cfr. Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a junio de 2005), San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana, 2005.

118. La jurisprudencia actual de la Corte Interamericana tanto en Opiniones Consultivas como en decisiones jurisdiccionales de fondo es considerable, y al respecto puede consultarse el documentado estudio coordinado por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez, actualmente Presidente del propio tribunal, intitulado La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 volúmenes, el primero aparecido en 2002, pero actualizado, en la segunda edición, México, UNAM, 2006, que contiene los criterios sustentados por ese Tribunal Internacional desde el inicio de sus funciones a finales de 1979 hasta diciembre de 2005. En dicha obra también puede consultarse el cuidadoso análisis realizado por el mismo García Ramírez y Toro Huerta, Mauricio Iván del, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia", Vol II, pp. XI-LXXXII, También es muy útil la consulta de la obra colectiva La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo (1979-2004), que contiene estudios elaborados por los jueces de dicho Tribunal y publicado por el mismo en San José, Costa Rica, 2005, así como un extenso análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de acuerdo con las materias respectivas, "Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1979-2004", pero se le agregó al final los propios criterios hasta junio de 2005, pp. 523-1228.

119. En cuanto a las segundas debe tomarse en cuenta el excelente estudio realizado por el distinguido internacionalista, que también fue Presidente y Juez del citado tribunal, Gros Espiell, Héctor, "Algunas cuestiones relativas al derecho interno en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 349-371.

154. Aun cuando no con la misma intensidad podemos señalar que también han tenido influencia en los organismos jurisdiccionales internos de Latinoamérica los criterios establecidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que son numerosos los países de nuestra Región, México entre ellos, que han ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y por tanto se han sometido a las recomendaciones de dicho Comité inclusive en cuanto a las reclamaciones individuales, y además deben destacarse los criterios generales que en varios aspectos ha establecido dicho organismo,[121] que si bien no puede considerarse como jurisdiccional en sentido estricto, sí posee funciones parajudiciales de instrucción, en cierta manera similares a las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su atribución de formular recomendaciones.[122]

155. Sería complicado realizar un estudio minucioso, de los numerosos ejemplos, que se acrecientan progresivamente, de sentencias pronunciadas por los tribunales internos, particularmente los especializados en la solución de conflictos de constitucionalidad, que invocan los criterios de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte, Interamericanas de Derechos Humanos, para fundamentar sus decisiones. Por ello nos limitaremos a proporcionar algunos ejemplos significativos, y podemos afirmar que entre los principales países

120. Cfr. el minucioso estudio del conocido jurista venezolano Ayala Corao, Carlos M., quien fuera miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional". Con un planteamiento similar puede consultarse el análisis del jurista mexicano Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", ambos trabajos publicados en la obra Derecho Procesal Constitucional, cit. supra nota 56. El primero publicado en el Vol II, de dicha obra, pp. 1471-1531. Además debe tomarse en cuenta el minucioso y exhaustivo estudio elaborado por el conocido constitucionalista chileno Nogueira Alcalá, Humberto, "Los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del Derecho: doctrina y jurisprudencia", en Revista Peruana de Derecho Público, Núm. 12, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006, pp. 67-104.

121. Cfr. Una reproducción en castellano de criterios generales del Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Opcional del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, puede consultarse en la obra compilada por Carbonell, Miguel: Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Carla, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 255-344.

122. STEINER, Henry J.; "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for Human Rights Committee?"; en la obra The Future if Human Rights Treat Monitoring; editada por Philip Alston y James Crawford, Oxford University Press; 2000; pp. 15-53.

que han seguido esta práctica destacan Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica,[123] Guatemala,[124] Perú y Venezuela, entre otros.

156. Por lo que se refiere a los tribunales mexicanos se han quedado rezagados en esta aplicación, aun cuando recientemente la Suprema Corte de Justicia, ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los criterios de la Comisión. Sin embargo se advierte la preocupación del más alto organismo jurisdiccional mexicano por incrementar esta práctica por parte de los jueces y magistrados federales y con la colaboración de la Corte Interamericana, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ha organizado varios cursos dedicados a los juzgadores federales sobre el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el ámbito interamericano, para lograr un mayor conocimiento entre ellos de esta importante materia, por lo que es de esperar que en un tiempo corto se incremente la utilización de tales criterios y jurisprudencia interamericana por parte de los jueces mexicanos.

157. Constituye un elemento muy significativo la importancia que asume la aplicación de criterios de la Corte y la Comisión Interamericanas, así como las de otros organismos internacionales, en los derechos internos de los países de nuestra región. Dentro de esta evolución debe destacarse la muy reciente aparición de la publicación periódica *Diálogo Jurisprudencial*, que lleva el subtítulo *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*,[125] que contiene el análisis de varias sentencias significativas en las cuales varios tribunales internos latinoamericanos, la mayoría de ellos especializados en la solución de conflictos constitucionales, han aplicado dichos criterios, inclusive en algún fallo de la Corte Suprema de Barbados. Todo ello nos indica el creciente interés de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas en esta esencial materia, por lo que es factible que aumente en un futuro próximo la

123. NAVARRO DE VALLE, Hermes; Derechos Humanos y Sala Constitucional; San José, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América; 1996. En el índice analítico, el autor señala los numerosos preceptos de los instrumentos internacionales que han sido aplicados directamente hasta ese momento por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

124. COLMENARES, Carmen María; "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de Guatemala; en la obra Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional; número 5; pp. 67-90.

125. México, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung.

aplicación de la jurisprudencia y los precedentes de los organismos que integran el sistema interamericano, por parte de los jueces y tribunales de nuestra región.

158. La doctrina latinoamericana ha invocado para considerar obligatorias tanto la jurisprudencia de la Corte como los precedentes de la Comisión Interamericanas, el texto del artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por todos los países de nuestra Región, según lo hemos dicho con anterioridad, precepto que dispone:[126]

> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° (que se refiere a la obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades constados por dicha Convención) no estuviese ya garantizado por medidas legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas y *de otro carácter* (en esta última frase quedaría comprendida la jurisprudencia y los precedentes de la Corte y la Comisión), *que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.* (El subrayado es mío).

159. No es aventurado estimar que en un tiempo corto se convierta en actividad constante de los organismos jurisdiccionales especializados en la decisión de conflictos constitucionales, la utilización de la jurisprudencia de la Corte y los precedentes de la Comisión Interamericana en sus resoluciones, en virtud de que como se ha reiterado en el curso de este breve ensayo, tanto los órganos internos como los interamericanos deben resolver sobre la constitucionalidad, los primeros, y sobre el carácter internacional, los segundos, respecto de la tutela de los mismos derechos, si bien lo hacen con un enfoque diverso, pero sobre la misma materia.

126. AYALA Corao, Carlos; "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional"; cit. supra nota 119; pp. 624-636.

VII. Necesidad de establecer procedimientos internos para regular el cumplimiento de los fallos y las recomendaciones de las cortes y de las comisiones internacionales de derechos humanos

160. Por lo que respecta a la legislación constitucional y reglamentaria de España y Portugal, no se ha expedido una regulación especial sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en cuanto estuvo en funcionamiento (1954-1999), así como de las recomendaciones de los Comités de las Naciones Unidas que tienen la facultad de recibir y tramitar reclamaciones individuales, en especial del Comité de Derechos Humanos, y particularmente de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Debe destacarse que en las Cartas Fundamentales de estos países, como hemos visto con anterioridad, se otorga jerarquía superior al derecho internacional sobre la legislación interna, y los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otras convenciones internacionales reconocidas por dichos países.

161. Sin embargo, la doctrina ha señalado que han existido en los países europeos algunas dificultades y controversias en la aplicación de dichas recomendaciones y sentencias, por lo que sería preferible que en los ordenamientos europeos, particularmente en España, se expidieran legislaciones específicas sobre la ejecución de estas decisiones internacionales, que sólo se han establecido en pocos países de Europa Continental.[127]

162. Debe señalarse que los ordenamientos latinoamericanos, con pocas excepciones, no han expedido normas internas específicas para regular el cumplimiento de las recomendaciones aceptadas de la Comisión Interamericana (que al ser aceptadas se convierten en obligatorias para los Estados respectivos), así como las resoluciones de la Corte Interamericana, que son imperativas de acuerdo con lo establecido por el artículo 61.1 de la Convención Americana, el cual establece que: "*Los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*

127. Cfr. Como ejemplos puede citarse los documentados estudios de Ruiz Miguel, Carlos, La Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cit. supra nota 113, y Barkhuysen Tom, Emmerik, Michel y Kempen, Piet, (compiladores), The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in The National Legal Order, La Haya, Martinus Nitjhoff Publishers, 1999.

(...)." (El subrayado es mío). Lo anterior significa que los Gobiernos a los cuales se dirigen las sentencias condenatorias de la Corte deben cumplir de la manera más expedita posible los fallos del citado Tribunal así como las reparaciones correspondientes, que no sólo implican actualmente indemnizaciones pecuniarias sino también otros medios o instrumentos de reparación, de acuerdo con la evolución que ha tenido esta materia en la jurisprudencia de la propia Corte.[128]

163. Si se pasa una revista a la legislación latinoamericana podemos señalar que son muy escasas las normas en esta fundamental materia, pero en cuanto a estas disposiciones legislativas se pueden destacar: a) Perú, país en el cual se ha desarrollado con mayor amplitud esta materia; b) Colombia; y c) muy recientemente el ordenamiento mexicano. Además se han presentado varias iniciativas sobre disposiciones legislativas en esta dirección, lo que indica la creciente preocupación de los ordenamientos de Latinoamérica para regular de manera específica el cumplimento de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internaciones de protección de los derechos humanos.[129]

164. a) Por lo que respecta a *Perú*, se deber tomar en consideración que el artículo 205 de su Carta Fundamental vigente de 1993 (que tiene su antecedente en el artículo 305 de la Constitución anterior de 1979), dispone que: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organis-

128. AGUIAR A., Asdrúbal; "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos"; Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José, Costa Rica; número 17; enero-junio de 1993; pp. 9-46; FIX-ZAMUDIO, Héctor; "La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; en la obra La responsabilidad patrimonial del Estado; México, Instituto Nacional de Administración Pública; 2000; pp. 205-242. Más recientemente, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones"; en la obra La Corte Interamericana de Derechos Humanos; Un cuarto de siglo: 1979-2004"; cit.. supra nota 117; pp. 1-85.

129. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises; "El marco jurídico e institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; análisis que no obstante su título, tiene carácter comparativo y abarca también otras legislaciones y proyectos latinoamericanos sobre esta materia. Este artículo fue presentado como Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, celebrado del 23 al 26 de mayo de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, organizado por éste y por el Instituto Luso-Americano de Derecho Internacional, cuya memoria se encuentra actualmente en prensa.

mos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú es parte."

165. Originalmente el mencionado precepto fundamental de la Constitución de 1993 estaba reglamentado por los preceptos de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982, con fundamento en la Carta de 1979, y que sufrió varias reformas con motivo de la actual Carta Fundamental de 1993, ordenamiento legislativo que estuvo vigente hasta hace poco tiempo. El Título V de dicha Ley intitulado *De la Jurisdicción Internacional*, contenía varias disposiciones, entre las cuales destacaba la contenida en el artículo 40, el cual *en esencia establecía que la resolución de los organismos internacionales a cuya jurisdicción obligatoria se hubiese sometido el gobierno peruano no requería para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión o examen previo alguno.* "[130]

166. Sin embargo, recientemente se sustituyeron los preceptos anteriores por la Ley 27,775 publicada el 7 de julio de 2002 que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales estableciendo dos tipos de procedimiento: el primero, para la ejecución del fallo que ordena el pago de una suma determinada, y el segundo, para la entrega de una cantidad por determinar. Además, el citado ordenamiento establece un procedimiento abreviado para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, si el fallo contiene declaración de que la parte afectada ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado como consecuencia del juzgamiento internacional.

167. El artículo 8°, dispone que para el pago de suma por determinar, el procedimiento para fijar la reparación patrimonial, así como el monto indemnizatorio, las partes (el Estado demandado y el particular afectado), podían acudir al arbitraje. El artículo 5° regula el derecho de repetición, de acuerdo con el cual, una vez que se establece la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procedimiento internacional, el Estado está facultado para iniciar el proceso judicial respectivo con el objeto de obtener la reparación de daños y perjuicios. Un precepto significativo del citado ordenamiento es el que establece el procedi-

130. El mismo precepto establecía, además, que: "La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos vigentes sobre ejecución de sentencias"

miento de las llamadas *medidas provisionales,* (precautorias o cautelares), que deben ser cumplidas por el juez peruano dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del recibo de la declaración respectiva.

168. También recientemente, además de los anteriores preceptos, deben tomarse en consideración como marco general en esta materia, los artículos 114 a 116, del vigente *Código Procesal Constitucional* publicado el 31 de mayo de 2004, que establece los principios básicos sobre la competencia de los organismos internacionales, entre los cuales se mencionan al Comité de Derechos Humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos y a aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por los tratados internacionales que obliguen al Perú (artículo 114). Aquí se advierte la omisión no corregida en el nuevo ordenamiento, respecto a las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa fue reconocida expresamente por el Perú desde 1981. Además se establece la ejecución inmediata de las resoluciones internacionales,[131] así como la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de proporcionar documentos y antecedentes a los citados organismos internacionales, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional sea necesario para su ilustración y para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (artículo 116).

169. Por otra parte, si bien sólo a nivel reglamentario, la extensa legislación anterior ha sido desarrollada por los decretos supremos 014 y 015 expedidos por el Ejecutivo en diciembre del año 2000, por los cuales se establece el procedimiento para el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, el cual se tramita ante la Comisión Especial de Seguimiento, en consulta con el Presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos, ya que a dicha Comisión le corresponde la vigilancia de las resoluciones internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos. Estas disposiciones fueron

131. El artículo 115 de dicho ordenamiento dispone al respecto: "Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente de conformidad con lo previsto por la Ley número 27,775 (mencionada el texto), que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales".

complementadas por el decreto supremo 005-2002-JUS publicado el 26 de febrero de ese año, por el cual se conformó la Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas al comunicado conjunto, suscrito el 22 de febrero de 2001 entre el gobierno peruano y dicha Comisión Interamericana.

170. b) Otro ordenamiento latinoamericano que ha legislado sobre esta materia es *Colombia*, por conducto de la Ley 288 publicada el 8 de junio de 1996, en la cual se establecen instrumentos específicos para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas por determinados organismos internacionales de derechos humanos en beneficio de las víctimas de violaciones de tales derechos. Si bien el artículo 2º de este ordenamiento se refiere únicamente al Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con una interpretación evidente por mayoría de razón de dicho precepto, se deben incluir también las sentencias de la Corte Interamericana ya que el gobierno colombiano se sometió expresamente a su jurisdicción, de manera permanente desde 1985.

171. Por lo que se refiere al *ordenamiento mexicano*, se creó muy recientemente un instrumento para garantizar la *responsabilidad patrimonial, directa y objetiva* tanto del gobierno federal como los de las Entidades Federativas, la que se estableció por una reforma constitucional que fue desarrollada en su Ley Reglamentaria, en la cual se establecieron las disposiciones relativas al procedimiento para el cumplimiento de las indemnizaciones establecidas por las recomendaciones aceptadas y por las sentencias de los organismos internacionales reconocidos por el Gobierno mexicano.[132]

132. Debe hacerse notar que el régimen moderno de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado se ha establecido en varios ordenamientos latinoamericanos. Hernao, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado de Colombia", en la obra Responsabilidad del Estado, Tucumán, Argentina, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, UNSTA, 1982; Greiff, Gustavo de, "Aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano a la prestación del servicio público de salud"; Cambier, Beltrán, "La responsabilidad del Estado en Argentina"; y Subiré, Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina", estos dos últimos en la obra La responsabilidad patrimonial del Estado, cit. supra nota 148, pp. 105-182.

172. Debido a las constantes y permanentes gestiones del conocido jurista mexicano Álvaro Castro y Estrada,[133] se logró que el Congreso de la Unión aprobara la reforma del artículo 113 de la Constitución Federal, así como la modificación del título V de la misma Carta Fundamental, el que actualmente se intitula "De las responsabilidades de los servidores públicos y *patrimonial del Estado.*" (El subrayado es mío). El texto del citado precepto fundamental dispone:

> La responsabilidad del Estado por lo daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, *será objetiva y directa.* Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. (Las cursivas son mías).

173. En la misma reforma se obliga reglamentar la responsabilidad objetiva y directa no sólo al Congreso de la Unión en materia federal sino también a las legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha modificación constitucional, la que fué publicada el 31 de diciembre de 2001, para entrar en vigor el primero de enero de 2002, pero el cumplimiento de esta *vacatio legis* ha sido muy errático, si se toma en cuenta que la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado se publicó con un año de retraso, es decir el 31 de diciembre de 2004 y con entrada en vigor el primero de enero de 2005, y las de carácter local se encuentran todavía en tramitación, por lo que han incurrido en omisión legislativa. Debe tomarse en consideración que la elaboración de las disposiciones legislativas correspondientes no resulta sencilla debido a que la complicación de la materia obliga a los legisladores a hacer reformas a varios ordenamientos vigentes para adecuarlos a los nuevos preceptos fundamentales.

174. La responsabilidad objetiva y directa es una novedad en nuestro ordenamiento, por el rezago en que se había incurrido en esta materia, si se compara con otras legislaciones latinoamericanas. En efecto, durante muchos años se había seguido el sistema tradicional que se consagraba en los Códigos Civiles, Federal y de las Entidades Federativas, el cual era un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter subsidiario, ya que los afectados debían seguir primeramente un proceso civil ordinario con-

133. Cfr. Nueva Garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado, México, Porrúa, 2007.

tra los funcionarios o empleados que consideraran responsables de los daños y perjuicios que los mismos les habían causado y únicamente en el caso de insolvencia de dichos empleados y funcionarios determinada en ese juicio, los interesados debían acudir a otro proceso también civil ordinario contra el Gobierno federal o local respectivo, para obtener de ellos la determinación y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.[134] La mayoría de los afectados renunciaban a la vía jurisdiccional, que era sumamente prolongada y compleja, y acudían a gestiones administrativas ante los propios gobiernos, que en la mayoría de los casos se consideraban discrecionales, y por ello generalmente resultaban insatisfactorias para los reclamantes.

175. Un pequeño paso se dio en el año de 1994, en el cual se modificaron los preceptos relativos del Código Civil Federal para sustituir la responsabilidad subsidiaria del Estado, por una carácter solidario entre este último y los funcionarios y empleados responsables, y además en el mismo año de 1994, se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, tanto de la Federación como del Distrito Federal. En esta modificación se estableció una *responsabilidad directa* (pero no objetiva) del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por parte de los empleados y funcionarios que hubiesen ocasionado dichos daños y perjucios. Debe tomarse en cuenta que con motivo de las reformas sustanciales al artículo 122 de la Carta Federal vigente, en el año de 1966, se otorgó una mayor autonomía al Distrito Federal, inclusive en materia legislativa para regular en forma autónoma a la responsabilidad de los Gobiernos Federal y del propio Distrito Federal.

176. Dicha responsabilidad directa introducida en 1994, únicamente podía reclamarse por los afectados, en el supuesto de que en los procedimientos de responsabilidad administrativa seguidos a empleados o funcionarios, se considerase que habían ocasionado daños y perjuicios a los particulares, éstos podrían reclamarse por los interesados ante la autoridad administrativa que los hubiese ocasionado y en el supuesto de una negativa o un pago

134. CARRILLO FLORES, Antonio; La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México, Librería de Porrúa Hermanos; 1939; pp. 217-237. Idém. "La responsabilidad del Estado en México", en el libro del propio autor; Estudios de Derecho administrativo y constitucional, cit. supra nota 67, México, UNAM, 1987, pp. 9-223; CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado", en Revista de Investigaciones Jurídicas, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 67-122.

insatisfactorio, se podía acudir ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), o bien en el caso de que se imputaran dichos daños y perjuicios a una autoridad del Distrito Federal, la vía conducente sería la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. También procedía esta reclamación ante la autoridad administrativa federal cuando una recomendación emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que hubiese sido aceptada por la propia autoridad a la que estaba dirigida, estableciera la procedencia del pago de daños y perjuicios.[135]

177. En la citada Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado que entró en vigor en enero de 2005, se introducen varios preceptos relativos al pago de indemnizaciones establecidas en las recomendaciones o en las decisiones de los organismos internacionales que se dirigen al Gobierno Mexicano. En el artículo 2° de dicho ordenamiento, relativo a la aplicación de las disposiciones de la propia Ley, se hace referencia al *cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* ya que el Estado Mexicano se ha sometido expresamente, a la competencia contenciosa de dicho tribunal el 18 de diciembre de 1998,[136] así como respecto a las *recomendaciones dirigidas a México por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si las mismas son aceptadas por nuestro Gobierno,* ya que entonces, como se ha dicho, adquieren carácter obligatorio.

178. El tercero y último párrafo del mismo artículo 2°, precisa que la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones respectivas deberán efectuarse por el ente público federal que ha sido declarado responsable, y lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de las reparaciones establecidas en los fallos jurisdiccionales de la Corte Interamericana. La Secretaría de Relaciones Exteriores será el conducto para informar de los cumplimientos respectivos tanto a la Comisión como a la Corte Interamericanas, según corresponda. Estas normas deben considerarse como un notorio avance, si tomamos en consideración, como se ha sostenido anteriormente, que son escasos los gobiernos latinoamericanos que han regulado los procedimientos específicos para hacer efectivos dichos fallos y recomendaciones, no obstan-

135. Castro Estrada, Álvaro; Responsabilidad patrimonial del Estado; México, Porrúa; 1997; pp. 51-88.

136. Fix-Zamudio, Héctor; México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; cit. supra nota 3.

te el creciente predominio en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos.[137]

179. Con independencia de la anterior legislación que todavía no ha sido coordinada con otras regulaciones internas, deben tomarse en consideración, en primer lugar, las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reformada recientemente en varias ocasiones, que atribuye a la Secretaría de Gobernación así como el Reglamento vigente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las cuales dicha dependencia debe expresamente vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente por lo que se refiere a las llamadas garantías individuales y dictar las medidas administrativas necesarias para tal efecto. Para realizar estos objetivos, se estableció por decreto de 17 de octubre de 1997 una *Comisión Intersecretarial para Atender los Compromisos Internacionales de México en materia de Derechos Humanos*, integrada por el representante de la Secretaría de Relaciones Exteriores que la presidía, y los de las Secretarías de Gobernación, de la Defensa Nacional y de Marina y como invitados permanentes, los representantes de la Procuraduría General de la República, de la Defensa Nacional y de Marina.

180. Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores estableció el 8 de mayo de 1998, la *Dirección General de Derechos Humanos* como unidad administrativa, la que funcionaba como Secretario Técnico de la mencionada.[138] La citada Comisión Intersecretarial realizó por varios años una labor importante, ya que se reunía periódicamente para formular los informes solicitados por los organismos internacionales y revisar las reservas formuladas por el Gobierno de México para revisar las que no estaban vigentes. Sin embargo en la última década del siglo XX, las labores de la citada Comisión Intersecretarial se hicieron más lentas, por lo que fue necesario que fuera restablecida el 12 de junio de 2001, ya en el período del Presidente Fox, y se le agregaron algunas atribuciones, entre las que pueden mencionarse las de

137. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes; "Jurisdicción supranacional"; en la obra coordinada por la misma autora; Derecho Procesal Constitucional; Jurista Editores; Lima; 2003; pp. 520-531.

138. De acuerdo con el citado Reglamento interior, las facultades de dicha Dirección General de Derechos Humanos, consistían en "Coordinar el análisis y preparar los informes del Gobierno de México conforme a los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos, así como preparar las posiciones de México sobre las quejas y denuncias respecto del tema de los derechos humanos".

implementar medidas eficaces para evitar las violaciones de los derechos humanos; promover la transparencia del diálogo abierto con la sociedad civil (o sea con las Organizaciones no Gubernamentales de Defensa de los Derechos Humanos); implementar el acuerdo de Cooperación Técnica con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; *cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, así como tender una invitación abierta a los mecanismos internacionales de derecho humanos para visitar México.[139]

181. Un adelanto lo constituye la publicación el 11 de marzo de 2003 en el Diario Oficial de la Federación del Acuerdo suscrito por el Titular del Ejecutivo Federal en el cual se estableció con carácter permanente la *Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos,* la cual tiene por objeto coordinar las acciones que realicen a nivel nacional e internacional las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en materia de política de derechos humanos, a fin de fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Dicha Comisión se integra por la Secretarías de Gobernación en la Presidencia, la de Relaciones Exteriores en la Vicepresidencia, y los titulares de las de Defensa Nacional, de Marina, de Seguridad Pública, de Educación Pública, de Desarrollo Social, de Salud, de Medio Ambiente y Recursos Nacionales, así como invitados permanentes a otras dependencias y a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

182. Por otra parte, existen varios proyectos de leyes específicas, con procedimientos e instituciones que se encargarían de tramitar las recomendaciones y las sentencias de los organismos internacionales en varios países latinoamericanos. Para no citar sino las más importantes podemos mencionar la iniciativa presentada ante el Senado de la Nación por el senador argentino José José A. Romero Feris el 17 de abril de 2001, para que el Congreso de su país adoptara una ley dirigida al cumplimiento en el ámbito de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los fallos de la Corte Interamericana. Dicho ordenamiento es muy breve (9 artículos), y si bien debe considerarse un adelanto en esta materia, sería insuficiente para solucionar los problemas de ejecución de dichos pronunciamientos.

139. Carmona Tinoco, Jorge Ulises; "El marco jurídico e institucional mexicano (...)"; cit. supra nota 128; pp. 45-51 del ejemplar mecanografiado.

183. El segundo proyecto, elaborado en el seno de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos establecida por el Ejecutivo Federal mexicano, en la que se ha permitido la participación de algunas organizaciones de la llamada sociedad civil, y a la que se ha hecho referencia con anterioridad, lleva como título *Proyecto de Ley General de Cooperación con los Órganos del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, y de su lectura puede concluirse que las medidas sobre dicha colaboración tienen la pretensión de regular el cumplimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana y de las sentencias de la Corte Interamericana, incluyendo las medidas precautorias solicitadas por la primera y ordenadas por la segunda, que como es obvio asumen una gran importancia para la defensa de los peticionarios y de los peritos y testigos que intervienen en los procedimientos respectivos.

184. De todo lo anterior se desprende que recientemente se ha iniciado en nuestra Región una preocupación creciente para regular el cumplimiento de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internacionales que integran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y es previsible que en el futuro próximo todos nuestros países regularán de manera específica el procedimiento para lograr de manera eficaz la cooperación y el cumplimiento con los organismos internacionales de promoción y protección de los derechos fundamentales, ya que los instrumentos tradicionales para la ejecución de las sentencias internas contra las autoridades públicas que han adquirido responsabilidad internacional, han demostrado su ineficacia en la práctica, ya que no toman en consideración las nuevas instituciones internacionales, por lo que es necesaria su regulación en el ámbito nacional por medio de instituciones y regulaciones especializadas.

VIII. Conclusiones

185. Con apoyo en los razonamientos anteriores, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones, expresadas sintéticamente:

186. *Primera.* En la segunda mitad del siglo XX, se inició un desarrollo creciente y progresivo de la influencia del derecho internacional en las normas fundamentales de las Constituciones contemporáneas, especialmente en el campo convencional, en cuanto los Gobiernos han suscrito y ratifi-

cado y además incorporado en sus ordenamientos internos, las disposiciones de los tratados multilaterales, en forma destacada en el ámbito de la protección de los derechos humanos, y en segundo término también han trascendido a los propios ordenamientos nacionales, las normas consuetudinarias generalmente reconocidas por la comunidad internacional. Se debe tomar en consideración, que el concepto de derechos humanos asume una triple dimensión en un sentido amplio, es decir, comprende no sólo aquellos en sentido propio, sino que también los que se han calificado como pertenecientes al *derecho humanitario (*que regula los derechos humanos en situaciones de conflictos externos e internos importantes), así como *al derecho de refugiados* (es decir los que tutelan a los desplazados de sus países por diversos motivos graves). Por otra parte, con el desarrollo posterior a la segunda posguerra, se modificó uno de los principios básicos del derecho internacional clásico en el cual únicamente se consideraban a los Estados como sujetos de este derecho, en cuanto se inició una nueva época en la cual se ha reconocido expresamente a *las personas individuales y a los grupos sociales* como actores directos en el actual derecho internacional público.

187. *Segunda.* Al establecerse la Organización de las Naciones Unidas al terminar la segunda guerra mundial y con motivo de las graves violaciones de derechos humanos infringidas reiterada y masivamente por los regímenes autoritarios que iniciaron dicha conflagración, esta Organización desarrolló de manera acelerada un sistema mundial de protección de los derechos humanos por conducto de resoluciones, convenciones y tratados multilaterales sobre esta materia, que se inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París el 10 de diciembre de 1948. La actividad de las Naciones Unidas se ha dirigido también a la creación de instrumentos y procedimientos para la tutela de los derechos humanos establecidos en los tratados multilaterales, tales como la Comisión, actualmente Consejo de Derechos Humanos; la Subcomisión de Derechos Humanos; diversos Comités, algunos de ellos con la facultad de recibir reclamaciones individuales y pronunciar recomendaciones a los Estados miembros, y de manera destacada la mencionada Comisión de Derechos Humanos, que además de recibir quejas individuales y formular recomendaciones, también está facultada para redactar criterios generales, en relación con los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y en vigor en 1976.

188. *Tercera.* Además de las anteriores instituciones y procedimientos, las Naciones Unidas han creado instancias jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia, como continuación de la Corte Permanente de Justicia Constitucional establecida por la Liga de las Naciones, surgida en la primera posguerra en 1919. Dicho tribunal tiene como facultad esencial resolver las controversias entre los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero en algunos casos que le son sometidos, ha pronunciado resoluciones protectoras de los derechos humanos de los habitantes de dichos Estados. Recientemente se ha creado la Corte Penal Internacional establecida en su Estatuto aprobado en la ciudad de Roma en 1998, el cual ha sido ratificado por numerosos países y entró en funciones en 2003, con la atribución esencial de enjuiciar, de manera complementaria y suplementaria, a los acusados de genocidio y otros delitos contra la humanidad, cuando los organismos internos no han podido o se han negado a hacerlo. Además, el Consejo de Seguridad de las propias Naciones Unidas ha creado otros tribunales para juzgar a los acusados de genocidio en ciertas regiones en las cuales se han cometido en forma persistente este tipo de infracciones, como los relativos a la antigua Yugoslavia y Ruanda.

189. *Cuarta.* Uno de los resultados de esta evolución del derecho internacional contemporáneo, el que ha incrementado su influencia y sus relaciones, particularmente en la tutela de los derechos humanos tanto en sentido amplio como estricto, ha sido la creación de una nueva categoría de derechos, es decir, aquellos que se califican como *derechos humanos nacionales de fuente internacional*, ya que han sido incorporados a los ordenamientos internos, por medio del reconocimiento y ratificación, los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y que tienen una fuente internacional.

190. *Quinta.* Lo anterior ha tenido como consecuencia que los tribunales, cortes y salas constitucionales, es decir, los organismos internos entre cuyas atribuciones se encuentra, en un elevado porcentaje, la protección de última instancia de los derechos humanos, se relacionen cada vez con mayor intensidad con los organismos internacionales, especialmente los de carácter jurisdiccional, no sólo por la evolución de la creciente incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos, sino por la combinación de los derechos consagrados constitucionalmente, con los de fuente internacional a los que se ha hecho mención en la conclusión anterior. Por tanto, además del derecho que tienen las personas y los grupos sociales

de acudir a las instancias internacionales una vez agotados los recursos internos, si éstos les son desfavorables, tanto los organismos internos como los internacionales, deben pronunciarse sobre la tutela de los derechos de los tratados multilaterales reconocidos por los gobiernos nacionales de manera subsidiaria y complementaria, que en el fondo son los mismos que los Gobiernos han reconocido en su ámbito interno que proceden de fuente internacional.

191. *Sexta* Estas relaciones recíprocas entre los Estados y los organismos internacionales de solución de controversias, en especial los de naturaleza jurisdiccional, ha producido que cada vez con mayor frecuencia los tribunales nacionales, especialmente los especializados en conflictos constitucionales, al resolver los mismos tomen en consideración tanto la jurisprudencia como los precedentes de dichos organismos internacionales, en cuanto interpretan los derechos internos de fuente internacional, que coinciden desde el punto de vista material con los primeros.

192. *Séptima.* Otro aspecto que se debe analizar es el de los procedimientos internos para el cumplimiento y la ejecución de las recomendaciones y de las sentencias de los organismos internacionales, ya que los procedimientos nacionales para el cumplimiento de las resoluciones contra los Estados son insuficientes para este objetivo que es relativamente reciente, y por ello resulta no sólo conveniente sino necesario, que se establezca una legislación y la tramitación específica para la efectividad del cumplimiento de los pronunciamientos de dichos organismos internacionales. Esta situación ha sido regulada sólo por algunos ordenamientos latinoamericanos, como los de Colombia, Perú y México, pero se encuentran en estudio para su aprobación en otros países de la Región varias iniciativas con proyectos de legislación, reglamentación, procedimientos y prácticas, para que puedan cumplirse de manera satisfactoria las sentencias y recomendaciones pronunciadas por los mencionados organismos internacionales.

LOS LENGUAJES ALTERNATIVOS COMO DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SENSORIAL

Christian **PAULA AGUIRRE**[1]

En el Ecuador según las estadísticas realizadas por el *CONADIS* (Consejo Nacional de Discapacidades) del total de la población, el 13,2 % son personas con algún tipo de discapacidad, es decir 1`600.000 personas. Dentro de esa cantidad, 363.000 tienen discapacidad por deficiencias visuales y 213.000 personas por deficiencias auditivas y del lenguaje[2]. En este sentido, en nuestro país existen 576.000 personas con discapacidad sensorial, los cuales por su condición tienen derechos especiales garantizados por la Constitución e Instrumentos Internacionales.

Para iniciar el análisis sobre el derecho a la libertad de expresión de las personas con discapacidad sensorial, hay contrastar los paradigmas en los cuales se han fundado sus derechos a lo largo del tiempo. Los cambios son evidentes, desde el paradigma que considera a este grupo humano como objetos de tutela frente a otro que los trata como lo que son, sujetos de derecho.

1. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho – PUCE para el período 2010.
2. CONADIS. http://www.conadis.gov.ec/estadisticas.htm#estadis. 23 de octubre de 2010.

I. Paradigmas sobre los derechos de las personas con discapacidad

I.1 Paradigma Médico-Biológico

Este paradigma se funda en la superioridad biológica, el cual sostenía que la discapacidad era producto de una enfermedad y aquellos que la poseían eran inferiores al resto de personas; en la medida en que este "déficit" provenía de la imposibilidad de la medicina para resolverlo o prevenirlo[3], las consecuencias de la discapacidad se plantearon como un "problema" que debía ser objeto de la intervención médica[4]. "El modelo médico tradicional determinó durante mucho tiempo la concepción de la discapacidad como una deficiencia que diferencia a las personas en relación con la 'normalidad' "[5]. Bajo este marco, muchas personas, en especial profesionales de la salud, han ejercido el poder de decisión sobre las vidas de millones de personas con discapacidad, ya que creyendo manejar el conocimiento y aprovechándose de él han mantenido a esta población en una posición de sumisión y subordinación[6].

Adicionalmente, este modelo estableció que las medidas para disminuir las deficiencias debían ser de manera individual[7], puesto que al considerarse a la discapacidad como una enfermedad los remedios y soluciones

3. Jiménez, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 326.
4. Jacay Munguía, Sheilah; Los Derechos de las Personas con Discapacidad; Comisión Andina de Juristas; Lima; 2005; p. 12.
5. Eroles, Carlos y Fiamberti; Hugo; Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan). Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires; p. 16.
6. Jiménez, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 327.
7. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008; p. 11.

deben ser personales más no sociales, desvinculando de cualquier responsabilidad a la comunidad, gobierno y sociedad impidiendo la deconstrucción de las barreras sociales dentro del contexto del diario vivir.

Este paradigma califica a las personas con discapacidad como *objetos de tutela* que no pueden valerse por sí mismos, por lo que necesitan asistencia social[8] y esto produjo que la supuesta protección se convirtiera en: asistencialismo, caridad y hasta piedad; que aún se puede constatar en la sociedad referente al trato hacia esta parte de la población. Debido a este contexto, surge la figura de los *Curadores*, quienes son personas de "buena voluntad" que tutelan los derechos de las personas con discapacidad y que al igual que los médicos, deciden por ellas asumiendo saber lo que les conviene[9] a sus protegidos.

Lamentablemente este modelo ha contribuido a reforzar la estigmatización, ya que se dirigió a dividir a las personas entre normales y anormales. Es así, que reflejando esta concepción se crearon algunas definiciones con carga ideológica, tales como:

Deficiencia.- "Es toda pérdida o anormalidad, permanente o transitorio de carácter psicológico o anatómico"[10].

Incapacidad.- "Es cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por una deficiencia, dentro del ámbito considerado normal para el ser humano"[11].

Minusvalía.- "Es aquella incapacidad que constituye una desventaja para una persona ya que limita o impide el cumplimiento de una función normal según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales. Representa una situación de inferioridad objetivamente analizada siendo consecuencia de

8. ZEBALLOS ARÉBLAO, Ricardo; "Inclusión social de las personas con discapacidad". Memoria del Seminario Internacional Inclusión Social de Personas con Discapacidad: Una Tarea Pendiente. La Paz; Canasta de Fondos; 2008; p. 29.
9. ZEBALLOS ARÉBLAO; Ricardo; "Inclusión social de las personas con discapacidad". Memoria del Seminario Internacional Inclusión Social de Personas con Discapacidad: Una Tarea Pendiente. La Paz; Canasta de Fondos; 2008; p. 30.
10. JACAY MUNGUÍA, Sheilah; Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lima; Comisión Andina de Juristas; 2005; p. 12.
11. JACAY MUNGUÍA, Sheilah; Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lima; Comisión Andina de Juristas; 2005; p. 12.

una deficiencia o incapacidad"[12]. Para la ONU a partir de 1993, este término significó la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás por lo que describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno[13].

Además, estas definiciones que desvalorizan a las personas con discapacidad han sido incluidas dentro de varios cuerpos jurídicos. Para demostrar lo señalado, hay que remitirse a la *ley de discapacidades ecuatoriana*, que considera a las personas con discapacidad a aquellas que poseen una "pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica o anatómica, de carácter permanente, que tengan restringida total o parcialmente, por su situación de desventaja, la capacidad para realizar una actividad que se considere normal"[14]. Esta ley hace la distinción en virtud de la "normalidad", determinando que las personas que cuentan con alguna deficiencia poseen "anormalías", demostrándose que la *lex especiales* ecuatoriana aún aplica este paradigma restrictivo de derechos.

Desgraciadamente esta concepción legal también se encuentra dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que existe una protección a la *minusvalía,* enmarcada en el presente paradigma, y se lo encuentra en el artículo 18 (Protección de los Minusválidos) del Protocolo de San Salvador, que señala lo siguiente: "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad..."[15]. Dado que el conjunto de esta norma, desde el título del artículo hasta el desarrollo del derecho, comprende la concepción de caridad hacia las personas con discapacidad, cimentando dentro de nuestro sistema regional de protección de derechos humanos el modelo médico-biológico.

Adicionalmente, la utilización en el texto del artículo 18 del Pacto de San Salvador del término minusválidos (que remite a discapacitados, expresión que también es utilizada comúnmente), "adjetiva a las personas, mini-

12. JACAY MUNGUÍA, Sheilah; Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lima; Comisión Andina de Juristas; 2005; p. 12.
13. Asamblea General de las Naciones Unidas. Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Aprobada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, resolución 48/96, 20 de diciembre de 1993. Párr. 18.
14. Ley de discapacidades. Art. 17.
15. Protocolo de San Salvador; Art. 18.

mizando su capacidad de sujetos de derechos"[16]; es así que para referirse a este grupo humano se lo hacía con la expresión "discapacitados" o minusválidos, creando una nueva categoría de personas en detrimento de la esencia de la dignidad humana. Es pertinente mencionar que esta norma quedará en inaplicación de manera tácita, en virtud de la aparición de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*[17], realizada por las Naciones Unidas, enmarcada en el *paradigma de derechos humanos* que se tratará más adelante en la presente disertación.

Así se demuestra, que en el lenguaje ideológico en la ley, crea conceptos que pueden estar cargados de discriminación. Como se ha descrito, el uso del término *minusvalía* implica el detrimento o disminución del valor de alguna cosas, pero cuando se nombra a una persona como minusválida se le está increpando que vale menos; igual cosa sucede si nos referimos hacia ellas como retardadas o impedidas[18]; y esta formación lingüística y legal sustentada en el modelo *médico-biológico*, ha sido determinante para que las personas con discapacidad sean tratadas como seres *objeto de tutela* disminuyendo su calidad de sujetos de derecho.

Por lo tanto, el evidente menoscabo a los derecho humanos que han provocado a las personas con discapacidad por parte del paradigma médico-biológico, se crearon nuevos esquemas de protección y garantía como los modelos sociales y de derechos humanos que garantizan a las personas con discapacidad como *sujetos de derecho* defendiendo así su dignidad humana.

I.2 Paradigma de Derechos Humanos

Este paradigma gira en torno a la dignidad intrínseca del ser humano y después, sólo en caso necesario, en las características médicas de la persona. Además, postula que la discapacidad no es sólo la consecuencia de una defi-

16. JIMÉNEZ, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 326.
17. Creada el 31 de diciembre del 2006 en la ciudad de Nueva York.
18. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad, Módulo 6. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 16.

ciencia en la persona, sino proviene de un conjunto de condiciones, actividades y relaciones interpersonales, muchas de las cuales están motivadas por factores ambientales. Se toma a la discapacidad como una característica intrínseca de la condición humana[19], motivo por el cual es el individuo el centro de todas las decisiones que le afectan[20], y esto se manifiesta en el lema de la reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad "nada de nosotros sin nosotros".

La frase mencionada impone el respeto a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, esto quiere decir que tienen los mismo deberes, derechos y responsabilidades que el resto de la población[21]; esta concepción no es ilógica ya que parte de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la misma que manifiesta en su artículo 1 que "todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos". El paradigma de derechos humanos como implica su nombre, es reclamar los derechos de las personas con discapacidad en vista a que gozan de los mismos derechos y bajo ninguna excusa estos pueden ser restringidos o menoscabados en razón a su condición.

En base a este paradigma se creó la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante CDPD), la cual definió el concepto de persona con discapacidad de la siguiente forma:

> Art.1: *"...Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*

19. JIMÉNEZ, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2009; p. 327.
20. JACAY MUNGUÍA, Sheilah; Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lima; Comisión Andina de Juristas; 2005; p. 12.
21. ZEBALLOS ARÉBLAO, Ricardo; "Inclusión social de las personas con discapacidad". Memoria del Seminario Internacional Inclusión Social de Personas con Discapacidad: Una Tarea Pendiente. La Paz Canasta de Fondos; 2008; p. 32.

Como se desprende de lo expuesto, la discapacidad es un hecho universal, del cual toda la población está en riesgo, debido a que no hay un ser humano "perfecto" que posea todas las suficientes habilidades para enfrentarse a la sociedad y al entorno. De este modo se desprende que el concepto de incapacidad es relativo y que es necesario contextualizarlo, ya que esta no es una condición que diferencia a las personas entre sí, sino una característica intrínseca de la condición humana[22], Por ello "es importante definir la discapacidad desde la propia vivencia, que tiene que ver con nuestras limitaciones y capacidades, que somos iguales, en dignidad y derechos junto a todas las personas; pero también con las actitudes: nuestras, de las familias y de la sociedad"[23].

Por otro lado, si bien en la Constitución ecuatoriana vigente no existe en sí una definición de personas con discapacidad, pero sus derechos están incluidos dentro del Capítulo tercero titulado como *Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria* y que en la sección sexta, desde el artículo 47 al 49, se describen los derechos en específico de las personas con discapacidad y las obligaciones estatales correlativas. También es menester señalar que como eje transversal de la Carta Magna está el principio de *no discriminación*[24], y en función del mismo en varias secciones de la Constitución, sobre derechos no exclusivos para las personas con discapacidad que no se encuentran dentro del catálogo de derechos del art.48, existen normas especiales dirigidas a estas personas que permiten su inclusión y accesibilidad en cualquier circunstancia. Ante lo mencionado se desprende que la Constitución ecuatoriana ha adoptado el modelo de derechos humanos para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

En definitiva, el paradigma de *derechos humanos* permite identificar que:

- Las dificultades de las personas con discapacidad se desprende del fracaso de la sociedad y del entorno creado por el ser humano[25].

22. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 12.
23. Carta de Paraguay; párr. 25.
24. Constitución ecuatoriana. Art. 11.2.
25. JIMÉNEZ, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 327.

- "La igualdad no se refiere solo a la formal (de jure), es necesario verificarla en la realidad (de facto) y garantizando el goce de una igualdad basada en la diferencia, lo que implica un trato diferente a lo diferente e igual a lo que es igual"[26].
- La discapacidad es un hecho universal que forma parte de toda la humanidad en distinta medida.
- La discapacidad es una característica de las personas, mas no un rasgo de distinción o una categoría de ser humano; es por ello que se elimina el lenguaje ideológico como *minusvalía* o la expresión "discapacitados" para referirse a ellos, y se los empieza a nombrar como personas con discapacidad, así se refleja a la discapacidad como un atributo accesorio a la esencia de la humanidad.
- Las personas con discapacidad son reconocidas como sujetos de derecho, los cuales tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de la población, solo que el ejercicio de los mismos es diferente.

En conclusión, el modelo adecuado para proteger los derechos de las personas con discapacidad es el de derechos humanos, ya que impone una responsabilidad al Estado y a la sociedad con el fin de eliminar las barreras que limitan el pleno ejercicio pleno de sus derechos como sujetos de derecho, ya que todas las personas en alguna medida tenemos algún grado de deficiencia física o social, lo que no representa un sustento para ser tratados como objetos de tutela y mucho menos como enfermos.

II. Libertad de expresión de las personas con discapacidad sensorial

II.1 Definición de la liberta de expresión

Para el tratadista *Ronald Dworkin*, la libertad de expresión es un derecho *moral*, es decir que es otorgado por el Estado a partir de una norma hipo-

26. JIMÉNEZ, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 327.

tética fundamental, es así que si el gobierno infringe un derecho moral, restringiéndolo entonces ha inferido un agravio al individuo, pero por otra parte si el Gobierno amplía exageradamente su ejercicio, entonces defrauda a la sociedad de un beneficio general tal como es la seguridad ciudadana la cual no hay razón para que no la tenga[27].

El derecho a la libertad de expresión, está definido y muestra sus alcances, dentro del Sistema Interamericano por tres elementos: el normativo, integrado por la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americanas sobre Derechos Humanos, y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Relatoría Especial; el jurisprudencial, constituido por las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas; y el doctrinal, compuesto por los comunicados de prensa y los informes de la Comisión Interamericana y de la Relatoría Especial, la Declaración de Chapultepec y las obras importantes autores y organizaciones en materia de libertad de expresión[28].

En el marco normativo, es vital resaltar lo contenido en el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la CADH que establece:

> *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
>
> *2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
>
> *a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
>
> *b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
>
> *3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de ense-*

27. DWORKIN, Ronald; Los Derechos en Serio. España; Ariel Derecho; Quinta reimpresión; 2002; p. 294.
28. CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). La protección de la libertad de expresión y el sistema americano. San José; Comisión Europea; 2003; p. 68.

res y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

A su vez, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión estableció que "en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas, es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"[29].

En el marco jurisprudencial, la Corte IDH en la *OC-5/85* lo definió y estableció su importancia señalando las siguientes características: es piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, es indispensable para la formación de la opinión pública, es *conditio sine qua non* para quienes deseen influir sobre la colectividad para que pueda desarrollarse plenamente. Por lo tanto, es la condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre[30].

En el marco doctrinario, la Relatoría Especial ha manifestado que "la libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación. El derecho a la libertad de expresión abarca expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole"[31].

29. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; Organización de Estados Americanos; Principio 1. Ver además. Néstor Raúl Correa Henau. La libertad de informar y sus derechos conexos; en Medios de información y Comunicación. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana; 2003; p. 37.
30. Corte IDH; La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr.70.
31. CIDH. Informa Anual de la Relatoría Especial para la Liberta de Expresión; 2000. Párr. 8.

Ante estas definiciones se desprende que el derecho a la libertad de expresión no se limita a garantizar el contenido de las opiniones y la información, y que al ser un derecho que no es exclusivo para un grupo determinado de personas, este se extiende infinitamente para todas las formas y medios que los seres humanos quieran manifestar al exterior. Es así, que el lenguaje es una forma de ejercer la libertad de expresión, y las personas con discapacidad sensorial tienen toda la facultad de ejercerlo utilizando aquel en el que se sientan más cómodos por su condición, ya que no existe ninguna limitación que les impida realizarlo.

II.2 Uso del Lenguaje Materno

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[32] es un instrumento de Naciones Unidas, que en su artículo 14, colocó por primera vez en discusión el derecho al uso del idioma como garantía dentro de los procesos en materia penal:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*[33].

La Corte IDH tomó como suyo el artículo 14 de dicho Pacto en la *OC-16/99* cuando estableció que dicha norma, a pesar de ser del Sistema Universal de Derechos Humanos, concierne también a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos[34] y en específico en la aplicación al derecho de garantías judiciales[35] o debido proceso dentro de la CADH. Además, la Corte IDH en la *OC-18/03* manifestó que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso

32. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49 del Pacto.
33. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 14.a.
34. Corte IDH El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Punto Resolutivo No. 5.
35. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8.

legal[36]. Durante estos procesos, y no exclusivamente al penal, toda persona tiene derecho en plena igualdad a varias garantías mínimas, y una de ellas es que los mismos se realicen en un idioma comprensible para los involucrados.

Ante estos precedentes se podría entender que en todas las actuaciones que las personas tengan frente al Estado, cuando este determine sus derechos, se debe utilizar un lenguaje comprensibles para ellas, ya que en caso de inutilizarlo implicaría directamente una violación a su derecho a las garantías judiciales o debido proceso conjuntamente con el derecho a la libertad de expresión.

En razón de lo expuesto cabe analizar el caso *López Álvarez Vs. Honduras* resuelto por la Corte IDH:

A principio del año 2000 el director del Centro Penal de Tela prohibió a la población *garífuna* recluida en dicho penal, en la que se incluía el señor Alfredo López Álvarez, hablar *garífuna*, su lengua materna, con los demás reclusos que la conocían y con las personas que lo visitaban[37]. Este Señor estuvo privado de la libertad por seis años y cuatro meses, tiempo durante el cual se le prohibió hablar su idioma materno, *garífuna*, lo que afectó su dignidad integral personal, y le causó daños inmateriales[38].

La Corte IDH en el caso expuesto, estableció que la prohibición de utilizar el idioma en el que se expresa una minoría reviste especial gravedad, ya que el idioma materno representa un elemento de identidad por lo que su vulneración menoscaba la dignidad personal de la persona como miembro de dicho grupo[39]. Con respecto a la lengua, la Corte definió "que es uno de los

36. Corte IDH Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; párr. 124; Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Pár. 27.
37. CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). Herramientas para la Protección de los derechos Humanos Sumario de Jurisprudencia Igualdad y no Discriminación. Buenos Aires, CEJIL; 2009; p. 110.
38. CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). Herramientas para la Protección de los derechos Humanos Sumario de Jurisprudencia Igualdad y no Discriminación. Buenos Aires; CEJIL; 2009; p. 111.
39. Corte IDH Caso López Álvarez Vs. Honduras; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14. Pár.169, 172, 173 y 174.

más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura"[40].

Sobre este razonamiento la Corte IDH declaró que el Estado de Honduras había violado los siguientes derechos: libertad personal, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial y libertad de pensamiento y de expresión. Pero ampliando el criterio general de la Corte, el juez *Sergio García Ramírez* en su voto razonado dentro del presente caso, señaló que la prohibición del uso de la lengua del grupo social al que se pertenece atañe a un acto de discriminación que trasgrede los preceptos del Pacto de San José (CADH)[41]. Por otro lado, el juez *García* sostuvo que el uso de la lengua materna de los integrantes de un grupo social, significa tener derecho a su propia identidad, que informa sus valores individuales y colectivos, orienta sus opciones personales y sociales. Por lo que es obligación del Estado reconocer esta singularidad ofreciendo medidas de respeto y garantía[42].

Este caso dentro del Sistema Interamericano marcó un cambio en el ámbito de protección a la libertad de expresión, se razonó ampliando el margen común sobre este derecho (libertad de expresión), sancionando la prohibición de uso de un lenguaje materno representativo a la identidad de un grupo social.

Existe también dentro de la jurisprudencia de otros Estados como el colombiano, en donde su Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el uso del lenguaje como parte del derecho a la libertad de expresión. La sentencia que se va a analizar a continuación es la *T-006/08:*

Una niña de quince años, con discapacidad auditiva, utiliza el lenguaje de señas como lengua materna y el español escrito como segunda lengua de manera incipiente y no alcanza en esta lengua un nivel de comprensión adecuado. Esta niña fue víctima de abuso sexual y se la sometió a un tratamiento sicológico sin un intérprete en lenguaje de señas.

40. Corte IDH Caso López Álvarez Vs. Honduras; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14. Pár. 171.
41. Corte IDH; voto razonado de Juez Sergio García Ramírez; Caso López Álvarez Vs. Honduras; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14. Pár. 45.
42. Corte IDH; voto razonado de Juez Sergio García Ramírez; Caso López Álvarez Vs. Honduras; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14. Pár. 48.

La Corte Constitucional colombiana dispuso que las personas con discapacidad sensorial, a quienes las llama *minorías discretas u ocultas*, ameritan acciones afirmativas a su favor al ser personas frecuentemente discriminadas o que se encuentren en situación de debilidad manifiesta. Su protección no debe darse solo por el principio de igualdad y no discriminación, sino también sustentado en la protección de su dignidad y autonomía personal; lo se significa la posibilidad de decidir sobre su proyecto de vida, intimidad y a ser reconocidos en su individualidad[43].

Además, la Corte Constitucional colombiana en el mismo caso estableció sobre el uso de lenguaje de los miembros de esta *minoría discreta u oculta* lo siguiente:

En el caso de las personas sordas que no desarrollan el lenguaje oral, el lenguaje de señas se convierte en su lenguaje materno, y por ende, es una forma de comunicación legalmente protegida, que tiene relevancia constitucional cuando se trata del acceso de las personas sordas y sordo-ciegas a sus derechos fundamentales[44].

Frente a estos problemas, los doctrinarios y ex magistrados de la Corte IDH, *Sergio García Ramírez y Alejandro Gonza* mencionan que existe absoluto derecho al empleo del idioma que regularmente utilizan los integrantes de una minoría independientemente de la existencia de una lengua nacional oficial. El idioma constituye un medio lícito de comunicación y un dato de identidad personal, es por esto que la prohibición de emplear el idioma de la comunidad a la que pertenece un sujeto viola sus derechos humanos[45].

Se desprende del análisis de las sentencias expuestas, que el derecho a la utilización del lenguaje materno forma parta del derecho a la libertad de expresión. En el caso concreto de las personas con discapacidad sensorial, los lenguajes alternativos y aumentativos son su lengua materna, por lo que los Estados deben hacer todos sus esfuerzos para no romper el uso de su forma de comunicación, siendo el lenguaje más que un medio de expresión, también es un rasgo de identidad y de pertenencia a un grupo social.

43. República de Colombia; Corte Constitucional; Sentencia T-006/08; Punto 5.2; p. 7
44. República de Colombia; Corte Constitucional; Sentencia T-006/08; Punto 5.2; p. 8
45. GARCIA RAMIREZ Sergio; GONZA Alejandro; La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; San José – Costa Rica; 2007; p. 53.

Por lo tanto, la aceptación, respeto y garantía de los lenguajes de las personas con discapacidad sensorial protegerá de forma cabal su identidad a través del ejercicio de su libertad de expresión, además que les permitirá interactuar como miembros de una sociedad democrática en el debate público y privado.

a. Lenguajes Alternativos

Los derechos de las personas con discapacidad están enfocados a incluir a este grupo humano dentro de una atmósfera más beneficiosa, en contraposición del trato acostumbrado de estigmatización y de objeto de beneficencia. Las personas con discapacidad sensorial, quienes son parte de este grupo de acción prioritaria, poseen una forma de comunicación distinta por lo que la protección a su derecho a la libertad de expresión supera las nociones tradicionales de este derecho humano. Los lenguajes alternativos y aumentativos son el medio para que puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión, dentro de una sociedad que ha sido creada en función de un solo tipo de lenguaje convencional.

La libertad de expresión es un derecho vital para el ejercicio de otros derechos, ya que por medio de este podemos denunciar un abuso o solicitar protección en caso de una violación; a más que permite la construcción de una sociedad democrática ya que se puede dar a conocer de cualquier forma el pensamiento y las posiciones referente a temas de interés general. Ahora, este derecho para las personas con discapacidad sensorial se convierte en básico para el desarrollo de su proyecto de vida, ya que una forma de ejercer este derecho es a través del lenguaje, siendo el aumentativo y alternativo el lenguaje materno de estas personas, su derecho se vulnera *de jure o de facto* cuando la sociedad impone barreras a su utilización.

En otros tiempos podría justificarse que las personas con discapacidad se encuentren limitadas al uso de su lenguaje, pero en la actualidad en un mundo que tiene alcance a la tecnología en donde se ha demostrado que las TIC son una herramienta básica para la construcción de la *Sociedad de la Información*, todos los seres humanos tenemos derecho a estar comunicados; lo que quiere decir a que debemos expresarnos y recibir información por cualquier medio y ninguna persona debe estar fuera de este proceso. Es así que el lenguaje materno de las personas con discapacidad sensorial les permite ser un agente necesario en una sociedad democrática y sobre todo en ser

un elemento necesario para la *Sociedad del Conocimiento*, ya que con la participación de estos se podrá conseguir ese proceso horizontal de comunicación convirtiéndolo en un derecho.

Ahora bien, para analizar la forma como han sido concebidos los lenguajes alternativos en distintas normas, cabe analizar aquellas relevantes para el tema de la disertación y que son vinculantes para el Ecuador.

Sobre el uso del lenguaje, la *ley sobre discapacidades* del Ecuador en su artículo 19 consagra lo siguiente:

> *f) Accesibilidad a la Comunicación.- Las personas con discapacidad tienen derecho a acceder, de acuerdo a las circunstancias, a la información emitida a través de los medios de comunicación colectiva nacional, para lo cual la Superintendencia de Telecomunicaciones, en coordinación con las asociaciones de medios de comunicación nacional y el Consejo Nacional de Discapacidades, promoverá la eliminación de barreras en la comunicación, respecto a la difusión de información, y la incorporación de recursos tecnológicos y humanos que permitan la recepción de los mensajes y el acceso a los sistemas de comunicación y señalización, como lengua de señas ecuatorianas, generación de caracteres, sistema Braille, u otros, que permitan a las personas con discapacidad el derecho a la información y comunicación. Los medios de comunicación social televisivos deberán progresivamente incorporar en sus noticieros la interpretación de lengua de señas ecuatoriana o generación de caracteres, para que las personas sordas tengan acceso a la información, al igual que los programas producidos por las entidades públicas.*
>
> *El Estado reconoce el derecho de las personas sordas al uso de la "Lengua de Señas Ecuatoriana", a la educación, bilingüe u oralista y auspicia la investigación y difusión de las mismas.*

Esta ley a simple vista podría ser catalogada como inclusiva y garantista sobre el tema de acceso a la comunicación, pero lamentablemente lo único que muestra es un intento de garantía que mira al proceso comunicacional solo en función de los medios de comunicación masivos (radio, televisión, y prensa gráfica o escrita), pero no señala nada sobre la utilización de los lenguajes alternativos como un rasgo de identidad de las personas con discapacidad. Por otro lado, algo muy preocupante que menciona esta ley es el

"derecho a acceder, de acuerdo a las circunstancias, a la información emitida a través de los medios de comunicación colectiva nacional"[46] lo que condiciona el acceso a la información de las personas con discapacidad sensorial, ya que los medios en "determinadas circunstancias" informarán a este grupo humano del acontecer nacional e internacional. Esta ley como se mencionó con anterioridad contiene mucho del modelo médico-biológico, el cual condiciona la participación de las personas con discapacidad por lo que es de vital importancia su reforma, en especial sobre el uso de los lenguajes alternativos como lengua natural o materna.

Ahora bien, las Naciones Unidas en evolución sobre la protección de los derechos humanos sobre el grupo en específico relativo a la presente disertación, a través de *la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, al ser un instrumento de *hard law* (núcleo duro)[47] crea un catálogo de derecho directamente exigibles, y define algo que anteriormente era ignorado por varias normas (como la ley sobre discapacidades ecuatoriana y las normas uniformes de ONU), que son las definiciones de comunicación y lenguaje:

> Artículo 2
>
> *La "comunicación" incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;*
>
> *Por "lenguaje" se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal.*

En este sentido, la CDPD al reconocer como medio de comunicación a cualquier forma elegida por las personas con discapacidad, los constituye como los lenguajes aumentativos o alternativos; siendo los primeros aquellos

46. Ley sobre discapacidades. Art. 19.f.
47. VILLA DURÁN, Carlos; Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid; Trotta; 2006; p. 209: "...crea obligaciones jurídicas concretas para los Estados Partes en los mismos. Además, ponen en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados".

que complementan el lenguaje oral cuando, por sí sólo, no es suficiente para entablar una comunicación efectiva con el entorno; mientras que los segundos, sustituyen al lenguaje oral cuando éste no es comprensible o está ausente[48]. En función de análisis de la presente disertación se agruparán a los dos sistemas llamándolos alternativos, materno o natural, y así poderlos distinguir frente al lenguaje convencional utilizado por el común de la sociedad.

Además, la CDPD amplía la concepción convencional de comunicación y lenguaje, porque extiende su protección a todas las formas que las personas con discapacidad y en especial aquellas con discapacidad sensorial puedan expresarse y recabar información. Esta concepción ampara todos los formatos aumentativos y alternativos de comunicación, de esta manera se garantiza a que las personas con discapacidad sensorial puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión haciendo uso de sus capacidades y no reprimiéndose para tratar de adaptarse a un solo modo convencional del uso del lenguaje al momento de ejercer su libertad de expresión.

En base a esta nueva utilización del lenguaje para la comunicación, esta misma *Convención* garantiza, en su artículo 21, el derecho a la "libertad de expresión y de opinión y acceso a la información" de la siguiente manera:

> *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:*
>
> *a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;*
>
> *b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;*

48. Abril Abadín, Dolores; Clara Delgado Santos; Ángela Vigara Cerrato. Comunicación Aumentativa y Alternativa Guía de referencia. España; CEAPAT; 2009; p. 6.

c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso;

d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;

e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas.

Antes de analizar esta Convención, cabe destacar que esta no crea nuevos derechos, sino que fortalece los reconocidos en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, al expresarlos de una manera sensible a las necesidades y contextos de las personas con discapacidad, asumiendo que[49] "el problema no radica en el reconocimiento del derecho sino en el modo de garantizarlo para que pueda ser ejercido en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad"[50].

La CDPD en este artículo no explica lo que comúnmente se hace con respecto a los alcances y limitaciones del derecho a la libertad de expresión, sino que detalla la forma de ejercerlo para las personas con discapacidad. Si bien este derecho está enfocado para estas personas, es remarcable que es dirigido especialmente a garantizar el derecho a la comunicación de las personas con discapacidad sensorial por varias razones que a continuación se analizarán.

Primero, implanta la no discriminación en función del lenguaje al momento de impartir información dirigida a toda la población. *Segundo*, se les faculta la libertad a las personas con discapacidad sensorial a que escojan cualquier tipo de lenguaje que sea compresible para ellos en sus relaciones públicas y obliga a las entidades estatales a aceptar dicha elección. *Tercero*, exhorta a las entidades privadas que brindan servicios públicos a manejar su

49. SILVIA VILLAVERDE, María; "Derechos Civiles y Políticos de las Personas con Discapacidad". Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan). Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires; p. 35.

50. PALACIOS, Agustina y JIMÉNEZ, Eduardo; Apostillas acerca de la nueva ley española de Igualdad de Oportunidades; No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. Una mirada crítica sobre sus principios rectores. Buenos Aires; LexisNexis Jurisprudencia Argentina; Doctrina; SJA 21/12/2005. Cita Lexis N° 0003/012376.

información en un lenguaje que sea accesible para las personas con discapacidad sensorial, es decir que no se las discrimine en razón del lenguaje para que puedan acceder a servicios público de manera autónoma. *Cuarto*, también se exhorta a los medios de comunicación a que no discriminen en razón del lenguaje a las personas con discapacidad sensorial en especial al momento de impartir información y por último, se impone una obligación estatal en incentivar la enseñanza del lenguaje de señas para que la mayoría de la población que maneja un el lenguaje convencional pueda implantar un sistema de comunicación extra con las personas con discapacidad sensorial a través del lenguaje de señas.

En este orden de ideas, la Constitución ecuatoriana sustentándose en el paradigma de derechos humanos implantado en la CDPD señala en el artículo 16 siguiente:

> *Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*
>
> *1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos. [...]*
>
> *4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.*
>
> *5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.*

La Carta Magna, imprime una protección especial a este grupo humano en relación al uso del lenguaje. En el numeral primero del art. 16 se establece que la comunicación se pueda dar por cualquier manera a elección del emisor, siendo esta mediante algún tipo de lengua inherente a la persona o bajo la utilización de símbolos. Al no especificar qué tipo de lengua, y no limitar todo proceso comunicativo al idioma oficial ecuatoriano, se abren las posibilidades para que las personas con discapacidad puedan ser protagonistas de sus propias ideas en su lengua natural.

Con respecto a la utilización de símbolos, también el espectro de la *libertad de expresión* se amplía sobre la capacidad de participación de las personas con discapacidad en base al lenguaje, pues la Constitución no está limitando el uso de determinados símbolos para el proceso comunicativo, por

lo que el alfabeto convencional podría suplirse por símbolos del lenguaje de señas o por aquellos del *braille* en las relaciones públicas o privadas. Lo anterior analizado recae en la garantía del art.16 numeral 4, en donde el Estado ecuatoriano garantiza el acceso y uso de todas las formas de comunicación para las personas con discapacidad sensorial, en miras a construir un entorno accesible para estos y hacer de la sociedad inclusiva hacia estas personas[51].

En razón de los preceptos constitucionales mencionados, el Código Orgánico de la Función Judicial se ha impuesto para dicha parte del Estado algunas responsabilidades que se analizarán a continuación. Primero, en su Art. 22 el código se refiere al *Principio De Acceso a La Justicia*, el mismo que establece que los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación de acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, la Función Judicial deberá tomar medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, social, de género, cultural, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso[52]. Segundo, en el Art. 23 referente al Principio De Tutela Judicial Efectiva De Los Derechos, señala que la Función Judicial debe garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido[53]. Por último, en el Art. 24 se encuentra el Principio de Interculturalidad, que señala que las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con los procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento[54].

En este sentido, toda la Función Judicial tiene la obligación de respetar los derechos de las personas con discapacidad sensorial, sobre todo el derecho a acceder a la justicia a través de su lenguaje materno o natural; debido a que es un derecho reconocido tanto en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, este lenguaje representa un rasgo de identidad cultural de todas las personas con tal deficiencia y sobre todo por-

51. Constitución. Art.16.4.
52. Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 22.
53. Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 23.
54. Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 24.

que como lo menciona el Código de la Función judicial, esta debe derribar todas las barreras existentes y una de ellas es la imposibilidad del uso de la lengua materna en la Función Judicial. En consecuencia, esta Función del Estado reconoce plenamente la lengua materna de las personas con discapacidad sensorial como un derecho e implícitamente obliga a sus funcionarios a no discriminarla.

Este nuevo ámbito de la libertad de expresión beneficia a la sociedad en general y en especial a las personas con discapacidad sensorial, porque se están creando puentes comunicacionales en virtud del uso del lenguaje. Por otro lado, también se está generando una obligación moral a la sociedad que maneja el lenguaje convencional, porque al momento de que todo el contexto social se adapte a la lengua natural de las personas con discapacidad sensorial, aquellos que no manejan dichos lenguajes van a estar incomunicados.

Esta perspectiva es una respuesta a la incomunicación que las personas con discapacidad sensorial son sometidas por la sociedad, en virtud que esta fue creada para personas que se comunican en un lenguaje convencional de manera oral y escrita, independientemente del idioma, por lo que las personas con discapacidad sensorial se les presenta esta barrera comunicacional, lo que impide una correcta inclusión y adaptación al contexto social.

Por lo tanto, cuando una persona con discapacidad sensorial tiene dificultades para ejercer su derecho a la libertad de expresión en razón del uso del lenguaje, debe utilizar un sistema alternativo de comunicación; porque este le permite ejercer propiamente su derecho a la libertad de expresión para poder expresar su opinión y recibir información como cualquier otro actor dentro de una sociedad democrática.

II.3 Relación con el Derecho a la Comunicación

Comunicar "es un proceso en el cual una persona, denominada emisor, envía una información, llamada mensaje a través de un vehículo llamado medio a otra persona que la recibe, denominada receptor"[55]. Informar es "dar noticia sobre una cosa e información es la acción y efecto de infor-

55. CORREA, Henau; Néstor Raúl; La libertad de informar y sus derechos conexos; en Medios de información y Comunicación. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana; 2003; p. 34.

mar"[56] . En tal virtud, el derecho a la comunicación es la "síntesis del ser ciudadano; es la posibilidad de ejercer derechos, de participar y ser parte de un grupo social (...) solo conociendo las necesidades, las expectativas y los valores de los perceptores y los emisores es posible garantizar un proceso comunicacional de doble vía (horizontal)"[57]; que implica no solo el acceso a la información, sino también la posibilidad de disponibilidad de ciertos medios por lo que pueden emitir mensajes al resto de la sociedad[58].

Considerando los conceptos expuestos se desprenden varios elementos pertenecientes al derecho a la comunicación:

- Horizontalidad: La comunicación es un proceso donde emisor y receptor se encuentran en igual posibilidad de emitir y recibir mensajes[59].
- Participación: Existe una producción activa de mensajes, en el manejo de sistemas comunicativos, toma de decisiones y planeamiento del proceso de forma conjunta[60].
- Recursos y acciones: Acceso democrático a los recursos comunicativos y al Estado como garante de la comunicación para el desarrollo nacional[61].

El derecho a la comunicación comprende los tres elementos del derecho de la libertad de expresión que son las libertades de: pensamiento, opinión y expresión; pero también garantiza a la información y al acceso plural a la misma y a los medios. En este sentido, *Novoa Monreal* recalca "la importancia de la información para los hombres y la aparición de medios masivos

56. Real Academia española. Diccionario de la Lengua española. Madrid, Espasa-Calpe; Edición 21; 1992. Pp. 1164 y 1165.
57. Agencia de Comunicación de Niños; Niñas y Adolescentes (ACNNA) Ecuador. La niñez y la adolescencia en los medios impresos en el Ecuador, Informe 2007-2008. Quito; 2009. Pp. 10 y 11.
58. Torrico Villanueva; Erick; La Tesis de Comunicación: Elementos para Elaborarla. La Paz; Artes Gráficas Latina; 1993; p. 25.
59. INREDH (Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos). Los derechos de la Comunicación: Reflexión; debate y práctica. Quito; Fundación Punto de Comunicación; 2004; p. 32.
60. INREDH (Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos). Los derechos de la Comunicación: Reflexión; debate y práctica. Quito; Fundación Punto de Comunicación; 2004. p. 32.
61. INREDH (Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos). Los derechos de la Comunicación: Reflexión; debate y práctica. Quito; Fundación Punto de Comunicación; 2004. p. 33.

de comunicación modernos conducen a que la libertad de expresión adquiera un alcance nuevo, con el nombre de información"[62] porque ya no se protege solo el derecho de exteriorizar por parte del emisor, sino que también es importante garantizar el derecho de los receptores para disponer de la información de una forma completa y plural[63]. "Porque solamente así puede quedar nutrida su libertad de pensamiento"[64].

En el momento que el Estado comienza a involucrarse en el proceso comunicacional deja de lado la *liberta de expresión liberal*, la cual pregona esa obligación negativa de los Estados para no inmiscuirse dentro de este derecho; y transforma a la comunicación en un derecho con esta actitud activa, mediante la cual promueve mecanismos regulatorios y de desarrollo de este derecho. Esto, significa ver al derecho a la libertad de expresión más garantista convirtiéndolo en sí en el derecho a la comunicación, tratándolo a este como un recurso estratégico para un deseado desarrollo humano y social[65].

En este sentido, la Constitución ecuatoriana en el artículo 16 numeral 2 garantiza "el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación", pero no se ha logrado profundizar en el alcance de esta disposición, es por eso que al respecto la ONU con un enfoque más actual sobre este derecho a la comunicación, en la *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información,* señaló que "la comunicación es un proceso social fundamental y una necesidad humana básica. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que le ofrece"[66], por lo que la información en este contexto debe ser: universal, ubicua, equitativa y asequible a la infraestructura y a los servicios de las TIC[67]. Ante esta conjuga-

62. MONREAL, Nova; Derecho a la vida privada y libertad de información. México; Siglo XXI; 1989; p. 148.
63. INREDH (Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos). Los derechos de la Comunicación: Reflexión; debate y práctica. Quito; Fundación Punto de Comunicación; 2004. p. 65.
64. MONREAL, Nova; Derecho a la vida privada y libertad de información. México; Siglo XXI; 1989; p. 148.
65. INREDH (Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos). Los derechos de la Comunicación: Reflexión, debate y práctica. Quito; Fundación Punto de Comunicación; 2004; p. 67.
66. Asamblea General de Naciones Unidas. Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios. Ginebra; Resolución 56/186; 2003. Párr. 4.

ción del uso de las TIC para ampliar la concepción de la libertad de expresión y lograr una efectiva comunicación, es de ineludible tratar a los lenguajes alternativos y aumentativos como una manera de ayudar a lograr este proceso sobre la *Sociedad de la Información*, en la cual todos los miembros de la humanidad tienen el derecho y el deber de expresarse y comunicarse sin distinción alguna.

La Sociedad de la Información se rige por los principios de: libertad de prensa y de información, así como la independencia, el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación[68]. por lo que los Estados deben dar cabida a todos los lenguajes que les permitan a las personas con discapacidad comunicarse, en virtud del principio de diversidad de los medios, reconociendo a los lenguajes alternativos y aumentativos como medios idóneos de comunicación para las personas con discapacidad sensorial.

En el mismo sentido, la OEA se ha ratificado que en este nuevo marco, todas las personas tienen el acceso sin censura al debate político a través de varios medios incluyendo la Internet[69] como componentes esenciales de la *Sociedad del Conocimiento*[70]. Los medios de comunicación deben estar abiertos a todos sin discriminación[71], y esto incluye a las personas con discapacidad sensorial ya que este grupo humano invisibilizado a causa del lenguaje, tiene el derecho de participar en el debate político y social haciendo uso del lenguaje a su elección como medio de comunicación idóneo para su condición.

Además, la UNESCO ha sostenido que los medios asumen una participación esencial en la educación dentro de un espíritu de paz y respeto mutuo

67. HULEY; Debora; Estrella Polar: Los Derechos Humanos en la Sociedad de la Información. Quito; Auditoria Democrática Andina; 2003; p. 23: La expresión TIC agrupa los elementos y las técnicas utilizadas en el tratamiento y la transmisión de las informaciones; principalmente de informática; Internet y telecomunicaciones.
68. Asamblea General de Naciones Unidas. Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios. Ginebra; Resolución 56/186; 2003. Párr. 55.
69. OEA (Organización de Estados Americanos). Declaración De Santo Domingo: Gobernabilidad Y Desarrollo En La Sociedad Del Conocimiento. AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06); 6 de junio de 2006. Pto. 5.
70. OEA (Organización de Estados Americanos). Declaración De Santo Domingo: Gobernabilidad Y Desarrollo En La Sociedad Del Conocimiento. AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06); 6 de junio de 2006. Pto. 6.
71. Corte IDH; La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 34.

a fin de fomentar los derechos humanos[72], es así que mientras no se garantice el uso de los lenguajes alternativos y aumentativos como medio de comunicación para las personas con discapacidad sensorial, estos estarán irrespetados por parte del Estado y la sociedad excluyéndolos de procesos generales como la educación y en general a la comunicación.

En este desarrollo con respecto a la perspectiva de protección de derechos, la Corte IDH, en su jurisprudencia constante, ha resuelto que los instrumentos de derechos humanos son instrumentos vivos y su interpretación debe adaptarse a la luz de los tiempos actuales[73]. En el caso sobre el uso de un lenguaje alternativo para las personas con discapacidad sensorial, se debe avanzar de la concepción limitada del derecho a la libertad de expresión con respecto al uso del lenguaje como un medio de comunicación, hacia una verdadera concepción del derecho a la libertad de expresión donde todos los tipos de lenguaje puedan ser garantizados y aceptados por los Estados; en donde estos se involucren para promover el desarrollo al derecho a la comunicación y así no discriminar a las personas con discapacidad a ejercer este derecho por utilizar un lenguaje no convencional.

Ahora bien, en el caso ecuatoriano cabe hacer un análisis de la forma que nuestras normas internas regulan el acceso a las TIC para el desarrollo de la comunicación. Comenzando con la Constitución, en la sección referente a la comúnmente se llamaba *libertad de expresión*, titula a la misma como *comunicación e información*, garantizándola como intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social; especialmente en su *propia lengua y con sus propios símbolos*[74]. Además establece como derecho "el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación"[75]. En este punto se puede observar que la Carta Magna incluye las perspectivas internacionales sobre el derecho a la comunicación dentro de su catálogo de derechos y la necesidad de la tecnología para lograrlo,

72. UNESCO; Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional; a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo; el Apartheid y la Incitación a la Guerra; 28 de noviembre de 1978; Art. 4.
73. Corte IDH; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Párr. 146 y Corte IDH El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; párr. 114.
74. Constitución. Art. 16.1.
75. Constitución. Art. 16.2.

también es importante mencionar que la inclusión del derecho a la lengua materna o natural y en símbolos abre la posibilidad para que las personas con discapacidad sensorial puedan exigir al Estado todas las reformas necesarias para que su comunicación, a través de su lenguaje, sea respetado y aceptado en todas las actividades de interacción social. En consecuencia, en el caso de los receptores, que dominan el lenguaje convencional, de la comunicación que emiten las personas con discapacidad en su lengua natural, se les imposibilita su entendimiento es imperativo la adopción de la tecnología para que pueda concretarse el proceso entre los dos actores.

Adicionalmente, y referente al punto que se está analizando el ERJAFE[76] cuando menciona en su artículo 111 sobre los registros que deben llevar los órganos administrativos, estableciendo que se harán sobre todo escrito o comunicación que se presente o que se reciba en cualquier unidad u órgano, al igual de la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares[77]; menciona que el mismo deberán instalarse en soporte informático o en un sistema digital[78], es por ello que la administración se obliga a crear registros telemáticos o informáticos para la recepción o salida de escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos o informáticos[79]. Además, la misma administración en el artículo 116, de la misma norma, señala la incorporación de medios técnicos como la aplicación de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias[80], en vista de que existe la responsabilidad estatal de crear medios técnicos, estos servirán a los ciudadanos para relacionarse con ella y así poder ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento[81]; por lo que los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, gozarán de la validez y eficacia de documento original[82].

76. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002.
77. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 111.1.
78. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 111.3.
79. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 111.8.
80. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 116.1.
81. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 116.2

En este sentido, existe una relación intrínseca entre la tecnología para las comunicaciones y la lengua natural o materna de las personas con discapacidad, y esta es eliminar las barreras entre el lenguaje convencional y el alternativo. En base a los derechos constitucionales analizados anteriormente y lo dispuesto por el ERJAFE, todo procedimiento administrativo debe contar con tecnología que permita a los funcionarios entender todo escrito presentado por las personas con discapacidad sensorial en su lengua natural o materna, y a ellos poder entender lo que la administración realice en el lenguaje convencional; para evitar la vulneración a su derecho a la libertad de expresión en razón de su lenguaje y permitir a este grupo humano su autonomía y representación en los procesos administrativos.

En definitiva, el derecho a la libertad de expresión no se limita al contenido de opiniones e información, y tampoco al uso de los medios de comunicación comunes como: prensa escrita, radio, televisión e internet; puesto que vivimos dentro de la *Sociedad del Conocimiento*, y el ejercicio del derecho a la comunicación también comprende sobre el uso del lenguaje. Las personas con discapacidad sensorial, debido a su condición manejan lenguajes distintos al convencional, por lo que el uso de un lenguaje que se adapte a sus necesidades es el medio apto para ejercer su derecho a la libertad de expresión y así no se las aparte de este nuevo marco comunicacional que es la *Sociedad de la información.*

III. No discriminación

La noción de discriminación aparece con la estigmatización y la imposición de estereotipos a las personas, siendo estas clasificaciones falsas, basadas en apreciaciones sociales edificadas por las estructuras de poder para mantener el mando de un sector social, estructurando la noción de que todos los miembros que forman una colectividad tienen las mismas características. De esta manera se encasillan los comportamientos, las actitudes y los valores hacia las personas con discapacidad, lo cual se incide en el goce y el disfrute de sus derechos[83].

82. Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de Marzo de 2002. Art. 116.5.
83. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 15.

Además, los papeles y estereotipos conducen al encasillamiento de las personas. De esa manera se construye una imagen del ser humano modelo, siendo para nuestras sociedad el ser ideal el de las siguientes características: hombre, alto, atractivo, inteligente, blanco, heterosexual, adinerado, sin discapacidades y sano. De allí, todos los diferentes como las personas con discapacidad son consideradas como anormales y enfermas. Sobre este marco, se estructuran las relaciones de poder: la gente que está más cerca del ideal tendrá más poder y gozará de privilegios sobre las personas que están alejadas del mismo[84].

Para proteger a las personas que no encajan en el "modelo ideal de ser humano", se creó el principio de no discriminación, el mismo que se encuentra en la Constitución como complemento del principio a la igualdad consagrado en el inciso segundo del artículo 11, el cual manifiesta lo siguiente:

> *"Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación"*[85].

Esta norma garantiza las diferencias de cada grupo humano y menciona de forma clara que las mismas no son condición para desconocer la dignidad humana, y mucho menos son razones para menoscabar derechos humanos de grupos humanos en específico.

Asimismo, de una forma más técnica la Corte IDH estableció que se utilizará el término discriminación para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará dicha expresión discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetiva y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos[86].

84. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 15.
85. Constitución del Ecuador. Art. 11.
86. 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. párr. 84.

Ahora bien, la protección en contra de la discriminación es mayor a favor de las personas con discapacidad, ya que existen normas dentro de la Constitución y los Instrumentos Internacionales que describen a la "discriminación por discapacidad", por lo que a continuación se señalaran las mismas:

Constitución

Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:

7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Artículo 2.- Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra Las Personas con Discapacidad

Artículo 1.

2. *Discriminación contra las personas con discapacidad*

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Las normas expuestas demuestran la rotunda prohibición de exclusión y discriminación a las personas por razones de discapacidad, anulando este motivo como una condición para excluir a estos seres humanos del goce pleno de sus derechos, para que sean respetados por sus diferencias en base de la dignidad humana y no se los catalogue comparándolos con el "ser humano ideal".

Sobre la prohibición a la discriminación, la Corte IDH en el caso *de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* determinó que la obligación de los Estados frente estas actuaciones contrarias a derechos humanos, manifestando que los "Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas"[87]. Es por ello que los Estados deben promover la eliminación de la discriminación por discapacidad en todas las relaciones humanas, y en específico sobre el tema de esta disertación, se deben tomar todas las medidas para que no exista este tipo de discriminación enfocado a la lengua materna de las personas con discapacidad sensorial.

III.1 Discriminación Múltiple

La CDPD señala que es de preocupación de la comunidad internacional el hecho que las personas con discapacidad "son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición"[88] y en virtud de tal menoscabo es la razón de ser de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para protegerlos de esta realidad.

Es una realidad que la discriminación no existe solamente por una sola razón como la discapacidad, porque existen otros factores como el lenguaje, que pueden sumarse para desembocar en la discriminación múltiple. Este tipo de trato potencia la situación de vulnerabilidad de las personas con dis-

87. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr.141.
88. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Preámbulo; literal p.

capacidad a condiciones como: la explotación, al abuso y al maltrato; por lo que es necesario su protección atendiendo al apoyo más intenso que requieren para preservar su integridad física y mental, sin la cual es impensable el despliegue pleno de la personalidad humana[89].

Ante esta situación, la CADH (Convención Americana sobre derechos Humanos) en su artículo 16 manifiesta lo siguiente:

> Protección contra la explotación, la violencia y el abuso
> *1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.*

La norma citada, busca la prevención, detección, sanción y erradicación de la violencia con el fin de asegurar el desarrollo individual y social de las personas con discapacidad y su plena participación dentro del contexto social. Cabe mencionar que "el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en inglés) ha destacado una clara relación entre violencia y discriminación, donde todo acto de violencia es un acto de discriminación y a la inversa"[90]. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también establece que vivir libre de violencia implica vivir libre de discriminación[91].

En este sentido, las personas con discapacidad sensorial pueden ser objeto de discriminación múltiple por dos razones: la primera es su discapacidad y la segunda es el uso de su lengua materna. Estas personas ante esta

89. VILLAVERDE, María Silvia; "Derechos Civiles y Políticos de las Personas con Discapacidad". Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan). Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires; p. 43.

90. JIMÉNEZ, Rodrigo. "De la protección a la igualdad para las personas con discapacidad Artículo 18 del Protocolo de San Salvador". Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2009; p. 330.

91 Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para". Art. 6.a.

realidad son susceptibles a la explotación, la violencia y el abuso; en razón de la inexistencia de información, comunicación y señalización, en sistemas de información alternativa. Además del desconocimiento de la lengua de señas y del braille, son motivos que impiden que la población con discapacidad logre una equiparación de oportunidades con respecto al resto de la población[92] provocando el menoscabado su derecho a la libertad de expresión. Por lo tanto, las personas con discapacidad sensorial necesitan de protecciones y garantías especiales debido a su condición de discriminación múltiple.

III.2 Discriminación de Facto

Según *Gerardo Pisarello*, el Estado Social tiene la obligación especial de garantía formal al contenido mínimo e indisponible de los derechos sociales[93], respecto de los cuales se tiene al menos dos obligaciones: primero, objetivamente, una férrea obligación de no regresividad y segundo, subjetivamente que se respete el deber de no discriminación[94]. Es así como los derechos deben orientar de forma general a las políticas públicas y brindar un marco conceptual que guíe su formulación e implementación[95]. Es así que, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de derechos no pueden disminuir en cuanto coberturas ni tampoco privar a quienes gozan de ellos[96]. Asimismo, la *Corte Constitucional colombiana* señala que la exigibilidad de la prestación protegida del derecho fundamental depende del paso del tiempo, y que por ejemplo no es aceptable que en el año 2002, una entidad del Estado sirva de la misma forma que en el año de 1992[97].

92. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 16.
93. PISARELLO, Gerardo; "El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías; más democracia". Derechos Sociales Instrucciones de Uso. México D.F; Fontamara; 2003. Pp. 38 y 39.
94. Comité de Derechos; Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3; La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). 12 de mayo de 2004. Párr. 1.
95. PALACIOS SANABRIA, María Teresa y PARRA, Dussan, Carlos; Enfoque de derechos humanos en la política pública de discapacidad. Bogotá; Universidad Sergio Arboleda; 2007; p. 9.
96. ÁVILA Santamaría; Ramiro; "Los principios de aplicación de los derechos". La Constitución del 2008 en el contexto andino; Análisis desde la doctrina y el derecho comparado; Quito; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador; 2008; p. 60.
97. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-595/02; MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

El Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y social[98], tiene el más alto deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución[99] y como se ha podido señalar hasta este punto en la presente disertación, la Carta Magna garantiza y protege los derecho de las personas con discapacidad, es decir existe esa protección de *jure* a nivel constitucional y sobre todo con lo que respecta a la ratificación de tratados internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, el solo hecho de tener un catálogo de derechos a favor de este grupo de acción prioritaria no basta para que se erradique la discriminación por discapacidad, ya que existen factores que por *omisión* estatal no se eliminan las barreras sociales y comunicacionales que afectan a las personas con discapacidad sensorial para utilizar su lengua materna, lo que implica la existencia de *discriminación de facto* en perjuicio de este grupo humano.

En relación a este tipo de discriminación, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso *Bhinder c. Canadá* dijo que "el concepto de discriminación de facto se refiere a medidas que eventualmente pueden considerarse discriminatorias debido a sus efectos, a pesar de que la medida en sí sea "(...) neutral, en el sentido de aplicabl[e] a todos sin distinción"[100]. Además, la Corte IDH en la *OC-18/03* manifestó que este tipo de discriminación se traduce en la forma "de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales"[101]. Reforzando estos criterios, la OMS declaró que la existencia de obstáculos relacionados con el acceso de las personas con discapacidades a los servicios de públicos, su libertad de movimiento en, su la exclusión en los sistemas educativos o la existencia de deficientes condiciones de vida pueden traer consecuencias muchas veces irreparables[102].

En este sentido, no es difícil de comprender la existencia de la discriminación de facto en relación con los lenguajes alternativos de las personas

98. Constitución ecuatoriana. Art. 1.
99. Constitución ecuatoriana. Art. 11.9.
100. Comité de Derechos Humanos. caso Bhinder c. Canadá.1990. Párr. 6.1.
101. CORTE I.D.H.; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No 18.; párr. 103.
102. Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud. La Discapacidad: Prevención Y Rehabilitación En El Contexto Del Derecho Al Goce Del Grado Máximo De Salud Que Se Pueda Lograr Y Otros Derechos Relacionados. Washington D.C; OMS; 19-23 de junio de 2006. Párr. 28.

con discapacidad sensorial, para ello cabe ejemplificar mediante ciertos hechos que se desarrollan en el Ecuador. *Primero*, los medios de comunicación no incluyen al momento de la difusión de su programación y en especial de la información en los lenguajes alternativos, pero la única excepción a este proceder son los anuncios estatales y las "Cadenas Sabatinas" presidenciales que si los incluyen. *Segundo*, la señalización en todas las ciudades carece de la reproducción de la información en los lenguajes alternativos con pocas excepciones, como es el caso de ciertos semáforos que contienen sonido para identificar la posibilidad del cruce de la calle. *Tercero*, ninguno de los medios de transporte incluidas las paradas informan de los recorridos de las unidades en lenguajes alternativos, únicamente en el servicio de Trolebús en la ciudad de Quito existe el anuncio por medio de micrófono sobre cada parada, pero esto no implica expresamente utilización de lenguajes alternativos. *Cuarto*, en las planillas de los servicios básicos no se incluye una traducción en los lenguajes alternativos. *Quinto*, la rotulación y la información pública en todas las entidades estatales con excepción del CONADIS (Consejo Nacional de Discapacidades) y la VICEPRESIDENCIA por obvias razones, no existe información ni tampoco se aceptan procesos en los lenguajes alternativos. *Sexto*, la educación para las personas con discapacidad sensorial es segregada, ya que la mayoría de estas personas están obligadas a recurrir a estas entidades especializadas en razón de que las entidades públicas y privadas que prestan este servicio no cuentan con las facilidades para educar en lenguajes alternativos.

Todas estas circunstancias descritas son discriminatorias debido a sus efectos, a pesar que no han sido aplicadas con el propósito de hacer alguna distinción que menoscabe derechos humanos de las personas con discapacidad sensorial, las crean. Además, estas condiciones en las cuales desarrollan su vida y bajo la omisión notoria de la gran mayoría de agentes estatales para impedir la continuidad de la construcción de las barreras de facto, están perjudicando en la aplicación o interpretación de la ley con resultados que generan discriminación por discapacidad. Demostrándose así, violaciones a derechos humanos, en especial el de la libertad de expresión, en perjuicio de las personas con discapacidad sensorial.

Ahora bien, para impedir que se reproduzca este tipo de discriminación, la CDPD establece que se deben crear productos, entornos, programas y servicios que puedan ser utilizados por todas las personas, sin necesidad de diseño especializado llamado "diseño universal". Adicionalmente, incorpo-

ra los "ajustes razonables" o medidas positivas las que se refieren a las modificaciones y adaptaciones adecuadas que no imponen una carga desproporcionada para un caso particular, y así garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio, en igualdad de condiciones de todos sus derechos[103].

Todo lo mencionado se traduce en un derecho, la accesibilidad, que significa brindar a las personas con discapacidad la posibilidad de vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, por lo que es deber del Estado adoptar medidas adecuadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad, al entorno físico, el transporte[104], y sobre todo a la información, las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, en todos los servicios e instalaciones públicas y privadas[105]; ya que es obligación de los Estados dotarlos con señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión[106].

En base al derecho a la *accesibilidad* a los medios de transporte, la Corte Constitucional colombiana en la *Sentencia T-595/02* concluyó que el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona con discapacidad significa la posibilidad de acceder al sistema de transporte básico de una ciudad en condiciones de igualdad, sin tener que soportar barreras que supongan cargas excesivas. Estas personas tienen el derecho a que se remuevan las limitaciones desproporcionadas que les impiden integrarse a la sociedad[107], así mismo, si existe una vulneración de este derecho también se vulneran otros incluyendo al libre desarrollo de la personalidad[108].

Por lo tanto, el ambiente en donde se desarrollan las personas con discapacidad sensorial en el Ecuador, al no ser accesible al uso de su lengua materna, a pesar de existir garantías constitucionales y de instrumentos internacionales para ello; los efectos de estas barreras comunicacionales producen es el menoscabo de sus derechos humanos configurándose la discriminación de facto en su perjuicio.

103. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 2.
104. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 9.1.
105. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 9.2.b.
106. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 9.2.d
107. República de Colombia; Corte Constitucional; Sentencia T-595/02; MP: Manuel José Cepeda Espinosa; P. 4.1
108. República de Colombia; Corte Constitucional; Sentencia T-595/02; p. 3.

III.3 Discriminación de Jure

El derecho ha servido de herramienta para la sumisión y la discriminación contra la población con discapacidad. Es así que las leyes y demás fuentes han afianzado los roles y estereotipos estigmatizando a este grupo humano. Estos elementos han sido utilizados para inutilizarlos e invisibilizarla; violándose sus derechos humanos fundamentales[109], como el derecho a la libertad de expresión a través de la utilización de su lenguaje natural o materno.

En este sentido, la Corte IDH en la OC-18/03 estableció que la *discriminación de jure* significa toda acción que de cualquier manera vaya dirigida, directa o indirectamente, a través de: la promulgación de leyes, en sentido amplio; disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter; a crear situaciones de segregación a un grupo determinado de personas[110], como aquellas con discapacidad sensorial. También, la misma instancia judicial determinó que una norma para no ser considerada discriminatoria debe contener los siguientes requisitos: una fundamentada conexión entre diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana[111]; por lo que una ley que manifiestamente sea contraria a lo expuesto constituye una violación de derechos[112].

La legislación y muchas otras fuentes imprimen discriminación en contra de las personas con discapacidad sensorial debido a la forma en la que están concebidas. En este sentido se pueden nombrar varios tipos de leyes que tienen como resultado el menoscabo de los derechos de este grupo humano debido al uso de su lenguaje materno.

109. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 20.
110. CORTE I.D.H.; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No 18.; párr. 103.
111. CORTE I.D.H; Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; párr. 47.
112. CORTE I.D.H.; Responsabilidad Internacional Por Expedición Y Aplicación De Leyes Violatorias De La Convención (Arts. 1 Y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 09 de Diciembre de 1994.; punto resolutivo No. 1.

Normalismo: norma enfocada desde la perspectiva de la nulidad de la discapacidad en las personas[113], presentando a la vida de la forma convencional como si no existieran diferencias que se necesiten proteger. Es así que el Art. 24 del proyecto de la Ley Orgánica de Comunicación, a pesar que reconoce que las personas con discapacidad necesitan de lenguajes alternativos en los medios de comunicación y demás instituciones públicas y privadas, pero menciona que se debe realizar de forma progresiva[114]; sin tomar en cuenta que esta necesidad es inmediata y que esperar más tiempo implica seguir invisibilizando a este grupo humano en el proceso comunicativo. Lo más preocupante resulta que apartando a las personas con discapacidad sensorial de este proceso, el desarrollo de su vida diaria continuará siendo menoscabado.

Sobrespecificidad: "consiste en presentar como específicas de las personas con discapacidad, ciertas necesidades, actitudes e intereses que, en realidad, son compartidos por otros grupos sociales"[115]. Un reflejo de este trato legal se lo encuentra en el Código Civil sobre la necesidad de testar, su Art. 1057 imposibilita a las personas con discapacidad visual a realizar un testamento en su lenguaje natural o materno, y los condiciona señalando que para efectuarlo será leído en alta voz dos veces; la primera por el notario o empleado, y la segunda por uno de los testigos elegido por el testador[116]. Esta norma al olvidar que las personas con discapacidad sensorial pueden realizar un testamento en su lenguaje materno al igual que todos, los somete a un trato demasiado especial sobre las deficiencias que poseen, sin tomar en cuenta que un gran número de personas extranjeros si los posibilita a realizar este acto jurídico en su lengua natural.

Dependencia: "las personas con discapacidad se consideran, en cualquier caso, dependientes y como imposibilitadas para realizar determinadas funciones en la sociedad"[117]. Esta figura legal se refleja en la curaduría a las

113. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 21.
114. Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación.
115. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 21.
116. Código Civil ecuatoriano. Art. 493.
117. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 22.

personas con discapacidad sensorial que no dominan el lenguaje convencional, sobre esta cuestión nuestro Código Civil manifiesta lo siguiente: Art. 493.- "Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez los informes competentes"[118]. Esta norma dentro del Código Civil condiciona a las personas con discapacidad sensorial a alejarse de su lengua natural, para someterse al lenguaje convencional en virtud del cese de la curaduría que se le haya podido imponer debido a su discapacidad.

Actitud de lástima: "este sentimiento se expresa socialmente como descalificación o sobreprotección hacia esta población"[119]. En el Código Civil se puede apreciar una norma de este tipo: Art. 1463.- "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución."[120] En el mismo sentido el Art. 256 señala que "...si fuere demente o sordomudo, no será necesario su consentimiento"[121]; de mismo modo estas personas no pueden disolver su vínculo matrimonial por divorcio, si adquieren una discapacidad sensorial con posterioridad[122] y así lo establece el Art. 126. Además, el mismo cuerpo legal en su Art. 1050 niega la capacidad de ser testigos testamentarios a las personas con discapacidad sensorial a causa de su condición[123], igual perspectiva se puede observar en el Art. 103 sobre su imposibilidad de ser testigos de las diligencias previas al matrimonio[124]. También, en el Art. 518 dispone la discapacidad sensorial como una barrera para asumir una curaduría; asimismo la Ley Notarial los califica como testigos no idóneos en escrituras públicas[125] en su Art. 32.

118. Código Civil ecuatoriano. Art. 1057.
119. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Derechos de las Personas con Discapacidad; Módulo 6. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2008; p. 22.
120. Código Civil ecuatoriano. Art. 1463.
121. Código Civil ecuatoriano. Art. 256.
122. Código Civil ecuatoriano. Art. 126.
123. Código Civil ecuatoriano. Art. 1050.
124. Código Civil ecuatoriano. Art. 103.
125. Ley Notarial Art. 32.

En definitiva, las normas inferiores a la Constitución como el Código Civil y la Ley Notarial hacen distinciones que en su aplicación se denota un trato arbitrario que significa un detrimento a los derechos de las personas con discapacidad sensorial, catalogando a las deficiencias visuales, de oído o de habla como condiciones para coartar la capacidad jurídica o la idoneidad para comparecer a un negocio jurídico; demostrándose que existe discriminación por discapacidad de *jure* que ha sido tolerada por el Estado y que ha dado como resultado la violación de derechos de este grupo humano a través de la ley; como en el presente caso en la imposibilidad jurídica de uso de la lengua natural o materna de las personas con discapacidad sensorial en actos jurídicos.

IV. Conclusiones

- El modelo adecuado para proteger los derechos de las personas con discapacidad es el de *derechos humanos*, ya que impone una responsabilidad al Estado y a la sociedad con el fin de eliminar las barreras que limitan el pleno ejercicio pleno de sus derechos como *sujetos de derecho*, ya que todas las personas en alguna medida tenemos algún grado de deficiencia física o social, lo que no representa un sustento para ser tratados como objetos de tutela y mucho menos como enfermos.
- El derecho a la libertad de expresión no se limita a garantizar el contenido de las opiniones y la información, y que al ser un derecho que no es exclusivo para un grupo determinado de personas, este se extiende infinitamente para todas las formas y medios que los seres humanos quieran manifestar al exterior. Es así, que el lenguaje es una forma de ejercer la libertad de expresión, y las personas con discapacidad sensorial tienen toda la facultad de ejercerlo utilizando aquel en el que se sientan más cómodos por su condición, ya que no existe ninguna limitación que les impida realizarlo.
- El derecho a la utilización del lenguaje materno forma parta del derecho a la libertad de expresión. En el caso concreto de las personas con discapacidad sensorial, los lenguajes alternativos y aumentativos son su lengua materna, por lo que los Estados deben hacer todos sus esfuerzos para no romper el uso de su forma de comunicación, siendo el lenguaje más que un medio de expresión, también es un rasgo de identidad y de pertenencia a un grupo social.

- El derecho a la libertad de expresión no se limita al contenido de opiniones e información, y tampoco al uso de los medios de comunicación comunes como: prensa escrita, radio, televisión e internet; puesto que vivimos dentro de la Sociedad del Conocimiento, y el ejercicio del derecho a la comunicación también comprende el uso del lenguaje. Las personas con discapacidad sensorial, debido a su condición manejan lenguajes distintos al convencional, por lo que el uso de un lenguaje que se adapte a sus necesidades es el medio apto para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de esta forma no sigan apartadas de la Sociedad de la información.
- Las personas con discapacidad sensorial pueden ser objeto de discriminación múltiple por dos razones: la primera es su discapacidad y la segunda es el uso de su lengua materna.
- El ambiente en donde se desarrollan las personas con discapacidad sensorial en el Ecuador, al no ser accesible al uso de su lengua materna, a pesar de existir garantías constitucionales y de instrumentos internacionales para ello; los efectos de estas barreras comunicacionales producen es el menoscabo de sus derechos humanos configurándose la discriminación de facto en su perjuicio.
- Las normas inferiores a la Constitución hacen distinciones que en su aplicación se denota un trato arbitrario que significa un detrimento a los derechos de las personas con discapacidad sensorial, catalogando a las deficiencias: visuales, de oído o de habla como condiciones para coartar la capacidad jurídica o la idoneidad para comparecer a un negocio jurídico.

LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS RESPECTO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD

David CORDERO HEREDIA[1]

"Nos hallamos ante un problema creciente, que en múltiples ocasiones ha hecho crisis, con resultados dramáticos. ... La Corte ha tenido oportunidad de observar su aparición y persistencia en diversos lugares del Continente. Es preciso —absolutamente preciso y urgente— emprender ya la verdadera reforma carcelaria, que establezca condiciones de vida compatibles con la dignidad humana. Estamos lejos, muy lejos, de haberlo conseguido"

Sergio García Ramírez en su voto razonado del caso Raxcacó Reyes

I. Introducción

La limitación de la libertad personal, como todos los demás derechos fundamentales, requiere un estricto análisis dentro de un Estado Social de Derecho[2]. Este análisis consiste, en abstracto, en la consideración de los derechos fundamentales concurrentes, la enunciación de un fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Las acciones que

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; Preámbulo. Ver además; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111; de 14 de diciembre de 1990; Principio 1; y; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173; de 9 de diciembre de 1988; Principio 1.Equipo Legal INREDH.
2. Art. 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

tome el Estado, encaminadas a la limitación del derecho a la libertad personal, deben respetar el sistema de conceptos que sostienen el Estado Constitucional, que descansan en el reconocimiento del "*valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales*"[3].

El paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derechos (llamado también Estado Constitucional), no constituyo necesariamente repensar todas las instituciones de la primera estructura y si debían permanecer, modificarse o desaparecer en la segunda. Muchas instituciones jurídicas se mantuvieron intactas, con una reestructuración en el discurso jurídico que las sostenía y justificaba. Pero ciertas instituciones como la privación de la libertad[4] no han pasado por ese proceso. Esto se debe a que, a pesar de que muchas personas la consideran una medida incompatible con el Estado Social de Derechos, no se han encontrado medidas alternativas que reciban una aceptación masiva así como la vigencia de discursos legitimantes.

Sin embargo, lo que sí ha sido revisado es como esta institución puede continuar existiendo desde el paradigma del Estado Social de Derechos de la

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; Preámbulo. Ver además; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111; de 14 de diciembre de 1990; Principio 1; y; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173; de 9 de diciembre de 1988; Principio 1.
4. Para efectos del presente trabajo entenderemos como privación de la libertad la definición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana de Derechos Humanos) contenida en la disposición general de su documento "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas": Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

forma menos lesiva a la dignidad humana de las personas a las cuales están sometidas a su régimen. Esta revisión parte del reconocimiento del "*derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral*"[5], concepción incompatible con la antigua concepción de que todo sufrimiento al que se encuentre expuesta una persona privada de su libertad es connatural a la pena impuesta.

La comunidad internacional, a pesar de ciertos rezagos de concepciones de derecho penal máximo en algunos Estados, acepta que las penas privativas de la libertad tienen "como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad"[6]. Queda claro que para la consecución de este fin los Estados deben garantizar: (i) el goce de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sobre todo en cuanto a la satisfacción de las necesidades que por su condición no pueden solventar por si mismas; y, (ii) el ejercicio de estos derechos mediante sistemas de garantías judiciales que respeten el debido proceso legal y que tomen en cuenta su particular condición de vulnerabilidad[7].

Por las razones antes expuestas los Estados han adoptado una serie de instrumentos que reconocen los derechos de las personas privadas de la libertad, de los cuales son relevantes para el Estado ecuatoriano: (i) en términos generales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales; (ii) en específico el Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Preámbulo.
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Preámbulo.
7. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Preámbulo.

detención o prisión, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, los Principios básicos de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, (iii) las sentencias de fondo y medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han abordado la problemática de los sistemas penitenciarios de varios países del continente.

El presente artículo tratará de abarcar las fuentes antes mencionadas para dar una visión integral de las obligaciones del Estado ecuatoriano generadas en virtud de estos instrumentos en materia de derechos de las personas privadas de su libertad; para esto abordaremos los siguientes puntos: (i) Las personas privadas de la libertad como grupo vulnerable, (ii) limitación de derechos de las personas privadas de su libertad; y (v) las conclusiones.

II. Las personas privadas de su libertad como grupo vulnerable

En función del objetivo de procurar condiciones de igualdad material, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones Nacionales reconocen la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales marginados históricamente y cuya condición les impide alcanzar los niveles de goce de los derechos fundamentales que tiene el resto de la población.

Estos grupos son, sin querer hacer una lista exhaustiva, los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, las personas discapacitadas, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que ejercen su diversidad sexual y las personas privadas de su libertad. Respecto a estos grupos los Estados tienen una obligación especial de garantes de sus derechos[8]. La vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad se configura por la imposibilidad de proveerse a si mismas ciertas condiciones de vida por su situación de limitación de su libertad ambulatoria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Instituto de Reeducación del Menor, respecto a esta condición de vulnerabilidad, se manifestó en el siguiente sentido:

> *Frente a las personas privadas de libertad,* ***el Estado se encuentra en una posición especial de garante****, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde* ***al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna***[9].

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana de Derechos Humanos); Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; párr. 40; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; párr. 98; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; párr. 111; y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; párr. 138; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2004; considerando sexto; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004; considerando décimo tercero; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay; Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares; Fondo; Reparaciones y Costas); párr. 152; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela; Sentencia de 5 de julio de 2006; (Excepción Preliminar; Fondo; Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 87; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137; párr. 221; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133; párr. 95, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; párr. 118; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Resolución de 30 de Septiembre de 2006, Solicitud de Medidas Provisionales Respecto del Brasil, a favor de las personas privadas de libertad en la penitenciaría "Dr. Sebastião Martins Silveira" en araraquara, São Paulo; párr. 11; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de 30 de noviembre de 2005, Medidas Provisionales Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de los niños y Adolescentes privados de libertad en el "complexo do tatuapé" de febem; párr. 7.

Es importante entender que las medidas de privación de la libertad constituyen la limitación legal de un solo derecho, el derecho a la libertad personal. Todos los demás derechos humanos de las personas privadas de su libertad deben ser respetados, sobre todo los que se refieren a condiciones para el desarrollo de una vida digna acorde a su dignidad humanos[10], sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que:

> *En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad*[11].

Por lo antes expuesto, los Estados deben garantizar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, no sólo con el cumplimiento de obligaciones negativas como la prohibición de las torturas y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, sino llevando adelante adecuaciones estructurales dentro de los centros penitenciarios para la dotación de servicios básicos, así como el acceso a alimentación adecuada, educación, salud, derechos sexuales, libertad religiosa, trabajo[12]. Es decir los Estados "deben asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al **goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible**. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar"[13].

9. Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay; Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párr. 152.
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio I. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay; Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párr. 151.
11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio I.
12. Sobre este punto ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio II.
13. Corte IDH; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay; Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); párr. 153.

Como antes expresamos, para el Derecho Internacional de lo Derechos Humanos las personas privadas de su libertad son un grupo en condición de vulnerabilidad, además, como las medidas privativas de la libertad se aplican de forma generalizada dentro de la administración de la justicia, existen situaciones en las que una persona detenida reúne más de una condición de vulnerabilidad. Sobre este tema se han desarrollado varios instrumentos internacionales que recogen la obligación internacional de los Estados de dar atención especial a estos grupos, en especial a niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas adultas mayores, personas discapacitadas o con enfermedades graves[14], entre otras.

Los instrumentos internacionales contienen cláusulas generales de prohibición de discriminación en base a categorías sospechosas:

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas

Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso[15].

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas

No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores[16].

14. Sobre este punto ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio II.
15. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; apartado 6.1.
16. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 2.

Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar[17].

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad[18].

No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial[19].

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Las Reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole,

17. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 3.
18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio II.
19. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio II.

prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores[20].

Existen disposiciones particulares para estos grupos en estado de vulnerabilidad, de gran importancia como la obligación de la separación de las personas detenidas por categorías como sexo, edad, razón de detención, condición médica, etc[21]. "En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales"[22].

En cuanto a niños, niñas y adolescentes, existen normas especiales como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad[23] y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)[24]. Estas normas establecen un régimen especial basada en la excepcionalidad de las medidas

20. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990; apartado I(4).
21. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IXX.
22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IXX. Sobre este punto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 5(4): "Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas"; y en su artículo 5(5): "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".
23. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19.
24. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

privativas de la libertad[25], mantener el contacto con la sociedad en el proceso de rehabilitación[26], supervisión de las medidas[27] y el tratamiento con personal especializado y acorde a su edad[28].

Para la Corte Interamericana, "la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión"[29].

Las personas con discapacidades mentales son otro grupo tratado de forma especial en el Derecho Internacional, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la atención de este grupo deberá realizarse de la siguiente manera:

> *Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de*

25. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados I(1) y I(2).
26. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados I(1) y I(2).
27. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado II(14).
28. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado II(12).
29. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005; Medidas Provisionales Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de los niños y Adolescentes privados de libertad en el "complexo do tatuapé" de febem; párr. 7. Ver además, Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; párr. 160. En igual sentido, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad[30].

Las personas que son miembros de las nacionalidades indígenas deben recibir sanciones de acuerdo a su justicia consuetudinaria y la privación de la libertad debe ser excepcional[31].

La protección especial debe ser entendida como la obligación del Estado de garantizar a las personas privadas de la libertad, que tenga una doble condición de vulnerabilidad, la atención que mejor se ajuste a sus características particulares. Si las condiciones económicas del Estado no permiten adaptaciones especiales a los centros penitenciarios, entonces se deberán utilizar medidas alternativas a las privativas de la libertad[32].

III. Limitación de derechos de las personas privadas de su libertad

Un tema fundamental que debe ser analizado por los Estado para la conducción de su política penitenciaria es qué derechos están limitados para las personas privadas de su libertad y en que grado. En la mayor parte de legislaciones occidentales las medidas privativas de la libertad sólo conllevan la limitación del derecho a la libertad personal y en algunos la interdicción civil y política. Se entiende entonces que las personas privadas de su libertad "gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas

30. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.4.
31. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.1.
32. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.1.

privadas de libertad"[33], por lo que "el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos"[34].

Tomando en cuenta que la limitación legítima de derechos humanos a las personas privadas de su libertad sólo se puede dar sobre su libertad personal, los demás derechos humanos deben ser garantizados a cabalidad por el Estado. La Corte Interamericana reconoce que "la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, sin embargo esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa"[35].

Ciertas prácticas comunes del sistema penal ecuatoriano deben ser, por tanto, abolidas, como la incomunicación coactiva, la privación de libertad secreta en lugares oficialmente no reconocidos[36], la privación de la libertad a mujeres embarazadas y adultas mayores, entre otras.

Un derecho humano comúnmente violado en el Ecuador es el de la presunción de la inocencia, al aplicar indiscriminadamente la prisión preventi-

33. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VIII. En el mismo sentido; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 5.
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana de Derechos Humanos; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 133; párr. 95. Ver además, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; párr. 102; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; párr 150, y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; párr. 126.
35. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 86. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; párr. 105; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; párr. 116.
36. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.1.

va. La prisión preventiva debe ser aplicada de forma excepcional, tomando en cuenta los demás derechos humanos involucrados en el caso concreto[37] y limitando al máximo la discrecionalidad de los jueces penales para dictar dicha medida[38]. "La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos"[39].

Con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, la comunidad internacional ha establecido cuales deben ser las condiciones mínimas de la detención. A continuación procuraremos resumir cuales son estas condiciones.

1. Control Judicial

La ejecución de las penas, así como de las medidas cautelares personales, debe ser controlada de forma constante en sede judicial[40]. Los derechos de las personas privadas de la libertad deben ser susceptibles de garantía por vía judicial, mediante recursos adecuados, abogados gratuitos, exoneración de tasas judiciales y cualquier otra medida para garantizar el acceso a la justicia de las personas privadas de su libertad[41].

37. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.2. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado III(17). Ver además, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), supra nota 23; apartado 13.2.
38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.2.
39. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio III.2. En el mismo sentido, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), supra nota 23; apartado 13.1.
40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VI.
41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VI.

2. Petición y respuesta

En sede administrativa, se deberá garantizar el derecho a elevar peticiones a las autoridades públicas y recibir respuesta dentro de un plazo razonable[42]. Este derecho incluye el establecimiento de figuras como el silencio administrativo, permitir la representación de terceros, sanciones administrativas por la falta de respuesta, el acceso a la información del detenido de forma gratuita y en todo momento[43], así como la provisión de recursos efectivos para apelar las decisiones de la autoridad.

Las denuncias presentadas por las personas privadas de su libertad por violación de sus derechos humanos deberá ser atendida por las instancias responsables de forma preferente, no se podrá limitar el derecho de las personas privadas de su libertad de comparecer como actoras en procesos ante el Estado o instancias internacionales [44].

3. Registro e ingreso

El ingreso de una persona a un centro de privación de libertad no será permitida por las autoridades del centro si este no está autorizado por una orden de autoridad competente[45], en el momento del ingreso se deberá informar a la persona detenida en su lengua materna cuales son las reglas del centro en cuanto sus derechos y obligaciones[46].

Los centros de detención deberán llevar un registro de las personas privadas de su libertad[47], el cual deberá contener la información sobre identidad, el estado de salud, razón de la privación, la autoridad que la ordenó, la autoridad que realiza la entrega, la autoridad que controla la privación, día y

42. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VII.
43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VII.
44. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio VII.
45. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.1.
46. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.1.
47. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.2.

hora del ingreso, día y hora de los traslados y lugares de destino, identidad de la autoridad que ordene los traslados y la encargada de realizarlos, inventario de bienes personales y la firma de la personas privada de su libertad[48].

Se deberá tener especial atención con: (i) las mujeres, a las cuales se les deberá realizar una prueba de embarazo; (ii) los niños, niñas y adolescentes, de los cuales se deberá indagar su edad y en caso de duda suponer que son menores de edad.

4. Atención médica

En vista de que los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, no son limitados por la orden judicial de privación de la libertad, el Estado debe garantizar el acceso a la atención médica gratuita e integral mientras dure la detención.

Esta obligación del estado empieza con el ingreso de la persona al centro, en ese momento se le debe practicar un examen médico imparcial y confidencial en los que se constate la salud mental y física de la persona detenida, además de la identificación de huellas de maltrato físico o tortura y de la necesidad de algún tratamiento médico especial[49]. Si este examen da como resultado la existencia de alguna condición de gravedad, se deberá trasladar la información a la autoridad competente[50], en especial las señales de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho a la salud se mantiene a lo largo de la ejecución de la medida, entendiendo el derecho a la salud como "el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y

48. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.2.
49. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.3. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (H) (50). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 24.
50. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.3.

gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas"[51].

La atención médica deberá ser acorde al sistema nacional de salud, es decir las personas privadas de la libertad deberán tener acceso en la misma medida a la atención de salud pública y la instancia rectora del salud dentro del país deberá tomar en cuenta a las personas privadas de su libertad al dictar sus políticas, administrar sus recursos y priorizar sus inversiones[52], con el fin de lograr que "los reclusos tengan acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica"[53].

La atención médica debe ser regular y debe ser acompañada por los tratamientos que la personas requiera, "a su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal, ... La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros"[54].

51. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio X. Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 22.
52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio X.
53. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 9.
54. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 102. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137; párr. 227; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115; párr. 122, y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; párr. 157; y, European Court of Human Rights, Case of Mathew v. The Netherlands, Judgment of 29 September 2005. Application No. 24919/03, para. 187.

En cuanto a las mujeres y niñas, la atención médica debe ser especializada, en especial cuando se encuentren embarazadas, en cuyo caso la pena o la medida privativa de la libertad debe suspenderse hasta 90 días después del parto[55]. Pasado estos 90 días la atención ginecológica y pediátrica debe ser constante[56], para lo cual "en los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz"[57].

Los hijos e hijas de las personas privadas de su libertad deberán contar también con servicio de salud especializado, así como acceso a todos los derechos humanos de los que son titulares, para lo cual se deberán contar con guarderías infantiles, servicios educativos, nutrición ademada y recreación[58].

Además de las disposiciones ya mencionadas existen obligaciones específicas en cuanto a niños, niñas y adolescentes, para este grupo se deberá entregar atención médica especializada, "tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitarias apropiadas de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad"[59].

55. El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal señala que: Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En el mismo sentido el Art. 58 del Código Penal prescribe: Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto. Similar disposición se encuentra en el Art. 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia: Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.
56. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio X.
57. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio X. En el mismo sentido, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 23.
58. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio X.

Las personas que sufran enfermedades mentales deberán recibir tratamiento en instituciones especializadas[60], de la misma forma, deberán existir programas de prevención y tratamiento del uso de drogas ilegales[61].

Con el fin de la prevención de enfermedades, las personas privadas de su libertad deberán tener acceso a artículos de aseo[62] y duchas[63]. "Se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo"[64]. Las condiciones de ventilación, manejo de desperdicios, la preparación de alimentos y otras condiciones de salubridad deberán ser constantemente monitoreadas por el personal médico y por la dirección del Centro[65].

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha interpretado que "las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del derecho a la integridad personal, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad"[66].

59. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(H)(49).
6.0. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(H)(53).
61. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(H)(54).
62. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 16. Sobre este tema ver además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XII.2.
63. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 15.
64. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XII.2.
65. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 26.
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr.97.

5. Alimentación y agua potable

La alimentación de las personas privadas de su libertad deberá ser provista por el Estado, tomando en cuenta estándares de nutrición e higiene en su preparación. Deberá tomar en cuenta además las concepciones religiosas y culturales de los individuos, así como dietas especiales debido a condiciones médicas particulares[67]. En los casos en que los niños, niñas y adolescentes puedan permanecer con sus padres dentro de los centro de privación, su nutrición estará a cargo del Estado y se les deberá tomar en cuenta en los presupuestos destinados para la alimentación de las personas privadas de su libertad. Los centros de privación de libertad contarán con provisión suficiente de agua potable[68].

Es importante destacar que prácticas como la privación del agua potable o el alimento con fines de castigo o como forma de indagación, deben estar prohibidos en la ley y su uso constituye, según el grado de afectación a la persona y la intencionalidad del acto, tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes.

6. Albergue

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado también en establecer cuales son las condiciones que deben tener las personas privadas de la libertad en cuanto al espacio físico que ocupan dentro de los centros de privación de libertad.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas prescriben que las "celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. ... Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para

67. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 20. En el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XI. Ver también, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(D)(37).
68. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XI.

ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate"[69].

Sobre este punto la Comisión Interamericana agrega que estos cuartos o celdas deben "disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se les proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno"[70].

Las celdas deberán tener acceso a instalaciones sanitarias adecuadas[71] y a baños y duchas a temperatura adecuada[72]. Las personas privadas de su libertad deberán ser provistas de vestido, las cuales deben ser adecuadas a las condiciones climáticas del lugar de detención[73]. Se deberá además respetar el derecho a la intimidad, expresada en el derecho de mantener objetos personales en sitios seguros[74].

Para el Corte Europea de Derechos Humanos, el sólo hecho de que una persona sea obligada a hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos fue declarado como un trato degradante[75].

69. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 9.1. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.
70. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XII.1. Sobre este punto ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 10, 11 y 19. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(D)(31).
71. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 12. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(D)(34).
72. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 13.
73. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XII.3. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(D)(36). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 17 y 18.
74. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(D)(35).
75. European Court of Human Rights, Case of Khudoyorov v. Russia. Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02, para. 107; European Court of Human Rights, Case of Karalevicius v Lithuania. supra nota 149, para. 39; European Court of Human Rights, Case of I.I v Bulgaria. supra nota 142, para. 73. En el mismo sentido, Corte

7. Educación y cultura

Como parte indispensable de la rehabilitación social, a las personas privadas de su libertad se les debe garantizar su derecho a la educación y a la cultura[76]. La educación deberá ser "accesible para todas las personas, en todos los niveles, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales"[77].

Especial atención recibirán los niños, niñas adolescentes y las personas que no han terminado su educación básica[78]. En los centros de privación de la libertad se "promoverán ... de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes"[79].

Los servicios de educación ofertados en los centros de privación de la libertad deberán estar coordinados por la autoridad que dirige la educación pública nacional[80], en concordancia con esta directiva las personas privadas de su libertad deberán tener acceso a las ofertas educativas públicas en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad.

Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 99.

76. La ausencia del derecho a la educación puede constituir una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, sobre este punto revisar los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana de Derechos Humanos; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo. Reparaciones y Costas); Serie C No. 133; párr. 96; ONU, Comité de Derechos Humanos; Mukong c. Camerún, Comunicación No. 458/1991, (CCPR/C/51/D/458/1991); párr. 9.3. y ONU, Comité de Derechos Humanos; Anthony McLeod c. Jamaica, Comunicación No. 734/1997 (CCPR/C/62/D/734/1997); párr. 6.4.
77. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII. En el mismo sentido; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 6.
78. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados IV (E)(38), IV(E)(39) y IV(E)(40). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 77.
79. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII.
80. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII.

Para impulsar la actividad educativa y cultural, cada centro deberá contar con bibliotecas equipadas y equipo tecnológico adecuado[81]. Las personas privadas de la libertad deberán contar con acceso a actividades culturales[82], sociales, deportivas[83] y recreativas[84].

La educación de los niños, niñas y adolescentes deberán orientarse a la formación profesional, que les prepare para ejercer una profesión en el futuro[85].

8. Trabajo

Los Estados, en aras de impulsar una rehabilitación integral, deberán impulsar el derecho al trabajo de las personas privadas de su libertad[86]. Dicho trabajo deberá recibir una remuneración adecuada de acuerdo al trabajo realizado[87]. Se deberá poner especial atención a nivel nacional e internacional de que el trabajo de las personas privadas de la libertad no sea convertida en una forma de explotación, en la que estas personas sufran explotación laboral o se le empiecen a descontar los gastos de alimentación y servicios

81. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (E)(41).
82. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIII.
83. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(F)(47).
84. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 78.
85. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados IV(E)(42) y IV(E)(45).
86. La ausencia del derecho al trabajo puede constituir una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, sobre este punto revisar los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana de Derechos Humanos; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 133; párr. 96; ONU, Comité de Derechos Humanos; Mukong c. Camerún, Comunicación No. 458/1991, (CCPR/C/51/D/458/1991); párr. 9.3. y ONU, Comité de Derechos Humanos; Anthony McLeod c. Jamaica, Comunicación No. 734/1997 (CCPR/C/62/D/734/1997); párr. 6.4.
87. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIV. En el mismo sentido; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 8. Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 71.

básicos dentro del centro de rehabilitación[88], en general el trabajo de las personas privadas de la libertad se regirán por las mismas normas laborales de los trabajadores libres[89]. En el trabajo de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad se deberán observar las normas nacionales e internacionales de protección en materia de trabajo infantil[90].

En los centros de privación de la libertad deberán existir instalaciones para capacitación profesional que permitan a las personas privadas de su libertad el acceso a los trabajos ofertados dentro del centro[91], el trabajo dentro de estos centros será voluntario, será un derecho el optar por el trabajo que se desee realizar[92].

9. Libertad religiosa

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, este derecho se manifiesta mediante la creación de espacios y condiciones adecuadas para realizar sus manifestaciones religiosas tradicionales[93]. De existir suficientes personas que profesen una religión deberán realizarse cultos periódicos y permitir la visita de los pastores de las distintas religiones[94].

88. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 72 y 73.
89. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 74, 75 y 76.
90. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIV. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados IV(E)(44) y IV(E)(46).
91. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XIV.
92. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(E)(43).
93. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XV.
94. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(G)(48).

10. Libertad de expresión, asociación y reunión

Se deberán permitir todo tipo de asociaciones con fines pacíficos de las personas privadas de su libertad[95], las restricciones a este derecho se harán únicamente en función de las necesidades de seguridad del centro.

11. Medidas contra el hacinamiento

El hacinamiento es uno de los problemas más comunes en la administración de los sistemas penales latinoamericanos. Obedece a la falta de planificación de los Estados, al implementar políticas de criminalización de sectores de la población que buscan aumentar la sensación de seguridad con el incremento de la población penitenciaria, política que no es seguida por un incremento de la capacidad de alojamiento del sistema penitenciario.

La Corte Interamericana tratando de determinar que espacio por prisionero podía considerarse hacinamiento declaró que:

> *"Una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes estableció que 7 m^2 por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m^2 para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m^2 para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65*

95. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVI.

m^2 en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio'[96].

En los últimos años, millones de dólares han sido invertidos en la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes por parte de los países consumidores hacia los países latinoamericanos. La mayor parte de estos recursos han sido entregados bajo la condición de que año a año los países latinoamericanos incrementen el número de personas detenidas por delitos de tráfico, mientras poco o nada de esos fondos han sido invertidos en el sistema penitenciario. Actualmente, la lucha contra el tráfico ilegal de drogas ocupa más del 50% del sistema penal y del sistema penitenciario ecuatoriano.

Para la Corte Interamericana, "mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal"[97].

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados deben tener políticas claras en contra del hacinamiento entre las cuales se establece que la autoridad competente debe determinar el máximo de las plazas disponibles en cada centro de detención y el número de personas efectivamente detenidas, dicha información debe ser pública[98]. La ocupación de

96. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 90. Ver además, European Court of Human Rights, Case of Peers v. Greece. Judgment of 19 April 2001. Application No. 28524/95, para. 70-72; European Court of Human Rights, Case of Ostrovar v. Moldova.Judgment of 13 September 2005. Application No. 35207/03, para. 82.; European Court of Human Rights, Case of Kalashnikov v. Russia. Judgment of 15 July 2002. Application No. 47095/99, para. 97; European Court of Human Rights, Case of Karalevicius v Lithuania. Judgment of 7 April 2005. Application No. 53254/99, para. 36; y, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes /Inf (92) 3 EN, 2nd General Report, 13 April 1992, para. 43.
97. Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana de Derechos Humanos; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 133; párr. 95. Ver además Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; párr. 118; Caso Caesar, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, y Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; párr. 102.
98. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVII.

estos establecimientos por encima de su capacidad deberá ser prohibida por la ley, lo contrario constituirá trato cruel, inhumano o degradante y comprometerá la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos[99]. Si se verifican estas situaciones los Estados deberán sancionar a los funcionarios que han permitido esta violación y deberán plantear, junto a los jueces penales, medidas inmediatas para superar este problema[100].

12. Contacto con el mundo exterior

Mantener contacto con el mundo exterior es uno de los derechos básicos de las personas privadas de su libertad. Este contacto incluye el derecho a las visitas de familiares y amigos[101] y el acceso a fuentes de información sobre noticias del exterior[102]. Los Estados deberán permitir estas actividades que tienen como principio ayudar en la rehabilitación y reinserción social de la persona privada de su libertad. En caso de personas privadas extranjeras se deberán proporcionar las facilidades para la comunicación con sus representantes diplomáticos y consulares[103].

El contacto con el exterior incluye el acceso a visitas íntimas, el respeto de los derechos sexuales de las personas privadas de su libertad obliga a los Estados a proporcionar instalaciones adecuadas y a no imponer requisitos que desnaturalicen este derecho, como excluir de este servicio a las personas que no mantengan vínculo matrimonial con la persona visitante o prohibir las visitas íntimas entre personas del mismo sexo.

99. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVII.
100. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVII.
101. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVIII. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartados IV(J)(59), IV(J)(60) y IV(J)(61). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 37.
102. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XVIII. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(J)(62). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 39.
103. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 38.

13. Manejo del sistema de rehabilitación social

13.1 Traslados

En los traslados de las personas privadas de su libertad se deberá respetar su dignidad humana y sus derechos fundamentales[104], para esto se deberán realizar con la menor exposición posible al público, impidiendo toda clase de publicidad y en condiciones adecuadas de ventilación y luz[105].

Los traslados se realizaran con autorización de la autoridad competente, a costa del Estado y jamás deberán practicarse con el objeto de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de su libertad[106].

13.2 Personal de los centros de rehabilitación social

El personal en los centros de privación de la libertad estará compuesto por personas calificadas que haya sido instruidas en derechos humanos, uso progresivo de la fuerza y derechos de las personas privadas de la libertad[107]. Las condiciones de alojamiento, seguro social y remuneración del personal deberán ser acordes a la dignidad humana yal riesgo inherente a su labor[108].

Los miembros del personal de los centros de privación de la libertad deberán ser cuidadosamente seleccionados de entre personas con integridad ética y moral y con capacitación especial de acuerdo a las particularidades de la población del centro[109], se prohibirá que miembros de la Policía Nacional

104. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.4.
105. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 45.
106. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio IX.4.
107. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principios XX (i) y XX (vii). En el mismo sentido, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 47 y 54. Ver además, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de liberta, supra nota 19; apartado V (85).
108. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XX(vi). En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de liberta, supra nota 19; apartado V (83).

o las Fuerzas Armadas realicen funciones de custodia en los establecimiento de privación de la libertad[110].

El personal del centro de privación de la libertad deberá contar con profesionales en psicología, educación, medicina y en general personas especializadas para el tratamiento de las personas privadas de su libertad[111].En los centros para mujeres o mixtos, el personal directivo, de custodia y vigilancia será femenino[112] y en los centros para niños, niñas y adolescentes, el personal deberá ser especializado para el tratamiento de este grupo[113].

13.3 Registros corporales e inspecciones de instalaciones

Los registros corporales y las inspecciones de instalaciones deberán realizarse con la debida necesidad, razonabilidad y proporcionalidad[114] para lograr la protección de la vida y la integridad de las personas privadas de su libertad. Los registros corporales a las personas privadas de su libertad y sus visitas deberán ser acordes a la dignidad humana y los derechos humanos[115]. En todo caso la ley prohibirá los registros vaginales[116].

109. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XX(ii). En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de liberta, supra nota 19; apartado V (82). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 46 y 48.
110. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XX (iii).
111. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XX (v). En el mismo sentido, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartados 49 y 52.
112. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XX (iv). En el mismo sentido, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 53.
113. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de liberta, supra nota 19; apartado V (81).
114. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXI (i).
115. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXI (ii).
116. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXI (iii).

13.4 Régimen disciplinario

Para la adecuada conducción de los centros de privación de la libertad, los Estados podrán establecer sanciones disciplinarias a las personas privadas de su libertad que violenten las normas de convivencia del centro[117]. Las conductas punibles y sus respectivas sanciones deberán estar contenidos en la ley[118] y no podrán contravenir las normas de derechos humanos. Las sanciones impuestas deberán ser susceptibles de control judicial[119] y para su imposición se deberán cumplir las normas del debido proceso legal[120].

Las sanciones incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos serán prohibidas por la ley. Específicamente quedarán prohibidos los castigos crueles, inhumanos o degradantes[121], los traslados, el aislamiento[122] y las sanciones colectivas[123].

117. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 27. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (L) (66).
118. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 29. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (L) (68).
119. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXII.1.
120. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXII.2. En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (L)(70). Ver también, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 30.
121. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; supra nota 14; apartado 31[...] En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV (L) (67).
122. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXII.3. En el mismo sentido; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; supra nota 2; Principio 7.
123. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXII.4.

13.5 *Medidas para combatir la violencia y situaciones de emergencia*

El uso de la fuerza dentro de los centros de privación de la libertad deberá sujetarse de forma estricta a parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad[124], en especial el uso de armas de fuego el cual será excepcional y deberá ser justificado por el agente que tomó la decisión de usarla[125]. En el caso de centros de privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes, estará prohibido por la ley el portar armas de fuego[126].

La posición de garante del Estado respecto a las personas privadas de su libertad, le obliga a "preservar la vida y la integridad de las personas que se encuentren bajo su custodia, esto se traduce en el deber de protegerlas de la violencia que puede ser consecuencia tanto de la acción de agentes estatales, como de la actuación de terceros particulares"[127].

La violencia dentro del centro de privación de la libertad deberá ser prevenida oportunamente[128] mediante acciones eficaces y acordes a los derechos fundamentales. Entre las medidas enumeradas por la Comisión Interamericana se encuentran:

a. *"Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento;*

124. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXIII.2(i). En el mismo sentido, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(K)(64).
125. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principios XXIII.2 (ii) y XXIII.2 (iii).
126. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; supra nota 19; apartado IV(K)(65).
127. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Resolución de 30 de Septiembre de 2006, Solicitud de Medidas Provisionales Respecto del Brasil, a favor de las personas privadas de libertad en la penitenciaría "Dr. Sebastião Martins Silveira" en araraquara, São Paulo; párr. 16.
128. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXIII.1 (i). Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXIII.1 (i).

b. Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal;
c. Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos;
d. Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal;
e. Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias;
f. Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos;
g. Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y
h. Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley"[129].

Los Estados tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva, imparcial y ágil sobre los hechos de violencia suscitados dentro de centros de privación de la libertad y en caso de hallarse excesos por parte de los agentes estatales se procederá a la sanción de los responsables y a la reparación de las víctimas[130].

En concordancia con los principios enunciados, será inaceptable la aplicación de la llamada "ley de fuga" por la cual en varias ocasiones en Ecuador se ha ejecutado extrajudicialmente a personas privadas de su libertad con la excusa de presuntos intentos de fuga de los centros de rehabilitación social del país.

129. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principio XXIII.2 (ii).
130. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"; supra nota 2; Principios XXIII.3(i) y XXIII.3(ii).

IV. Conclusiones

Sin la finalidad de realizar un diagnóstico exhaustivo de la situación de las personas privadas de su libertad, podemos llegar a algunas conclusiones respecto al nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en esta materia:

- Se debe regular de mejor manera la prisión preventiva dentro del proceso penal de manera que cumpla con el parámetro de excepcionalidad consagrado en la nueva Carta Magna, de manera que se descongestione el sistema penitenciario y sea materialmente posible mejorar las condiciones de los centros de rehabilitación social.

- Se debe reforzar la defensoría pública para permitir el acceso a la justicia de las personas privadas de la libertad, en especial en lo concerniente a acciones constitucionales de protección a sus derechos fundamentales.

- Se debe capacitar al personal de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social sobre el derecho de petición y respuesta de las personas privadas de su libertad, para que estas tengan la atención debida. Además, se deberán establecer sanciones a aquellos funcionarios que no atiendan las peticiones dentro del plazo legal.

- Se deben establecer sanciones claras a los funcionarios que permitan el ingreso a centros de rehabilitación social de personas sin orden judicial de privación de la libertad, con enfermedades graves, mujeres embarazadas, personas de quien no se pueda tener certeza de su edad, personas adultas mayores sin sentencia condenatoria.

- La revisión médica previa al ingreso de una persona debe realizarse en unidades de salud independientes y toda muestra de maltrato físico deberá ser denunciada de forma inmediata a la fiscalía.

- Las unidades médicas de los centros de rehabilitación social deben estar equipadas con medicinas suficientes para las prescripciones médicas de todas las personas detenidas. En caso de enfermedades que requieran hospitalización o exámenes médicos se deberán trasladar a los pacientes a un hospital público a costa del Estado.

- Los jueces, fiscales y funcionarios de los centros de rehabilitación social deberán dictar o solicitar el arresto domiciliario de las mujeres embarazadas con orden de prisión preventiva o con sentencia condenatoria. La atención médica a estas mujeres deberá correr a cargo del Estado.

- Se deberá mejorar la comida que se entrega a las personas privadas de su libertad, tanto en cantidad (para que ninguna persona quede sin alimento) como en calidad (tomando en cuenta las necesidades nutricionales).

- Resulta urgente un aumento en la capacidad de alberge de los centros de privación de la libertad y un incremento en el uso de medidas alternativas a la pena, a la prisión preventiva, agilitar el sistema de rebajas, todas estas medidas en aras de combatir efectivamente el hacinamiento y las deplorables condiciones de vida en los centros del país.

- Los calabozos de la Policía funcionan al margen de la ley, la Constitución y del derecho internacional, por lo cual deben ser abolidos de forma inmediata.

- Los programas educativos dentro de los centros de rehabilitación deben ser incentivados y ser la norma en lugar de la excepción. Se deberán firmar convenios con colegios y universidades a distancia para que las personas privadas de su libertad puedan tener acceso a estos niveles de educación.

- El Ministerio de Trabajo debe dictar políticas públicas y alianzas para incentivar la ocupación de las personas privadas de su libertad, con observación irrestricta a las normas laborales.

- Se debe suspender toda limitación, que no sea logística, a las visitas íntimas para las personas privadas de su libertad, en especial las que se refieren al estado civil o la orientación sexual.

- Urge la creación de una ley que contenga las normas de convivencia dentro de los centros de rehabilitación, las sanciones y el proceso que deberá seguirse para aplicarlas. La Dirección Nacional deberá dejar de usar inmediatamente los traslados como medio de castigo.

- Las inspecciones vaginales deben ser prohibidas a nivel nacional.

- El personal de los centros de rehabilitación, en especial su director o directora, deberán informar inmediatamente a la fiscalía sobre hechos de violencia dentro de estos establecimientos para su inmediata investigación.

Todas estas medidas son necesarias para poner al día al Ecuador en sus obligaciones internacionales. El Estado ecuatoriano "no puede alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano"[131]. La atención prioritaria a las personas privadas de su libertad es una necesidad básica para guardar coherencia con el nuevo Estado garantista de derechos consagrado en nuestra Constitución. Sólo de esta forma se conseguirá un auténtico sistema de rehabilitación social que constituya una garantía para la seguridad de la sociedad y un límite al poder represor del Estado. Mientras no consigamos poner en práctica las normas mínimas expresadas en el presente trabajo no podremos hablar de un giro hacia el Estado Social de Derechos, ya que las cárceles siempre serán el espejo de nuestra sociedad.

131. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C No. 150; párr. 85. En el mismo sentido, the European Court of Human Rights, Case of I.I v Bulgaria. Judgment of 9 June 2005. Application No. 44082/98, para. 77; European Court of Human Rights, Case of Poltoratskiy v. Ukraine. Judgment of 29 April 2003. Application No. 38812/97, para. 148.

EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL[1]

Al destacado constitucionalista Jorge CARPIZO, maestro y amigo.

I. Introducción: justificar y aplicar los derechos

Fue Norberto BOBBIO quien sugería que, en nuestro tiempo (caracterizado por el propio BOBBIO como el "tiempo de los derechos") no hacía falta preguntarse por el fundamento de los derechos, sino que el esfuerzo teórico y política debía dirigirse hacia su efectiva aplicación. "El problema de fondo relativo a los derechos –afirmaba BOBBIO- es hoy no tanto el de *justificarlos*, sino el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político"[2].

La afirmación es cierta, pero no creo que en América Latina podamos darnos el lujo de dejar de ofrecer buenos a favor de ciertos derechos. Argumentos que puedan justificarlos en nuestras sociedades profundamente conservadoras, profundamente afectas al autoritarismo que ha gobernado la región durante siglos. Justificar los derechos tiene pleno sentido en América Latina, sin que ello vaya en demérito de la permanente exigencia sobre su efectiva aplicación. No son cuestiones que deban estar reñidas siempre y en todo momento.

En las páginas siguientes se exponen tres distintos argumentos que sirven para explicar, con mayor o menor provecho, porqué la libertad de expre-

1. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
2. BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997 (reimpresión), p. 16.

sión es importante para cualquier democracia constitucional. En el apartado final de este breve ensayo se aportan algunas consideraciones acerca del objeto que protege la libertad de expresión y que nos permite distinguirla de otros bienes tutelados constitucionalmente.

II. Justificaciones de la libertad de expresión

Sobre la libertad de expresión, partiendo de una óptica filosófica más que normativa, podríamos preguntarnos: ¿Qué justifica que debamos proteger la libertad de expresión? ¿Por qué debe una persona tener el derecho de expresar un punto de vista con el que no estamos de acuerdo? ¿Qué valor importante se tutela al permitir a ciertos sujetos defender ideas que sabemos que están equivocadas o son contrarias a la evidencia científica disponible? ¿Por qué debemos permitir que las personas adultas se alleguen de material que consideramos obsceno o que difunde valores contrarios a nuestras creencias más íntimas o esenciales?

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia[3]: a) el argumento sobre el descubrimiento de la verdad; b) el argumento de la auto-realización personal; y c) el argumento de la participación democrática. Veamos, aunque sea a grandes rasgos qué propone cada una de estas aproximaciones.

III. El argumento sobre el descubrimiento de la verdad

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas. Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humanos. Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posi-

3. BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

ble, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

En este sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell HOLMES, debemos crear un "mercado de ideas", donde cada una de ellas compita con las demás en una suerte de competición intelectual que nos acerque a todos a la verdad[4].

El pasaje de HOLMES en el que expresa su postulado del mercado de las ideas es el siguiente:

> "Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal"[5].

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad: ¿Cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio? ¿Cómo podremos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes? Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de

4. El postulado de HOLMES sobre el "mercado de las ideas" se encuentra en su conocido voto disidente dentro del caso *Abrams versus US*, resuelto en 1919. Sobre esta idea puede verse, entre otros, CODERCH, Pablo SALVADOR (director), *El mercado de las ideas*, Madrid, CEC, 1990.

5. He tomado la traducción de los pasajes transcritos de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, p. 191.

una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que éstas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando[6].

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justificar por sí sólo el derecho de libertad de expresión. En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera pero que no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas. Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Estados democráticos.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre no necesariamente permite llegar a la verdad[7]. Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poniendo a un lado sus argumentos y actuando de buena fe respeto de las posturas contrarias. Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar

Por otra parte, en la actualidad el "mercado de las ideas" que postulaba Holmes quizá no esté abierto para todos. Hay personas que tienen la capacidad de hacerse oír por sus semejantes, mientras que otras no tienen acceso a los canales de difusión del pensamiento y deben contentarse con transmitir sus puntos de vista a las personas que tienen cerca. La accesibilidad al mercado tiene poco que ver con el contenido de verdad de las ideas que cada persona defiende; puede haber ideas verdaderas que simplemente no figuren en el debate público, mientras que otras –que son falsas- se diseminan con gran amplitud.

Finalmente, el argumento de la verdad parte de una idea que difícilmente es verificable: aquella que sostiene que todos los participantes en el debate público van a sostener posturas e ideas racionales. El postulado del interlocutor racional como participante activo o pasivo del mercado de las ideas puede ser puesto en cuestión.

6. Ver sobre este punto el análisis de Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
7. BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, cit., pp. 7-13.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión es interesante ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permiten e incluso fomenten el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios. De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

IV. El argumento de la auto-realización

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos. En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la auto-realización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión[8].

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar que también las llamadas personas morales o personas jurídico-colectivas –por ejemplo, los partidos políticos- tuvieran derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo). Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la "auto-realización", que es más bien un privilegio de las personas individuales.

8. BARENDT, Eric, Freedom of speech, cit., pp. 13-18.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la auto-realización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas. La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas que conducta que consideramos equivocadas.

Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas morales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer a través de Internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su auto-realización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la auto-realización de los ideales de vida de otras personas.

V. El argumento de la participación democrática

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país de que se trate. Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea "abierto, desinhibido y robusto", para retomar los conceptos escritos por el juez William BRENNAN en la sentencia *New York Times versus Sullivan*. Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático[9].

9. Ignacio Villaverde sostiene que la vigencia de los postulados de BRENNAN es absoluta en nuestro tiempo. Creo que tiene mucha razón. Ver su texto "Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información" en CARBONELL, Miguel (coordinador), Problemas contemporáneos de la libertad de expresión, México, Porrúa, CNDH, 2004, pp. 1-12.

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.

La libertad de expresión permite alimentar las campañas partidistas, confrontar las ideas de los candidatos, ejercer la crítica contra los malos funcionarios, proponer modelos más funcionales en la forma de gobierno, etcétera.

Ahora bien, igual que sucede con los dos tipos de argumentos que ya hemos examinado, tampoco el argumento de la participación democrático nos puede servir para dar fundamento, por sí sólo, a la libertad de expresión. En efecto, hay ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica.

Es el caso de la protección que reciben los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

Incluso más: en democracia se protege también el discurso que propugna por la abolición del propio régimen democrático y de todas sus instituciones. La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante.

La libertad de expresión es lo que permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias. Esto es lo que da lugar, llevado al terreno de lo partidista, a la alternancia en el

gobierno, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático. Los partidos que hoy en día son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo a través del sufragio. De esa manera la libertad de expresión contribuye de forma significativa y concreta al desarrollo democrático.

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión por su valor para la solidez del régimen democrático puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis BRANDEIS, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney versus California*, resuelto en 1927. Se trata de un pasaje más o menos largo, pero que vale la pena transcribir en su integridad tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de BRANDEIS fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

> Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engrendra represión; que la represión engrendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impues-

to por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución[10].

Como puede verse, BRANDEIS en realidad conjuga elementos de los tres distintos tipos de argumentaciones que se suelen esgrimir en defensa de la libertad de expresión: se refiere a la verdad, se refiere a la realización del destino individual y colectivo, y se refiere a la importancia de debatir pública y libremente sobre los asuntos de interés general para que un país sea democrático. Se trata de afirmaciones que, además de su hondura filosófica, son útiles para comprender la manera en que la libertad de expresión debe ser protegida por los textos constitucionales y por las personas encargadas de su aplicación.

10. Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de BRANDEIS; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos, que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión y de su importancia para el sistema democrático; algunos han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V A.C.; para una reflexión sobre este asunto ver LEWIS, Anthony, Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda, Miami, SIP, 2000, p. 76.

VI. El contenido de la libertad de expresión

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los modernos estados constitucionales. Hemos hablado de conceptos como los de "verdad", "auto-realización" y "democracia"; hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida, etcétera. De esta manera estamos listos para pasar a la última cuestión, que es la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera en que podemos distinguirlo de otras manifestaciones de la conducta humana.

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto mismo que protege esa libertad. Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales. Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial incluso obsequiosa, en vista de la "posición preferente" que tienen respecto a otros derechos fundamentales. Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿Qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?

Contestar a esa pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión; su simple exposición excede con creces el objeto del ensayo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas distinciones más o menos conocidas, las cuales vienen a servir de complemento de las ideas que, a modo de una suerte de fundamento, se expusieron en las páginas precedentes. De las respuestas que seamos capaces de dar a las cuestiones planteadas dependerá en parte la construcción de una teoría de los límites a la libertad de expresión, puesto que un primer elemento para tal construcción depende precisamente de la delimitación que podamos hacer del objeto jurídico tutelado, ya que cualquier conducta que se ubique fuera de ese perímetro estará sujeto a otro tipo de protección o quizá a ninguna[11].

11. Faúndez Ledesma, Héctor, Los límites a la libertad de expresión, México, IIJ-UNAM.

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto de investigación es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se proyectan como "conductas materiales" exteriores y verificables. Es decir, por un lado tendríamos las expresiones del pensamiento, ya sean orales, en forma escrita o en cualquier mecanismo que recoja imágenes o expresiones (discos, diskettes, emisiones televisivas, etcétera), y por el otro aquellas conductas que realizamos cotidianamente y que comportan movimientos físicos que, de una u otra manera y con distinto alcance, cambian el mundo a nuestro alrededor.

En principio, las conductas puramente expresivas serían el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales de expresión e imprenta (recogidos, por citar un ejemplo, en los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana[12]). Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de transmisión de las mismas.

Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo. Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell HOLMES en su voto del caso *Schrenk*, cuando dijo que si alguien grita "¡Fuego!" en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

Hay otros ejemplos de expresiones incitatorias que, siendo expresiones, tienen efectos conductuales más o menos directos y pueden dar lugar ya no a la protección de las mismas, sino a la determinación de responsabilidades jurídicas para quienes las emitan. Así por ejemplo, la libertad de expresión probablemente podría amparar que una persona emitiera su punto de vista en la calle acerca de la inferioridad de cierto grupo racial, pero si esa misma persona incita a sus oyentes a ir detrás de un miembro de esa raza supuestamente inferior y a pegarle, entonces no estará protegido por la liber-

12. Una interpretación de tales artículos puede verse en CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2009, pp. 367-475.

tad de expresión, sino que con mucha probabilidad será considerado responsable de una conducta sancionada penalmente.

SCANLON nos ofrece otros ejemplos de conductas expresivas que, siendo tales, despliegan ciertos efectos dañinos hacia bienes jurídicamente protegidos y, en esa virtud, pueden ser sancionadas[13]. Por ejemplo, nos dice este autor, no está amparada por la libertad de expresión la comunicación del ladrón del banco que le extiende un papel al cajero pidiéndole todo el dinero que tiene. Tampoco está amparada en la libertad de expresión la difusión de una sencilla fórmula por la cual, a partir de elementos simples como los que se encuentran en la mayoría de los hogares de México o de otros países, se pudiera fabricar una bomba; si alguien da con esa fórmula no podría subirla a Internet, por ejemplo. Y si lo hace estaría incurriendo en una conducta prohibida en ciertos países.

13. SCANLON, Thomas, "Teoría de la libertad de expresión" en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho,* México, FCE, 1980, pp. 285 y siguientes.

REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

(A la luz del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*)*

Eduardo **FERRER MAC-GREGOR****

I. Introducción

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Tribunal Interamericano") ha reiterado en el presente caso, por unanimidad de votos, su doctrina jurisprudencial sobre el "control de convencionalidad". He considerado oportuno emitir el presente voto razonado para resaltar las nuevas consideraciones y precisiones que sobre dicha doctrina se vierten en esta Sentencia, así como para enfatizar su trascendencia para el sistema jurisdiccional mexicano y, en general, para el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. Los jueces que integramos la Corte IDH en el presente asunto, deliberamos sobre diversos aspectos del "control de convencionalidad" en dos momentos, reflejados en sendos apartados de la Sentencia pronunciada en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (en adelante "la Sentencia"). En primer lugar, al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado demandado, relativa a la alegada incompetencia de la Corte IDH como "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia";[1] en segundo término, al establecer las medidas de reparación derivadas de las violaciones a determinadas obligaciones internacionales, especialmente en el capítulo de

* El presente texto reproduce íntegramente el voto razonado que emití en calidad de juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, resuelto el 26 de noviembre de 2010.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Mail: eferrerm@servidor.unam.mx

1. Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

"Garantías de no repetición" y particularmente en el acápite sobre la necesaria "Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de justicia".[2]

3. Para una mayor claridad, abordaremos por separado: a) la excepción preliminar opuesta por considerar incompetente a la Corte IDH por motivos de "cuarta instancia" al haber realizado los tribunales nacionales el "control de convencionalidad" (párrs. 4 a 12); b) las principales características del "control difuso de convencionalidad" y sus precisiones en el presente caso (párrs. 13 a 63); c) las implicaciones de esta doctrina jurisprudencial en el ordenamiento jurídico mexicano (párrs. 64 a 84), y d) algunas conclusiones generales sobre la trascendencia de esta fundamental doctrina de la Corte IDH, que de manera progresiva está creando un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América Latina (párrs. 85 a 88).

II. Excepción preliminar de "cuarta instancia" y "control de convencionalidad"

4. El Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirma, fue ejercido el "control de convencionalidad" *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano al no poder "revisar" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales. Este alegato sobre el ejercicio previo del "control de convencionalidad" en sede nacional, como excepción preliminar, resulta novedoso y fue motivo de especial atención por los jueces integrantes de la Corte IDH.

5. En principio, es necesario recordar que la Corte IDH, ha considerado que "si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos proce-

2. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 1, párrs. 224 a 235.

sos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana,[3] lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores".[4]

6. En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de "cuarta instancia", es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el "control de convencionalidad" en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana. Al respecto, la Corte IDH reitera que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia),[5] lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno" (párr. 16 de la Sentencia).

7. Esta "interacción" se convierte, en realidad, en una "viva interacción"[6] con intensos vasos comunicantes que propician el "diálogo jurisprudencial", en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la inter-

3. Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222; Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 44, y Caso Da Costa Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C No. 204, párr. 12.
4. Cfr. Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguala") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 49.
5. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo)."
6. García-Sayán, Diego; cfr. su trabajo, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004; San José; Corte Interamericana de Derechos Humanos; 2005; pp. 323-384.

nacional) necesariamente deben atender a la normatividad "nacional" y a la "convencional" en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

8. De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio).[7] Dicho análisis, por consiguiente, no puede

7. Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[...] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso". Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión —esencial para la tutela de los derechos humanos— con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8°, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes —en múltiples vertientes— lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151).

constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

9. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el "principio de subsidiariedad" antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el "que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

10. La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión:[8]

> La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para

8. Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

> conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos. (Subrayado añadido).

11. De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana ser competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jue ces nacionales, incluido el correcto ejercicio del "control de convencionali dad", siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de l compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención American sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia juris prudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribuna Interamericano en un "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia", *ya que s actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compro misos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso parti cular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdic cionales domésticos*, lo que evidentemente en este último supuesto equival dría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de l naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

12. Por el contrario, la Corte IDH es competente para conocer "de lo asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraído por los Estados partes";[9] siendo precisamente el objetivo principal de Tribunal Interamericano "la aplicación e interpretación de la Convenció Americana sobre Derechos Humanos",[10] de donde deriva su competenci también para analizar el debido ejercicio del "control de convencionalidad" por el juez nacional *cuando existan violaciones al Pacto de San José*, análi sis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el "fondo" del asunto y no como "excepción preliminar", al ser en aquel momento donde se efectúa el "examen de convencionalidad" de la actuación interna a la luz de la Convención Americana y de la interpretación que se realice a l misma por la Corte IDH.

9. Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
10. Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" y sus precisiones en el presente caso

A. Surgimiento y reiteración de la doctrina

13. La doctrina del "control de convencionalidad" surge en el año 2006,[11] en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile:*[12]

> 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.[13]
>
> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también

11. Con anterioridad existen referencias al "control de convencionalidad" en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. sus votos en los Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco vs. Paraguay, supra nota 8, párrs. 6 y 12.
12. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.
13. Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

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

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno".[14] Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."

14. El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.*[15] En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el "control de convencionalidad" y lo "precisa" en dos aspectos: (i) procede "de oficio" sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

14. Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

15. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Subrayado añadido).

15. Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);[16] *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);[17] *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);[18] *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[19] *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);[20] *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);[21] *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);[22] *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);[23] *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010);[24] *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);[25] *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010),[26] y ahora, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).[27]

16. Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes,* así como en la solicitud de "ampliación de medidas provisionales" de *Raxcacó Reyes y Otros,* todos *vs. Guatemala.*[28] Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la Corte IDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes

16. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.
17. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.
18. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.
19. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.
20. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.
21. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.
22. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.
23. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.
24. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.
25. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.
26. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.
27. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 1, párr. 225.
28. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63.

García Ramírez,[29] y Cançado Trindade,[30] así como del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,[31] a los que nos referiremos más adelante.

B. Aportaciones en el caso Cabrera García y Montiel Flores

17. En la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, se reitera la esencia de la doctrina del "control de convencionalidad" con algunas precisiones de relevancia, en los siguientes términos:

> 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

29. Además de los votos razonados referidos supra nota 11, véanse sus votos posteriores al leading case Almonacid Arellano, que emitió reflexionando sobre el "control de convencionalidad": Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 3 del voto razonado.
30. Cfr. sus votos razonados en los Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30 de noviembre de 2007, especialmente los párrs. 5 a 12, 45 y 49, de su voto disidente.
31. Cfr. su voto razonado y concurrente en el Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. supra nota 4, párrs. 4 y 5.

18. Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el "control de convencionalidad", al sustituir las expresiones relativas al "Poder Judicial" que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que "todos sus órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces", deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad".

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

20. Así, no existe duda de que el "control de convencionalidad" debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[32] y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH,[33] de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

C. Caracterización del "control difuso de convencionalidad" a la luz de su desarrollo jurisprudencial

a) Carácter "difuso": todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo

21. Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los

32. Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

33. Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

22. Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.[34]

23. Se trata de un "sistema de control extenso (vertical y general)" como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto razonado que formuló con motivo de la Sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:[35]

34. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALADÉS, Diego (coords.); Formación y perspectiva del Estado mexicano; El Colegio Nacional-UNAM; México; 2010, pp. 151-188.

35. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, párrs. 4, 12 y 13 del voto razonado.

4. En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores —principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

12. Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso —al que corresponde el "control de convencionalidad"— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (Subrayado añadido).

24. El "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumen-

tos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo "control".

25. Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos,[36] o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables;[37] el reconocimiento de su especificidad en esta materia;[38] la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;[39] en la incorporación de "cláusulas abiertas" de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional;[40] o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades "conforme" a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,[41] entre otros supuestos.[42] De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

36. De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010).
37. Bolivia (art. 256); Ecuador (art. 424); y Venezuela (art. 23).
38. Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa, Tlaxcala y Querétaro.
39. Por ejemplo, en el Perú (art. Transitorio Cuarto); Ecuador (art. 417); y en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4).
40. Por ejemplo, Brasil (artículo 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).
41. Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (4° Bis C), Tlaxcala (artículo 16 B) y Querétaro (Considerando 15).

26. El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.[43] Se forma un auténtico "bloque de constitucionalidad", que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el "bloque de convencionalidad" queda subsumido en el "bloque de constitucionalidad", por lo que al realizar el "control de constitucionalidad" también se efectúa "control de convencionalidad".

27. Precisamente la Corte IDH en los párrs. 226 a 232 de la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la "más alta jerarquía" han aplicado y aceptado el "control de convencionalidad" considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de "recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos" y sin lugar a dudas "constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar".[44]

28. Al respecto, en la sentencia que motiva el presente voto razonado se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y de la

42. Sobre la "interpretación conforme" con los pactos internacionales, véase Caballero, José Luis, La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España, México, Porrúa, 2009.
43. Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativos que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del "bloque de constitucionalidad" a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.
44. Párr. 9 del voto razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez, con motivo de la sentencia referida al Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15.

Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional.

29. Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del "control de convencionalidad" en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" advirtiendo la tendencia de la "constitucionalización" o, si se prefiere, "nacionalización"[45] del "derecho internacional de los derechos humanos" y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento "hermenéutico" y de "control" de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad".

30. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del "control difuso de convencionalidad" debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso "Mazzeo"),[46] donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el "control de convencionalidad", reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid*

45. García-Sayán, Diego; "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos"; op. cit., supra nota 6.

46. Caso "Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, de 13 de julio de 2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Bazán, Víctor, "El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos", en La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario), Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el caso "Mazzeo" véase pp. 10, 11 y 16; asimismo, Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)" en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; y Loiano, Adelina, "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana (coord.), El control de convencionalidad, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

Arellano vs. Chile. En efecto, en el párr. 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

> 21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124-.

31. Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial".[47] Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

47. Precisamente Diálogo Jurisprudencial es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal Interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

32. En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el "control de convencionalidad" en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:[48]

> 3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. (Subrayado añadido).

33. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho "control" con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.

b. Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general

34. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la Sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, materia del presente voto razonado. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar "control de constitucionalidad".

47. Precisamente Diálogo Jurisprudencial es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal Interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

48. Supra nota 15, párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançade Trindade.

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",[49] 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.

36. Así, en los llamados sistemas "difusos" de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de "control de convencionalidad" resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de "control", que operará sólo si no existe una posible "interpretación conforme" de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta "interpretación conforme" se salva la "convencionalidad" de la norma interna. El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional.

37. En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el "control difuso de convencionalidad" con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* "en el marco de sus respectivas competencias". Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación convencional"

49. Precisión que fue realizada a partir del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, párr. 128.

de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme", no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

38. En efecto, al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales;[50] pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable *en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos*. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que:[51]

> 51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

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

51. Opinión Consultiva OC-5/85. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, relativa a La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 51 y 52.

> De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado añadido).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

> limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional.

40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también "la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular"[52] en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la Corte IDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del "control difuso de convencionalidad", es enfática al establecer en su párr. 123 que:

> cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos

52. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, supra nota 13, párr. 123.

internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.[53] (Subrayado añadido).

41. Así, el "control difuso de convencionalidad" si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con "*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*". En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la "interpretación conforme" con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional.

c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes

42. Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,[54] dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,* y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de

53. Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra nota 13, párr. 172; y Caso Baldeón García, supra nota 13, párr. 140.
54. Ídem.

su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".[55]

43. Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del "control difuso de convencionalidad" por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional).*

d) Parámetro del "control difuso de convencionalidad": El "Bloque de Convencionalidad"

44. En principio, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé:

> "En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[56] (Subrayado añadido).

45. No obstante, la propia "jurisprudencia" de la Corte IDH ha ido ampliando el *corpus juris* interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77", lo que ha permitido que se aprueben diversos

55. Párr. 128, in fine, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15.

56. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 1, párr. 227.

Protocolos "adicionales" (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal Interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza".[57]

46. Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez García Ramírez, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, precisamente al analizar el parámetro del "control de convencionalidad":[58]

> En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. (Subrayado añadido).

47. Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" no sólo comprende la Convención Americana, sino también los "Protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato –dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente– "es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia"[59] y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

57. Artículo 29, inciso d). Véase supra nota 50.
58. Párr. 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.
59. Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 24, párr. 199.

48. Para efectos del parámetro del "control difuso de convencionalidad", por "jurisprudencia" debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano. No debe perderse de vista que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".[60] Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la Corte IDH estableció que:[61]

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (Subrayado añadido).

49. Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita.[62] Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre "medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de solicitud de "interpre-

60. OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114.
61. OC-16/99, supra nota 60, párr. 115.
62. En términos del artículo 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1 de enero de 2010, que establece: "Artículo 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación."

tación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".[63]

50. Se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.[64] Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del "control difuso de convencionalidad", pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido "parte material", equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la "fuerza normativa" de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como "intérprete últi-

63. Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82. 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, relativa a "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

64. De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del corpus juris interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

ma" de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas,* ya que en realidad las "normas convencionales" constituyen el resultado de la "interpretación convencional" que emprende la Corte IDH como órgano "judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación"[65] del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, "constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional".[66]

e) Efectos del "control difuso de convencionalidad": retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

53. Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del "control difuso de convencionalidad", el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el "bloque de convencionalidad", consiste en dejar "sin efectos jurídicos" aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en "dejar sin efectos jurídicos" la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

54. Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos "desde un inicio";[67] precedente que siguió reiterando

65. Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

66. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, "Homicidios de mujeres por razón de género. El Caso Campo Algodonero", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.); La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, tomo II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

en casos posteriores, especialmente en supuestos de leyes de autoamnistía[68] o en otros supuestos.[69] Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto.[70]

55. Estimamos que la Corte IDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

56. Lo anterior se fundamenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer que:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Subrayado añadido).

67. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 13, párr. 124.
68. Por ejemplo, en el Caso La Cantuta vs. Perú, supra nota 16, párr. 174: "En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son ab initio incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma "constituye per se una violación de la Convención" por ser "una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte" en dicho tratado. Ese es el rationale de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso Barrios Altos. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención". Asimismo, en el Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguala") vs. Brasil, supra nota 4, párr. 106.
69. Por ejemplo, en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra nota 19, párr. 339; así como en el reciente Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 24, párr. 202.
70. Cfr., por ejemplo, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, párr. 128; Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay, supra nota 21, párr. 311; Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra nota 22, párr. 234; Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra nota 23, párr. 234; y Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra nota 25, párr. 287.

57. Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi,* debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el "control difuso de convencionalidad". Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo "sin efectos" dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma. En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo "adecuadamente";[71] lo cual constituye "uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".[72]

f) Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

58. Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,*[73] se estableció:

> 124. (...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (...)

71. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra nota 5, párr. 25; Caso Chitay Nech y Otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212 párr. 227; y Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211.

72. Cfr. Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 43; Caso Chitay Nech y Otros, supra nota 71, párr. 227, y Caso Manuel Cepeda Vargas, supra nota 71, párr. 211.

73. Supra nota 12, párr. 125.

> 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969." (Subrayado añadido).

59. Los principios de derecho internacional relativos a la *Buena Fe* y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,[74] los alcances interpretativos de los artículos 1[75] y 2[76] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de "buena fe" y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codifi-

74. Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

75. "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

76. "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

cado en los artículos 26[77] y 27[78] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

60. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

> 27. *Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".*[79] (Subrayado añadido).

61. De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del "control difuso de convencionalidad" les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido "bloque de convencionalidad", para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

77. "Art. 26: Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".
78. "Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".
79. Cfr. párr. 27 de su voto razonado con motivo del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, supra nota 11.

62. El "control difuso de convencionalidad", además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados),[80] lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material", ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención",[81] para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de "intérprete última" del *corpus juris* interamericano.

80. Cfr. supra párrs. 44 a 52 de este voto razonado.
81. Art. 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. El control difuso de convencionalidad por los jueces mexicanos

64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del "control difuso de convencionalidad" aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[82] *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);[83] *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);[84] y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).[85]

65. Al haber suscrito los Estados Unidos Mexicanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1981) y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (1998), estas sentencias internacionales deben ser cumplidas,[86] y las mismas adquieren carácter "definitivo e inapelable";[87] sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[88] suscrito también por el Estado mexicano.

66. De esta manera, el "control difuso de convencionalidad" implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles,* pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un "bloque de con-

82. Supra nota 19, párrs. 338 a 342.
83. Supra nota 22, párrs. 233 a 238.
84. Supra nota 23, párrs. 218 a 223.
85. Supra nota 27, párrs. 225 a 235.
86. Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes".
87. Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]".
88. Véanse estos preceptos supra notas 77 y 78.

vencionalidad" en los términos analizados con antelación.[89] Lo anterior debido a que:[90]

> (...) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención[91]. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales 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. (Subrayado y resaltado añadido).

67. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el "control difuso de convencionalidad" para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente, que a la letra dispone:[92]

89. Sobre el "bloque de convencionalidad" como parámetro del "control difuso de convencionalidad, véase supra párrs. 44 a 52 de este voto razonado.
90. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra nota 19, párr. 338; Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, supra nota 22, párr. 233; y Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra nota 23, párr. 218.
91. Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supra nota 72, párr. 207; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, supra nota 13, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 13, párr. 118.
92. Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año de 1934, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de enero de ese año. El precepto ha

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. (Subrayado añadido).

68. Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán "la Ley Suprema de toda la Unión" (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha "Ley Suprema"; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese "bloque de constitucionalidad". En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el "control difuso de constitucionalidad" y, por tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y órganos vinculados con la impartición de justicia "deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[93]

69. La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad", toda vez que los jueces deben ejercerlo "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Como lo hemos analizado con antelación (véase *supra* párrs. 34 a 41), todos los jueces deben realizar dicho "control" y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales. En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la "interpretación" de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros conven-

sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, véase Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, IIJ-UNAM, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

93. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 15, párr. 128.

cionales, lo que implica optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, *contrario sensu*, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del "control de convencionalidad".

70. No pasa inadvertido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 133 constitucional, en el sentido (i) que los tratados internacionales si bien forma parte de la "Ley Suprema de toda la Unión" se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución;[94] y (ii) que no existe "control difuso de constitucionalidad" por parte de los jueces locales.[95] La

94. Tesis IX/2007, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:
"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.
La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional." (Subrayado añadido). Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

95. Tesis jurisprudencial 74/99, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:
"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.
El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho

primera es una interpretación que no tiene carácter de precedente obligatorio al no haberse logrado la votación requerida para ello,[96] existiendo interpretaciones distintas por otros órganos jurisdiccionales mexicanos;[97] y la segunda, si bien constituye jurisprudencia obligatoria para todos los jueces mexicanos en términos de la normatividad aplicable, estimamos debería armonizarse para lograr un mayor grado de desarrollo del "control difuso de convencionalidad" a la luz del artículo 133 constitucional y de las cuatro sentencias que hasta el momento ha dictado la Corte IDH respecto del Estado mexicano y que han aplicado dicha doctrina.

71. Ahora bien, los anteriores criterios del máximo tribunal jurisdiccional mexicano constituyen "interpretaciones constitucionales" que eventualmente podrían cambiar, sea por nuevas reflexiones, o por motivo de una reforma constitucional.

---

sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto." (Subrayado añadido). Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, tomo X, agosto de 1999, p. 5.

96. En términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, las resoluciones constituirán jurisprudencia obligatoria, siempre que lo que se resuelva en ellas se sustente en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, y se requiere además de por lo menos ocho votos de los ministros integrantes del Tribunal Pleno. En el caso concreto, el asunto fue aprobado por mayoría de seis votos contra cinco.

97. Por ejemplo, la Tesis XI.1°.A.T.45 K, cuyo rubro y texto son:
"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.
Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial." (Subrayado añadido) (Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 2079).

72. En la actualidad existen dos proyectos de reformas constitucionales en trámite de la mayor relevancia, en materia de derechos humanos[98] y del juicio de amparo,[99] aprobadas ambas por el Senado de la República y pendientes de aprobación por la Cámara de Diputados, que llegado el caso de convertirse en texto constitucional, seguramente producirán "nuevas reflexiones" por parte de la Suprema Corte mexicana respecto de los criterios interpretativos antes referidos. Con independencia de su aprobación y de la "consulta a trámite" que el Presidente de la Suprema Corte realizó al Pleno de dicho órgano jurisdiccional el veintiséis de mayo de dos mil diez, sobre el cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Federación de la sentencia relativa al *Caso Radilla Pacheco;*[100] lo cierto es que en dicha sentencia inter-

98. Por lo que aquí interesa, destaca de esta reforma el "Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán 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 sobre derechos humanos antes señalados. 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". (Subrayado nuestro).

99. El artículo 103, fracción I, de esta reforma señala: "Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte." (Subrayado añadido).

100. La "consulta a trámite" corresponde al expediente 489/2010, habiendo sido discutido el proyecto correspondiente por el Pleno de la Suprema Corte los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. El debate realizado en esos cuatro días resulta de la mayor importancia para las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso se dejaron ver posturas a favor y en contra del "control difuso de convencionalidad"; sin embargo, por mayoría se determinó restringir la consulta a "realizar una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Cabrera García y Montiel Flores", por lo que el asunto pasó a otro Ministro para definir qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.
Cabe resaltar, que la Suprema Corte en esta "consulta a trámite" estableció, por mayoría, el objeto de análisis, señalando, inter alia, "será necesario interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de [sic] Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la repercusión que tales salvedades podrían tener en el caso concreto, y las que podrían tener en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también pudieran llegar a ser parte". (Subrayado añadido).

nacional, como en las referidas a los Casos *Fernández Ortega, Rosendo Cantú,* y *Cabrera García y Montiel Flores,* existen obligaciones "directas" que deben cumplir los jueces mexicanos (como órganos del Estado mexicano) de manera "inmediata" y "de oficio" como veremos más adelante.

73. No debe soslayarse que los fallos de condena al Estado mexicano se refieren a que las normas requieren ser "interpretadas" teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, para "hacer efectivos" los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". De ahí que la expresión "o de otro carácter" comprendan también "interpretaciones constitucionales" que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José. Lo anterior podría ser motivo de reflexión para superar los criterios jurisprudenciales aludidos por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

74. El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal mexicano de "aplicación obligatoria", debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la Ley Suprema de la Unión en términos del reproducido artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la tesis I.4°.A.464 A, cuyo rubro y texto son:[101]

> **PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA**
>
> El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la

101. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, TCC, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

> Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. (Subrayado añadido).

75. Las interpretaciones "constitucionales" y "legales" que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en sede internacional, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la Convención Americana; este órgano en realidad determina el contenido mismo del texto convencional, de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la jurisdicción de la Corte IDH. Como se estableció en la Sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores,* que motiva el presente voto razonado (y que aplica a los otros tres casos de condena referidos):

> 233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso[102] y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.[103] (Subrayado añadido).

102. Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra nota 19, párr. 340; Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra nota 21, párr. 237, y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 22, párr. 220.

76. La intencionalidad de la Corte IDH al referirse a las expresiones "inmediatamente"[104] y "de oficio",[105] denotan una actuación "directa" de todos los jueces mexicanos para ejercer el "control difuso de convencionalidad" sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas:[106]

> 5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar. (Subrayado añadido).

77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a "las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario";[107] por lo que "esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos"[108] (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta "inmediata" y con "independencia de las reformas legales que el Estado

103. Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra nota 21, párr. 237, y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 22, párr. 220.
104. "Sin interposición de otra cosa" y "Ahora, al punto, al instante" (Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición).
105. "Por imposición a la iniciativa privada, dícese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte". Cfr. Couture, Eduardo J., Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán, 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Montevideo, Julio César Faira-Editor, 2010, p. 534.
106. Párr. 4 del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al Caso Gomes Lund y Otros ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") vs. Brasil, supra nota 4.
107. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra nota 19, párr. 275.
108. Párr. 198 de la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, a que se refiere el presente voto razonado, supra nota 1.

debe adoptar" (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar)". Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana,[109] precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:[110]

En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales 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.[111]

78. Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el "control difuso de convencionalidad" y no sólo por lo que hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la Corte IDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal Interamericano realice interpretaciones al *corpus juris* interamericano, al ser dicho Tribunal Interamericano el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).[112]

79. En efecto, como lo señalamos en su momento (*supra* párrs. 51, 52 y 63), la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material". Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce "efectos expansivos" de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora,[113] sino resulta

109. En la parte respectiva, este precepto señala: "Artículo 13. (...) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

110. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra nota 22, párr. 218.

111. Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra nota 19, párr. 338.

112. Véase supra párrs. 63 y 75.

obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional.

80. El "control difuso de convencionalidad" ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco),* haciendo alusión al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consideró lo siguiente:

> En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete, cuando determinó:

113. Véase la tesis I.7o.C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro y texto son:
"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.
Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos". (Subrayado añadido). Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, TCC, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

"El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios".
(...)

Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer 'el control de convencionalidad', respecto a actos de autoridad –entre ellos, normas de alcance general– conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos; control que queda depositado tanto en tribunales internacionales –o supranacionales– como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

> Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno -además de las legislativas- medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.
>
> (...)
>
> Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos –en principio– quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificado un tratado internacional –como la Convención Americana– como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete. (Subrayado añadido).

81. El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1°.A.T.47 K, cuyo rubro y texto son:[114]

> CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.
>
> Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obli-

114. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

> ga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen. (Subrayado añadido).

82. Asimismo, también el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la tesis I.4°.A.91 K, cuyo rubro y texto son:[115]

> CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
>
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contrarían su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia. (Subrayado añadido).

83. Lo anterior pone en evidencia el inicio de la práctica del "control difuso de convencionalidad" en el sistema jurisdiccional mexicano, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos, a que se refieren los párrs.

115. Publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

226 a 232 de la Sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que motiva el presente voto razonado.

84. Por último, esta tendencia también se advierte en recientes reformas legislativas, como sucede en la Constitución del Estado de Sinaloa (2008). En este ordenamiento supremo local, se establecen criterios de interpretación a los derechos fundamentales y "su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[116] (Subrayado añadido).

V. Hacia un *ius constitutionale* commune en las Américas

85. La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la "internacionalización" de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales "garantías constitucionales" a las "garantías convencionales", teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

86. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida "internacionalización", al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. (véase *supra* párr. 29). Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal Interamericano para "irradiar" su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la "nacionalización" o "constitucionalización" del Derecho

116. Artículo 4 Bis C-II. La reforma fue publicada en el Periódico Oficial de dicha Entidad Federativa el 26 de mayo de 2008.

Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales (véase *supra* párrs. 28 y 30).

87. En el presente 2010 se ha reiterado dicha doctrina por la Corte IDH en ocho casos contenciosos, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano.[117] De los jueces interamericanos se espera mucho y "en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales".[118]

88. En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.

117. Sobre esta doctrina, cfr. García Roca, Javier, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Madrid, Civitas, 2010.

118. SAGUÉS, Néstor Pedro; "El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano"; en La justicia constitucional y su internacionalización; ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?; op. cit. supra nota 66; tomo II; pp. 449-468; en p. 467.

NOCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Juan José ALENCASTRO[1]

I. Introducción

A lo largo de la historia, y lamentablemente de manera constante, la humanidad se ha visto afectada por conflictos armados. Es justamente por esta razón, que nace la necesidad de regular, mediante normas convencionales en un principio, y normas consuetudinarias con el paso del tiempo, aquellos enfrentamientos en los que por su naturaleza se encuentran en riesgo bienes jurídicos protegidos por los distintos sistemas normativos.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH),también conocido como Derecho de la Guerra o Derecho de los Conflictos Armados,es una rama del Derecho Internacional Público que tiene como finalidad "mitigar el sufrimiento humano causado por la guerra o, como suele decirse, humanizar la guerra"[2]. Para conseguir dicho objetivo, el DIH ha establecido límites a obedecerse en tiempos de conflicto armado, límites que el presente trabajo pretende mencionar de manera breve e introductoria.

Vale la pena añadir, que el DIH no se ha encargado de prohibir o permitir la guerra, ni mucho menos de determinar bajo que circunstancias resulta "válido" recurrir a la fuerza; empero, la Carta de las Naciones Unidas contiene disposiciones al respecto, prohibiendo la guerra de manera general en su Art. 2 inciso 4, y permitiendo el uso de la fuerza de manera excepcional, por ejemplo en situaciones de legítima defensa, en su Art. 51. Asimismo, el

1. Miembro del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2010 de la PUCE; Presidente de la Unidad Coordinadora 2011 del Movimiento Nuevo Acuerdo Estudiantil; y, Participante de la 23ra edición del Concurso Jean Pictet de Derecho Internacional Humanitario.
2. KALSHOVEN, Frits y ZEGVELD, Liesbeth; "Restricciones en la Conducta de la Guerra"; 3ra edición; Ginebra; CICR; 2001; p. 12.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede decidir recurrir al uso de la fuerza siempre que exista una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz, bajo las disposiciones del Capítulo VII de la Carta.

II. Las fuentes del DIH

Toda vez que tal como hemos mencionado el DIH es una rama del derecho internacional público, las fuentes devienen en las mismas, es decir, las enumeradas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tenemos así que el Derecho Humanitario Internacional contemporáneo considera dentro de las más importantes, las siguientes fuentes:[3]

Los Tratados

Es decir los acuerdos escritos, celebrados entre sujetos de Derecho Internacional (Altas Partes Contratantes), sin importar la denominación que se le dé al mismo.

Como ventaja tenemos que los instrumentos internacionales de DIH han sido ratificados por la mayoría de países (algunos instrumentos de hecho han sido ratificados casi por la totalidad de la Comunidad Internacional), hecho que facilita su aplicación; sin embargo, utilizando las palabras de Sassòli y Bouvier, los tratados de DIH se encuentran una guerra por detrás de la realidad, desventaja que responde a la velocidad en que se desarrollan nuevas armas en relación a la velocidad con que los Estados elaboran, negocian, suscriben, y ratifican los tratados.

Dentro de las normas convencionales más importantes encontramos los 4 Convenios de Ginebra de 1949, junto con sus Protocolos Adicionales de 1977, y las Regulaciones de la Haya de 1907.

3. SASSÒLI, Marco y BOUVIER, Antoine; "How Does Law Protect in War?"; 2da edición; Ginebra; CICR; 2006; pp. 131-142

La Costumbre

Entendida básicamente como la práctica reiterada, uniforme y generalizada de cierta conducta (elemento objetivo) ejecutada por los Estados bajo la idea de ser de obligatorio cumplimiento (elemento subjetivo).

La costumbre ha sido siempre parte importante del Derecho Internacional Humanitario; tanto, que en opinión de Rodríguez-Villasante, ésta es la fuente originaria del DIH[4].

Es así, que para la mejor y correcta aplicación de la costumbre, el CICR realizó el "Estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario", dando como resultado una lista de 161 Reglas[5] de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados. Evidentemente muchas de las Reglas forman parte de los tratados de DIH, sin embargo el hecho de que éstas normas tengan "fuerza" consuetudinaria es muy importante pues vincula aún a aquellos Estados que no han ratificado los tratados, siendo la única posibilidad para no cumplir con una norma consuetudinaria la figura del "objetor persistente" (persistentobjector), a saber, un sujeto de derecho internacional que siempre se haya mostrado contrario a una práctica internacional de manera expresa. Vale recalcar que aún el objetor persistente encuentra un límite en su negativa puesto no puede ir contra normas de *iuscogens*[6].

4. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis; "Fuentes de Derecho Internacional Humanitario"; Valencia; 2002; p. 73.
5. HENCKAERTS, Jean Marie & DOSWALD-BECK, Louise; "Customary International Humanitarian Law"; ICRC & Cambridge University Press; 2005
6. El Art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su texto literal: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("juscogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

III. Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario

En palabras de Sassòli y Bouvier, debemos entender esta fuente como aquellos principios de derecho doméstico que son comunes a todos los ordenamientos legales[7].

Tenemos así que el DIH tiene 5 principios básicos y generales:

- El principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre objetos civiles y objetivos militares;
- La prohibición de atacar aquellos que se encuentran *hors de combat* (fuera de combate);
- La prohibición de causar males o daños innecesarios o superfluos;
- El principio de necesidad, y;
- El principio de proporcionalidad.

Finalmente en este punto es necesario mencionar la "Cláusula Martens" (Martens Clause), llamada así en honor a Frédéric de Martens, quien en 1899 establece que, para los casos no previstos en el derecho internacional humanitario, "las personas civiles y combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública", esta cláusula se encuentra recogida en la actualidad, entre otros, por el Art. 1 párrafo 2 del Protocolo Adicional I de 1977.

IV. Las corrientes del DIH

Las normas que conforman el cuerpo del Derecho Internacional Humanitario son diversas, sin embargocomo hemos mencionado las más destacadas son los 4 Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 junto con sus 3 Protocolos Adicionales y las Regulaciones de la Haya; de estos dos grandes cuerpos convencionales, dada su importancia, han nacido a su vez las corrientes que llevan sunombre, es decir, "El Derecho de Ginebra" y "El Derecho de La Haya". Aparte de las mencionadas, existe una tercera corrien-

7. SASSÓLI, Marco y BOUVIER, Antoine; Ob. Citada; pp. 138 y 139.

te que encuentra su origen en el seno de las Naciones Unidas, conocida como "El Derecho de Nueva York".

El Derecho de Ginebra

Entendemos por Derecho de Ginebra aquel que busca, entre otras cosas y en lo principal, la protección de quienes no participan en el conflicto como los civiles, y de quienes de manera forzada o voluntaria han dejado de participar en el mismocomo los soldados heridos y/o enfermos yaquellos que han optado por rendirse. Para socorrer a los afectados por el conflicto, los Convenios de Ginebra han nombrado al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) como la institución humanitaria encargada de socorrer a los militares enfermos y heridos, visitar a los prisioneros de guerra para comprobar que se cumplan las disposiciones de los Convenios, y en general, velar por el cumplimiento y difusión del DIH.Por su parte, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se encuentra presente a nivel mundial por medio de Delegaciones Regionales u Operativas, dependiendo del contexto en que trabajen, así, en el caso ecuatoriano contamos con el apoyo de la Delegación Regional con sede en Lima y de la Cruz Roja Ecuatoriana.

El Derecho de la Haya

Por su parte, el Derecho de La Hayacontiene normas que se han encargado de regular los medios y métodos de combate, es decir, en términos más sencillos, la utilización de armas y estrategias. Es necesario en este punto aclarar que es un principio consuetudinario de DIH que el derecho de las partes al conflicto para utilizar armas no es ilimitado, en efecto, varios tipos de armas se encuentran prohibidas, tenemos así la prohibición de utilizar armas venenosas, armas cegadoras, armas químicas, armas biológicas, armas inflamables, entre otras; en general la prohibición de estas armas responde al principio que prohíbe causar males superfluos o innecesarios, prohibición que también es parte de las reglas consuetudinarias de DIH.

A su vez, el Derecho de La Haya se encarga de cuidar los bienes civiles y la propiedad cultural, es decir que protege aquellos objetos que por su naturaleza no guardan relación directa con el conflicto; sin embargo, este principio no es absoluto.

A pesar de lo antedicho, y aún cuando la doctrina se ha encargado de diferenciar las corrientes mencionadas, hay un acuerdo general en el sentido de que en la actualidad, tanto la corriente de La Haya como la de Ginebra, se han mezclado a tal punto que no se puede separar de manera definitiva una de la otra, resultado por demás obvio toda vez que ambas corrientes son dos caras de la misma moneda y comparten un propósito común.

El Derecho de Nueva York

En esta tercera corriente, como ya se mencionó,se destaca la participación de Naciones Unidas, organización que en un inicio consideró que reconocer el DIH significaba implícitamente aceptar su imposibilidad para mantener la paz, objetivo recogido en su Carta; sin embargo con el tiempo, y dada la importancia adquirida por el DIH, Naciones Unidas ha ayudado muchísimo a desarrollar el Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo con la adopción de resoluciones, entre ellas, por nombrar alguna, la Resolución 2444 sobre el respeto a los derechos humanos en los conflictos armados[8].

V. Ámbito de aplicación del DIH

El Derecho Internacional Humanitario es de obligatoria aplicación en situaciones de conflicto armado (término que reemplazó el de guerra); sin embargo, ninguno de los Convenios de Ginebra define expresamente qué entendemos por conflicto armado, esto responde a que, como indica Tomuschat, resulta apropiado (conveniente) interpretar los conceptos de DIH de manera flexible[9], puesto que, si al definir conflicto armado establecemos un umbral excesivamente bajo, correremos el riesgo de favorecer su aplicación asituaciones como la delincuencia común que se encuentra dentro del ámbito de acción de la policía y de las leyes penales internas, mientras que si el umbral es excesivamente alto podemos dejar desprotegidas a las víctimas de los conflictos armados.

8. Resolución 2444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 19 de diciembre de 1968.
9. TOMUSCHAT, Christian; "Human rights between idealism and realism"; Oxford University Press; 2003; p. 259.
10. PICTET, Jean; "Commentary to the I Geneva Convention for the melioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field"; Ginebra; ICRC; 1952; pp. 52-53.

Definición de Conflicto Armado

Para Jean Pictet, "cualquier diferencia suscitada entre dos Estados que conduzca a una intervención de fuerzas armadas es un conflicto armado bajo la definición del Art. 2 (del I Convenio de Ginebra de 1949)"[10].

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (ICTY por sus siglas en inglés) en el caso de Dusko Tadic, estableció que existe un conflicto armado "cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o (existe) violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre aquellos grupos dentro de un Estado"[11]. Por su parte el Tribunal Penal para Ruanda (ICTR por sus siglas en inglés) en el caso Akayesu, otro caso de gran importancia, señaló que "el término conflicto armado en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en menor o mayor grado. Esto consecuentemente descarta situaciones de disturbios internos y tensiones."[12]

Podemos entonces, de las definiciones previas,encontrar 2 elementos básicos a todos los conflictos armados:

- La existencia de uso de la fuerza, es decir la existencia de violencia armada, y;
- Que los participantes sean Estados o grupos armados organizados.

Así, tomando como factor determinante las partes involucradas en el conflicto, podemos clasificar los conflictos en: conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI).

10. PICTET, Jean; "Commentary to the I Geneva Convention for the melioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field"; Ginebra; ICRC; 1952; pp. 52-53.
11. ICTY; Prosecutor v. Dusko TADIC; IT-94-1-AR72; Apeals Chamber; Decision of October 1995; parágrafo 70; disponible en http://www.un.org
12. ICTR; Prosecutor v. Jean Paul AKAYESU; ICTR-96-4-T; Trial Chamber 1; septiembre 1998; Parágrafo 620.

VI. Conflictos Armados Internacionales

Son aplicables a los conflictos armados internacionales los 4 Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y las normas consuetudinarias propias de los CAI.

Definición (*RationeMateriae)*

Los supuestos para que un conflicto armado sea considerado internacional se encuentran en el Art. 2 común (CG I-IV) y en el Art. 1 párrafos 3 y 4 del Protocolo Adicional I; dicho esto,consideraremos CAI:

- El enfrentamiento armado entre dos o más Estados, sin importar que se haya declarado formalmente o no la guerra y que exista o no un reconocimiento de la misma.
- La ocupación parcial o total del territorio de un Estado inclusive cuando no se encuentre resistencia militar.
- La lucha de un pueblocontra la dominación colonial, contra la ocupación extranjera y/o contra regímenes racistas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Sujetos (*RationePersonae)*

De lo que antecede podemos establecer que los sujetos de los CAI son los Estados, y los Movimientos de Liberación Nacional (MLN)[13]que cumplan con ciertos requisitos.

Los Estados han ratificado casi en su totalidad los 4 Convenios de Ginebra, sin embargo, el Protocolo I no ha sido ratificado por países "protagonistas" de conflictos como Estados Unidos e Irak;a aquellos países son oponibles solo aquellas normas del Protocolo que tienen el status de consuetudinarias.

Es importante mencionar además, que los Estados pueden ser encontrados internacionalmente responsables tanto por sus actos como por los de sus agentes. El problema surge respecto de los MLN, toda vez que al no ser Altas Partes Contratantes no pueden haber ratificado los tratados de DIH; es por

13. SALMÓN, Elizabeth; "Introducción al Derecho Internacional Humanitario"; CICR & Fondo editorial de la PUCP; Lima; 2008; p. 83.

esta razón que se ha previsto la posibilidad de que los MLN se comprometan con la aplicación del derecho internacional humanitario, para lo cual es necesario que el grupo armado cuente con organización, es decir una persona que los pueda "representar", esta disposición se encuentra recogida por el Protocolo Adicional I en su Art. 96 párrafo 3.
Finalmente cabe mencionar que el DIH también regula las acciones del CICR, así como la protección de los civiles.

Aplicación Temporal (*RationeTemporis)*

En la realidad rara vez se cuenta con una declaración formal de guerra, situación que resolvería el problema de desde cuando son aplicables las disposiciones del DIH.

Según Salmón "la aplicación del DIH comienza con la apertura de hostilidades (y no con la amenaza de hacerlo) y termina después del cese de hostilidades".[14] No olvidemos sin embargo, que cuando se da una ocupación territorial que no encuentra resistencia militar, el DIH deberá ser aplicado con independencia de la existencia o no de hostilidades; asimismo, después de terminadas las hostilidades, inicia una intensa labor humanitaria toda vez que los prisioneros, los heridos y los refugiados deben ser repatriados, labor que el CICR ha venido realizado con éxito.

Aplicación Espacial *(RationeLoci)*

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, evidentemente se debe aplicar el DIH en el territorio donde se lleven a cabo actos hostiles o donde se preparen los mismos (teatro de operaciones), sin embargo, deberá aplicarse el derecho internacional humanitario en todo lugar dónde puedan darse violaciones del mismo; lo que precede quiere decir que, más allá de consideraciones geográficas, la aplicación dependerá del lugar o lugares en que se necesite el DIH, puede ser la totalidad de un Estado o partes del mismo e incluso terceros Estados como en el caso de refugiados.

14. SALMÓN, Elizabeth; ibídem; p. 87.

VII. Conflictos Armados no Internacionales

Son aplicables a los conflictos armados no internacionales el Art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II y las normas consuetudinarias propias de los CANI.

Definición (*RationeMateriae*)

Partiendo desde los elementos recogidos en la doctrina, toda vez que el Art. 3 común no define los CANI, estaremos frente a un conflicto armado no internacional cuando:

- Por lo menos una de las partes al conflicto no sea un Estado;
- El o los grupos armados tengan cierto nivel de organización, y;
- Exista cierto nivel de intensidad y duración en las hostilidades[15].

Sujetos (*RationePersonae)*

Como hemos mencionado antes, a pesar de ser los Estados quienes ratifican los Convenios, las disposiciones de DIH están dirigidas a todas las partes en conflicto[16], es decir a los grupos armados organizados que combaten entre sí, ora en su defecto al Estado y al grupo o grupos armados organizados.

Para saber quienes son civiles y quienes combatientes, y por lo tanto quienes se encuentran protegidos por las normas de DIH, se ha adoptado el criterio de "participación directa en las hostilidades", cumplen este criterio, y por ende serán considerados como participantes directos, aquellas personas que contribuyan en la preparación y/o en la realización de ataques, es entonces, y muy a pesar de que esta clasificación pueda devenir en subjetiva, que quienescumplan con el criterio de participación directa en las hostilidades, pierden durante el tiempo que dure su participación, su protección como civiles. Sin embargo, en la práctica lo trascendental será tener claro que los civiles gozan de la protección de los CANI y que no pueden ser víctimas de ataques o represalias.

15. Al respecto es relevante el concepto de *"protracted conflict"*.
16. Art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra.

Tal como en los CAI, en los conflictos armados no internacionales la participación de las sociedades de socorro, como la Cruz Roja, se encuentra recogida en el Art. 18 del Protocolo Adicional II.

Aplicación Temporal *(RationeTemporis)* y Aplicación Espacial *(RationeLoci)*

En este punto los CAI y los CANI no se diferencian mucho, en efecto la aplicación temporal de ambos es la misma, es decir, desde el inicio de las hostilidades, hasta después de la terminación de las mismas cuando ya se hayan terminado las labores humanitarias. En cuanto a la aplicación espacial, esto dependerá del lugar donde se desarrollen las hostilidades, pudiendo ser el territorio del Estado de manera total o parcial.

VIII. Conflictos Armados "internacionalizados"

La intervención de organizaciones internacionales o de terceros países (sin importar las razones detrás de tal decisión), ha llevado a la doctrina a catalogar como conflicto interno internacionalizado a aquellos CANI donde un tercer Estado interviene a favor de una de las partes en conflicto. El ejemplo más reciente es Libia; este conflicto -en opinión personal- se constituyó en un CANI el momento en que los disidentes alcanzaron un importante nivel de organización,y se internacionalizó con la intervenciónarmada de la OTAN.

A pesar del vacío normativo en el tema, ventajosamente la jurisprudencia se ha encargado de establecer "tests" para determinar la responsabilidad de terceros Estados por violaciones cometidas contra el DIH en sus intervenciones.

No sobra hacer hincapié en que la clasificación de un conflicto en CAI o CANI tiene como objetivo establecer cuál es el derecho es aplicable al caso; empero, más allá del aspecto legal, tenemos que recordar que el objetivo del DIH es la protección de la vida en tiempos de conflicto armado, sin importar la naturaleza del mismo.

Finalmente es necesario aclarar, que no todo enfrentamiento armado al interior de un Estado representa un CANI, puesto que el DIH **NO** es aplica-

ble en caso de tensiones o disturbios internos; si bien el ámbito de aplicación de los conflictos es bastante flexible, para aplicar el DIH debe verificarse que el conflicto cumpla por lo menos con los elementos aquí enumerados.

IX. Conclusiones

El presente trabajo busca ser una pequeña introducción al Derecho Internacional Humanitario, rama del Derecho Internacional Público relativamente olvidada en nuestro país, que avanza de manera constante, pues tal como hemos mencionado, los conflictos armados lamentablemente, tiene lugar todo el tiempo.

Si bien regular la guerra nunca ha sido tarea fácil, la unión que ha mantenido la Comunidad Internacional en pos de defender los derechos de aquellas personas involucradas en las hostilidades ha alcanzado grandes metas, tanto legislativas como fácticas.

Para finalizar, recordar que, tal como alguna vez dijo Jean-Jacques Rousseau: "La guerra no es, pues, una relación de hombre a hombre, sino de un Estado con otro Estado, en la que los particulares sólo son enemigos accidentales, no como hombres, ni como ciudadanos, sino como soldados (...)".

Bibliografía

KALSHOVEN, Frits y ZEGVELD, Liesbeth; "Restricciones en la Conducta de la Guerra"; 3ra edición; Ginebra; CICR; 2001.

SASSÓLI, Marco y BOUVIER, Antoine; "How Does Law Protect in War?"; 2da edición; Ginebra; CICR; 2006.

SALMÓN, Elizabeth; "Introducción al Derecho Internacional Humanitario"; Lima; CICR & Fondo editorial de la PUCP; 2008; p. 83.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis; "Fuentes de Derecho Internacional Humanitario"; Valencia; 2002.

HENCKAERTS, Jean Marie y DOSWALD-BECK, Louise; "Customary International Humanitarian Law"; ICRC & Cambridge University Press; 2005.

TOMUSCHAT, Christian; "Human rights between idealism and realism"; Oxford University Press; 2003.

PICTET, Jean; "Commentary to the I Geneva Convention for the melioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field"; Ginebra; ICRC; 1952.

ICTY; Prosecutor v. Dusko TADIC; IT-94-1-AR72; Apeals Chamber; Decision of October 1995.

ICTR; Prosecutor v. Jean Paul AKAYESU; ICTR-96-4-T; Trial Chamber 1; septiembre 1998.



Grant Thornton

Ecuador Tax Company Cía. Ltda.

- **Oficina Quito**
  Av. República de El Salvador N36-84 y Suecia
  Edificio Quilate - Piso 10 Of. 102

- **Oficina Guayaquil**
  Av. Fco. de Orellana No. 234
  Edificio Blue Towers - Piso 10 Of. 1007

- **Oficina Manta**
  Av. 24 y Calle M3
  Edificio Fortaleza - Piso 5 Of. 5B

www.tax.grantthornton.ec



Grant Thornton

Ecuador Tax Company Cía. Ltda.

- **Oficina Quito**
  Av. República de El Salvador N36-84 y Suecia
  Edificio Quilate - Piso 10 Of. 102

- **Oficina Guayaquil**
  Av. Fco. de Orellana No. 234
  Edificio Blue Towers - Piso 10 Of. 1007

- **Oficina Manta**
  Av. 24 y Calle M3
  Edificio Fortaleza - Piso 5 Of. 5B

www.tax.grantthornton.ec

3.

EN TORNO A ALGUNOS TEMAS JURÍDICOS DE ACTUALIDAD

LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA EN EL ECUADOR:

VISIÓN JURÍDICA DE UN PROBLEMA SOCIAL

Sonia MERLYN SACOTO[1]

¿Es necesario prohibir la anticoncepción de emergencia en Ecuador? Implicaría esta prohibición vulnerar los derechos reproductivos consagrados a nivel Constitucional? O quizás con el fallo sobre la materia dictado por el Tribunal Constitucional ecuatoriano en el año 2003 deberíamos entender que ya no se puede repartir píldoras de anticoncepción emergente?

En las siguientes líneas intentaré responder estas interrogantes, pero conviene aclarar que el tema será tratado desde la perspectiva jurídica humanista, que considera al ser humano como "centro y eje del Derecho"2.

En la práctica, abordar este tipo de temas desde el enfoque humanista no resulta sencillo pues implica que, cuando se nos formulan preguntas como: ¿Y si fuera tu hija quien tuvo una relación sexual desprotegida?, o ¿Si se tratara de tu vida que se ve involucrada en una concepción no deseada, tendrías la misma respuesta? Podemos afirmar con la misma seguridad que hemos enfocado otros problemas jurídicos quizás menos polémicos: Por cuanto el ser humano desde su concepción es titular de derechos y obligaciones en el Ecuador, conforme lo determina el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, no es admisible ninguna práctica que pretenda cosificarlo, directa o indirectamente, pues implicaría desconocer su realidad y su status jurídico.

1. Profesora Principal de la Cátedra de Sujetos del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
2. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho y Persona", Ed. Grijley, Lima, Perú. 2001. p. 85.

Dentro de este contexto, importante resulta definir el alcance del término concepción. El código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano en el citado artículo 20, claramente identifica el término concepción con fecundación, es decir el momento de la unión de los gametos femenino y masculino. Cabe aclarar que en la actualidad los avances en la ciencia médica han descubierto que es sólo horas después de la fecundación cuando se produce el intercambio de información genética, denominado singamia. A partir de la singamia se tiene un código genético único. Sin embargo, ante la imposibilidad práctica de establecer exactamente cuándo se da la singamia en la fecundación natural (dentro del cuerpo de la mujer y no artificialmente asistida), se comprende que el Código de la Niñez y Adolescencia identifique fecundación con concepción.

De igual manera, resulta útil delimitar que se debe entender por Anticoncepción de Emergencia. Así, se ha definido a la anticoncepción o "contracepción de emergencia" como "el conjunto de métodos para evitar el embarazo después de haber tenido relaciones sexuales sin la protección adecuada"[3].

Lamentablemente, en la sociedad ecuatoriana se tiende a confundir los métodos anticonceptivos de emergencia con los métodos de planificación familiar, por lo que conviene diferenciarlos: así, la planificación familiar es el conjunto de mecanismos que orientan a la pareja para que decida cuándo y cuántos hijos tener, a diferencia de la contracepción o anticoncepción que se refiere a impedir que las células sexuales se unan. Dentro de los métodos anticonceptivos, encontramos dos tipos: a) Quirúrgicos: vasectomías y ligaduras de trompas; b) No quirúrgicos: preservativos, espermicidas, anillos anticonceptivos vaginales, inyecciones hormonales, parches hormonales, píldoras anticonceptivas regulares.

Los citados métodos se diferencian de la anticoncepción/contracepción de emergencia/urgencia por cuanto esta última no solamente impide la unión de ovocito y espermatozoide sino también la implantación o nidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, de tal manera que al ser su acción posterior a la concepción, mas bien deberían llamarse anti-implantación o, dentro de nuestra perspectiva, abortivos.

3. Oficina de Investigaciones en Población, Princeton University. Anticoncepción de emergencia; http://opr.princeton.edu/ec/,5/12/97.

Entre las opciones de contracepción de emergencia, encontramos a las píldoras de anticoncepción de emergencia (PAE), conocidas también vulgarmente como "píldoras del día después" o "píldora de la mañana siguiente" y los dispositivos intrauterinos (DIU).

Los DIU pueden colocarse hasta siete días después de la relación sexual desprotegida y disminuyen en un 99,9% el embarazo, mientas que las PAE pueden usarse hasta cinco días después de la relación sexual desprotegida, sin embargo las PAE funcionan mejor mientras más rápido se utilizan, pues si se usan en un término de setenta y dos horas después de haber tenido sexo sin protección, sólo aproximadamente un 1 a 2 % de las mujeres quedan embarazadas después de usarlas[4].

De acuerdo a su composición farmacológica, existen tres tipos de píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE)[5]:

1. Anticonceptivos orales combinados: el primer estudio que los utilizó fue realizado en los años setenta por Yuzpe y un grupo de colaboradores que propusieron el uso de dos dosis de una combinación de anticonceptivos orales que contenían 100 mcg de etinilestradiol[6] y 1.0 de norgestrel. En la actualidad se emplean dos dosis de 100 mcg de etilinilestradiol y 500 mcg de levonorgestrel y se toman cada dosis separadas por un intervalo de tiempo de doce horas.

2. Anticonceptivos orales con solo progestinas: Llamados también Régimen de Levonorgestre[7], los cuales pueden ser tomados en dosis de igual manera que la señalada en el numeral anterior o en dosis única. Para este método se usan dosis exactas de 750 mcg de levonorgestrel.

4 http://familydoctor.org/online/famdoces/home/women/contraceptive/805.printerview.htm. Escrito por el personal editorial de familydoctor.org. Academia Estadounidense de Médicos de Familia. Revisado/Actualizado: 12/09

5. BUCHELI NOBOA, EF; *Anticoncepción hormonal*; Primera Edición; Ecuaoffset; Quito; 2010; p. 95.

6. Estrógeno sintético derivado de estrógenos naturales que aumenta el grosor y cronificación de la vagina y promueve la proliferación del endometrio (Información tomada de GOODMAN & GILMAN, *"Las fases farmacológicas de la Terapéutica: Estrógenos y Progestinas"*; Tomo III; Décima Edición; Editorial McGraw-Hill; México; 2002; pp. 1613-1641).

7. Levonorgestrel: pertenece al grupo de las progestinas, inhibidor de la ovulación, información documentada en obra supra.

3. Antiprogestinas: La Mifepristona[8] es un antagonista de los receptores de la progesterona y en una dosis única de 10 mg es suficiente para surtir los efectos deseados con igual eficacia que los señalados anteriormente, pero produce menos efectos secundarios. Esta hormona, que en Estados Unidos se vende como Mifeprex (también llamada RU-486), detiene el embarazo ya iniciado por lo que su uso farmacológico se da para abortos tempranos en los Estados donde se permite el aborto. Sin embargo se ha demostrado que en dosis más bajas es también eficaz para prevenir el embarazo pero se encuentra disponible para este tipo de uso solamente en China[9].

En cuanto a la forma como actúan las Píldoras de Anticoncepción de Emergencia, investigaciones han identificado diversos mecanismos mediante los cuales las PAE previenen un embarazo, ya que el modo de actuar depende en cada caso particular del momento del ciclo menstrual en que se encuentre la mujer cuando las utilice: así, los estudios indican que los tipos de PAE inhiben o retrasan la ovulación (si se toman el momento del ciclo menstrual en que los ovarios liberan un óvulo). Si se toman PAE antes de la fecundación (unión de gametos sexuales masculino y femenino) éstas podrían interferir con el proceso de fecundación del óvulo, por ejemplo, dificultando el transporte del óvulo y de los espermatozoides en el tracto reproductivo y su encuentro. También es posible que las píldoras anticonceptivas de emergencia funcionen después de la fecundación, impidiendo que el óvulo fecundado se implante en el útero[10].

Interrogados varios ginecólogos[11] sobre los efectos secundarios de las PAE, indican que dichos efectos dependen del organismo de la mujer, pero en general, señalan: náuseas, cefaleas, sangrado, es decir los mismos que cualquier anticonceptivo puede causar como reacción en el cuerpo de la mujer cuando empieza a consumirlos por primera vez.

8. Anithormona que bloquea los efectos de la progesterona, información documentada en obra supra.
9. http://familydoctor.org/online/famdoces/home/women/contraceptive/805.printerview.htm. Escrito por el personal editorial de familydoctor.org. Academia Estadounidense de Médicos de Familia. Revisado/Actualizado: 12/09
10. PRINCETON EDUCATION, Preguntas frecuentes acerca de la Anticoncepción de Emergencia, en: http://ec.princeton.edu/questions_es/morningafter.html. 11/04/2010
11. Entrevista a Dra. Katia VALLEJO y Dr. Marcelo FLORES, Hospital Metropolitano, 29 abril del 2010, Quito, Ecuador.

Estos efectos secundarios pueden provocar, naturalmente, irritabilidad y mal humor en la mujer usuaria, pero además es importante analizar otros posibles efectos psicológicos, de la utilización (y también, de la no utilización) de la Anticoncepción de Emergencia en la mujer y, por que no, en su pareja.

Al respecto, si la pareja no tiene conocimiento y se encuentra capacitada sobre la forma de actuar y posibles efectos secundarios de la PAE, se podrían presentar sentimientos de culpabilidad, o de recriminación mutua, al sentir que el otro miembro de la pareja ha tergiversado la relación sexual orientándola solo al placer, pues tanto hombre como mujer pueden sentirse utilizados como medios para obtener placer a ultranza, lo cual puede ocasionar depresión, que es la tercera causa de muerte a nivel mundial[12].

Igualmente, la falta de información sobre la forma de actuar de la Anticoncepción de Emergencia puede causar que la mujer que hizo uso de ella tenga remordimientos posteriores, cuando alguien le informe que puede ser considerada abortiva, de ahí la importancia del consentimiento informado cuando se utilice cualquier mecanismo de Anticoncepción de emergencia, mismo que deberá darse ante el profesional médico que prescribe su uso.

Evidentemente, por lo anotado, no debería permitirse el uso de Anticoncepción de Emergencia, por lo menos sin prescripción médica previa. Pero en la práctica su uso en nuestra sociedad se da y en algunas ocasiones, con desconocimiento de sus efectos sobre el organismo de la usuaria y/o del concebido.

Sobre el particular cabe anotar que el Ecuador es un país pluricultural, multiétnico, con estilos muy diversos de vida entre los grupos poblacionales, lo cual se refleja en su comportamiento frente a la salud sexual y reproductiva.

Sin lugar a dudas, en nuestra sociedad, el acceso limitado a la anticoncepción regular es una de las causas para el uso de la anticoncepción de emergencia. Los límites para acceder a la anticoncepción regular están dados por varios factores, entre ellos uno de los más importantes es la falta de educación sexual en la edad adolescente, que influencia para que cuajen en el

12. Información respaldada en entrevista a psicólogas Marie France MERLYN y María Fernanda RON.

pensamiento popular ciertas ideas falsas que circulan como rumores, por ejemplo, los supuestos efectos engordantes o depresivos de la píldora anticonceptiva.

Esto pese a que en Ecuador se encuentra vigente la Ley sobre la educación sexual y el amor, con la obligatoriedad de introducir en el programa curricular de los establecimientos educativos la educación para la sexualidad desde el tercer grado de primaria (8 años).

Pero cada institución educativa introduce según su conveniencia la educación para la sexualidad, lo cual evidentemente causa ignorancia en la materia.

Otro factor que debe considerarse es que, en sociedades donde impera un "antivalor" cultural machista, la idea de anticoncepción va unida en el imaginario popular al "libertinaje femenino"; además existe un alto porcentaje de relaciones sexuales dentro de situaciones de violencia intrafamiliar donde no es posible usar ningún método; y, por último, en algunos casos aún subyace la idea de que la virilidad es inseparable del número de hijos que se procrea, lo cual produce que no exista un fácil acceso a los métodos anticonceptivos regulares y se presenten con frecuencia situaciones de relaciones sexuales desprotegidas que derivan en que la mujer sienta la necesidad de usar la anticoncepción de emergencia.

De igual manera, no podemos ignorar la gran influencia que ha ejercido la oposición tradicional de la Iglesia Católica al uso de cualquier método anticonceptivo. Eso hace que el método anticonceptivo más usado en nuestro país continúe siendo el del ritmo, método calendario o de abstinencia[13]. Sin embargo, a fines del año 2010, el Papa Benedicto XVI, por primera vez en la historia de la Iglesia, admitió el uso del preservativo "en ciertos casos", especialmente cuando se trate de "reducir el riesgo de infección" por VIH[14].

Pese a lo anotado, la tasa de fertilidad en Ecuador ha disminuido desde el año 2000, en que situaba en un promedio de 3,2 hijos por mujer a un índice promedial de 2,5 en el año 2009.

13. LUDMIR, A; *Programa de planificación familiar en el Perú en: Ginecología y Obstetricia*; CONCYTEC; Primera Edición; Lima; 1996.
14. www.publico.es/internacional/ acceso 21-11-2010.

El descenso en los niveles de fertilidad no se da en forma igual en todos los sectores poblacionales, ya que por ejemplo, la disminución se ha dado en gran medida en los sectores urbanos, por lo que, "las provincias que tienen TGF (Tasa Global de Fecundidad) más elevadas son: Morona Santiago y Napo (con 7 hijos por mujer), Zamora Chinchipe, Esmeraldas y Sucumbíos (con alrededor de 6 hijos), en niveles comparables a los observados a nivel nacional hace 25 años"[15].

Igualmente, existe una relación proporcional inversa: mujeres con mayor nivel de instrucción y educación tienen menor número de hijos, aunque también la variable económica tiene incidencia, pues el acceso de las mujeres de sectores pobres puede verse limitado por la falta de recursos económicos para destinarlos a estos métodos.

No debe sorprendernos entonces que las mismas variables que hemos citado en líneas anteriores se apliquen al uso de la píldora de emergencia, del cual no poseemos estadísticas oficiales, además del desconocimiento que lo rodea, reforzado por el "doble discurso" de las autoridades de salud y por el hecho innegable de que este uso se da frecuentemente en la población ecuatoriana, cuando se teme un embarazo no deseado por relación sexual desprotegida, aunque muchas veces sin pleno conocimiento de sus efectos.

Justamente, con el fin de comprobar si lo afirmado para el uso de métodos anticonceptivos se aplicaba en el caso de la Píldora de Emergencia, a fines del año 2010 realizamos una encuesta en tres Universidades de la ciudad de Quito, dos particulares y una Estatal: Pontificia Universidad Católica sede Quito (PUCE-Q), Universidad de Las Américas (UDLA) y Universidad Central del Ecuador, en una muestra de ciento cincuenta alumnos de ambos sexos, cuyas edades oscilan entre 19 y 24 años[16].

Los resultados corroboraron nuestras anteriores afirmaciones ya que, en primer lugar, se pudo observar que en las Universidades privadas las y los encuestadas/os se mostraban más dispuestos a colaborar. También se comprobó que, al ser preguntados sobre si han usado anticonceptivos regulares, muchas personas tuvieron problemas para entender la pregunta, pues unos consideraron que método regular es aquel que es usado frecuentemente y

15. http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/fecundidad-en-ecuador
16. Entrevistas realizadas por Srtas. Alicia MORA, Gabriela CUASCOTA el 13 de mayo del 2010 bajo coordinación de la autora.

otros que uso regular significa cuando sostienen relaciones sexuales. Esta confusión ocasionó que contestaran la primera pregunta negativamente y luego, en forma contradictoria, en la segunda enumeraran los métodos que usan.

El rezago cultural machista se puede inferir de la respuesta a la pregunta de cuál es el método anticonceptivo usado, pues entre los encuestados del sexo masculino, muchos respondieron que como método anticonceptivo utilizaban el de sus parejas sin decirlo expresamente, por cuanto se trata de pastillas o inyecciones anticonceptivas.

En cuanto a la Píldora de emergencia, muchos encuestados desconocían de qué se trataba la píldora del día después, las diferentes marcas o sus consecuencias, sin embargo si estarían dispuestos a usarla.

Algunas mujeres usan la píldora, con fines médicos como regularización del ciclo menstrual y tratamiento de quistes, o así lo hacen creer a su pareja.

A pesar de que en la citada encuesta la mayoría afirmó que su pareja sabe que usa métodos anticonceptivos y que está de acuerdo, todavía existen mujeres que se lo ocultan.

Centrándonos un poco más en el uso de la píldora contraceptiva de emergencia, ésta es distribuida en Ecuador desde el año de 1999, sin que exista una regulación legal al respecto, basándose únicamente en un Acuerdo Ministerial que permite su distribución restringida. Las marcas comerciales utilizadas son principalmente Glanique y Tace ambos compuestos de Levonorgestrel que tienen registro sanitario autorizado por el Laboratorio Izquieta Pérez[17] cuya dosificación es el tomar dos píldoras en las 120 horas siguientes a la relación sexual desprotegida[18].

Una de las ginecólogas entrevistadas[19] señaló que también recetan a sus pacientes los anticonceptivos orales regulares en dosis más altas para los casos de relaciones sexuales desprotegidas. Varios organismos gubernamen-

17. Laboratorio del Ministerio de Salud Pública encargado de otorgar los registros sanitarios para la distribución legal de medicamentos en el Ecuador.
18. Dosificación tomada de sitio web: http://ec.princeton.edu/countryquery_es.asp
19. Dra. Katia VALLEJO, entrevista 29-04-2010. 13h10. Hospital Metropolitano, Quito.

tales y no gubernamentales de planificación familiar promocionan esta pastilla, como son: CEMOPLAF, COF (Grupo de San Roque), Fundación Desafío.

En cuanto a la venta de esta píldora en farmacias, conviene señalar que no es comercializada ni suministrada en ninguna de las grandes cadenas de farmacias como son Fybeca, Pharmacys o Farmacias Ways. Al acudir a ellas, nos refirieron a sitios como el CEMOPLAF o sugirieron que tal vez podríamos comprarla en farmacias más pequeñas pero posteriormente comprobamos que tampoco se la puede adquirir en este tipo de farmacias.

Por lo anterior, en virtud de que es uno de los sitios más frecuentados y conocidos por la población ecuatoriana, escogimos el CEMOPLAF como lugar para el desarrollo de la investigación de campo sobre el tema de este artículo.

El CEMOPLAF, Centro Médico de Orientación y Planificación Familiar, es una institución privada, apolítica y sin fines de lucro que adquirió su personería jurídica el 12 de septiembre de 1974 y presta servicios de Planificación familiar y salud en áreas de obstetricia, pediatría, odontología, a los ecuatorianos, en especial a las de escasos recursos económicos[20]. Existen varios centros del CEMOPLAF en las siguientes provincias del Ecuador: Pichincha, Carchi, Imbabura, Cotopaxi, Chimborazo, Bolívar, Esmeraldas, Los Ríos, Guayas y Sucumbíos.

En este organismo constatamos desde un inicio contradicciones entre el discurso "oficial" y la práctica, pues por un lado, entrevistada la Dra. Sonia Díaz[21], representante legal y Directora del Hospital del día, se manifestó contraria a su uso por considerarla abortiva, pese a que en dicho Centro se distribuye y vende por el precio de un dólar con ochenta centavos. Solicitada dicha pastilla, nos manifestaron que se agotó el stock y que estaría de nuevo disponible en un mes, aunque también manifestaron que, previo a la compra, la mujer debe pasar un examen ginecológico, que podría ser con la misma doctora Sonia Díaz[22].

20. En sitio: www.cemoplaf.org
21. Entrevista a Dra. Sonia Díaz, directora del CEMOPLAF, 14 de abril del 2010, lugar Av. De La Prensa N55-07 y Jorge Piedra, Quito.
22. Información obtenida directamente en CEMOPLAF (Caja), 5 de mayo del 2010, lugar Av. De La Prensa N55-07 y Jorge Piedra, Quito.

Acerca de los parámetros en los que se basa el médico para recetarla, la paciente que desee adquirirla debe estar en riesgo de embarazo y debe encontrarse dentro de las ciento veinte horas posteriores a la relación sexual desprotegida y las marcas con las que trabaja el CEMOPLAF son dos: Glanique y Tace[23].

El uso de métodos anticonceptivos en general está estrechamente vinculado con el tema de la salud sexual y reproductiva, que se ha establecido como un derecho humano de última generación en convenciones y tratados internacionales.

Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del año de 1979, establece en el artículo 12 que: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". Dicha convención fue ratificada por Ecuador en 1981 y por Perú en 1982.

En la Recomendación General N° 24 del Comité de esta Convención con respecto a este artículo se estableció: "Recomendaciones para la adopción de medidas por parte de los gobiernos: "Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal...".

De la lectura de esta recomendación se concluye que los Estados deben intentar reducir los embarazos no deseados mediante la educación sexual y la planificación familiar, aunque también el texto completo de esta recomendación se manifiesta a favor de abolir la tipificación del aborto como delito, con lo que evidentemente no estamos de acuerdo.

La formulación de estos derechos ha sido expresada también en la Conferencia Mundial sobre Población y desarrollo (El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994) y IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), las cuales si bien no tienen fuerza vinculante como sí la poseen los Tratados

23. Información obtenida directamente en CEMOPLAF (Caja), 5 de mayo del 2010, lugar Av. De La Prensa N55-07 y Jorge Piedra, Quito.

Internacionales ratificados, han servido para inspirar políticas internas en los Estados parte.

Así, el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (Programa de Acción de El Cairo) de 1994, definió el término "derechos reproductivos" de la siguiente manera: "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que (...) se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y salud reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, como está expresado en los documentos sobre derechos humanos".

Sobre los derechos sexuales en el mismo documento se estableció que: "El objetivo es doble: promover el desarrollo adecuado de una sexualidad responsable que permita el establecimiento de relaciones de equidad y respeto mutuo entre ambos sexos, y velar por que el hombre y la mujer tengan acceso a la información, la educación y los servicios necesarios para lograr una buena salud sexual y ejercer sus derechos y responsabilidades en lo tocante a la procreación, a su propia salud sexual y su fecundidad y los ayude a ejercer esas responsabilidades". Añadía también que este objetivo se debe lograr a nivel de los Planes de Educación en los diversos niveles (familiar, académico).

En esta conferencia del Cairo, se adoptó el citado Programa de Acción sobre Población y Desarrollo por cerca de ciento ochenta Estados, pero el Ecuador fue uno de los diez Estados que presentaron declaraciones escritas formulando observaciones para que se incluyeran en el informe final.

De igual manera, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing estableció que: "...Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y salud reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de

la persona, exigen además el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual."

De estos documentos de Derecho Internacional, se desprende que los derechos reproductivos implican dos facetas que deben ser garantizadas por los Estados en forma equitativa: una faceta positiva: el derecho a decidir tener hijos y también otra, negativa: El derecho a decidir no tenerlos.

Sin embargo, resulta evidente que estos derechos humanos no pueden ser comprendidos en forma aislada, sino que deben ser analizados a la luz del principio de la dignidad que, como hemos analizado en el primer capítulo de este trabajo, es el principio ético orientador de todo el ordenamiento jurídico y la base sobre la que se edifica el mismo. De ahí que, precisamente para garantizarlos, no podemos dejar a un lado la visión humanista, existencial, que debe caracterizar nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto, no podemos considerar que el hijo es un objeto para satisfacer un interés, un deseo, o una necesidad.

En este sentido, no existe el derecho a un hijo, pues esto implicaría la cosificación de un ser humano y el concebido pasaría de ser un fin en si mismo a constituirse en un simple medio para alcanzar el fin de ser padres.

Correlativamente, tampoco existe la obligación de tener un hijo pues no se puede forzar a una mujer a ser madre, ya que de esta manera se estaría utilizando su cuerpo como objeto para conseguir el fin, reduciéndola también al rango de un bien, antes que tomando en cuenta su esencia y dignidad.

Tanto hombres como mujeres deben ser educados en la sexualidad, a fin de que conscientemente puedan acceder a ciertos métodos regulares que les permitan evitar una concepción sin que esto signifique atentar contra una vida ya concebida ni tampoco caer en el fomento al placer epicuriano. Así mismo, la mujer infértil debería tener acceso a los tratamientos que le permitan concebir, siempre y cuando estos no atenten contra su propia salud o contra los derechos del concebido.

Coincidimos así con el criterio del jurista peruano Enrique Varsi, quien sostiene que no existe el derecho a tener o poseer un hijo así como tampoco existe una obligación de paternidad o maternidad. Señala también que "el

derecho a la procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales"[24]. En efecto, el ejercicio de este derecho se encuentra limitado, y precisamente, se deben considerar como pautas para establecer el límite de su ejercicio, los derechos personalísimos del concebido y el interés superior del niño que lo convierte en sujeto de derecho prevalente desde su concepción.

Esta es la única forma de conciliar la dignidad humana y los derechos existenciales a la vida, la integridad y la libertad del sujeto de derechos, con el deseo de ser padres o con el deseo de no concebir.

Sin embargo, a raíz de los documentos internacionales cuyo texto en la parte pertinente hemos citado en líneas anteriores, se desató en Latinoamérica una corriente pro planificación familiar, que ignorando lo señalado sobre la dignidad humana y los derechos del concebido, llevó a promover el uso de la píldora de emergencia como un método anticonceptivo más, lo cual no es evidentemente real, pues como hemos visto puede tener un efecto abortivo. Inclusive se crearon organizaciones para promover y fomentar el uso de esta píldora como el Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia[25] y organizaciones no gubernamentales, algunas de las cuales hicieron estudios que luego se reflejaron en la normativa interna de cada Estado, a fin de adecuarla en sus Programas de Salud Reproductiva, como veremos a continuación.

Como ya señalamos en líneas anteriores, si bien el documento del Programa de Acción sobre Población y Desarrollo del Cairo se adoptó en consenso por cerca de ciento ochenta Estados, el Ecuador fue uno de los diez Estados que presentaron declaraciones escritas formulando observaciones para que se incluyeran en el informe final.

24. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; *Derecho Genético*; Lima; 2005 (versión electrónica facilitada por el autor).
25. "CLAE se constituye en octubre del año 2,000 en la ciudad de Nueva York, en el marco del encuentro anual del Consorcio Internacional de Anticoncepción de Emergencia en donde se convoco a diferentes organizaciones e instituciones de América Latina y Estados Unidos que trabajan en temas de salud reproductiva y anticoncepción de emergencia (AE), con la finalidad de abordar las necesidades, retos especificos de la región y desarrollar un plan de acción regional que congregue a los diferentes actores locales" en www.clae.info.

Aunque en dichas observaciones no se refleje totalmente la postura anti-derechos sexuales y reproductivos que entonces adoptó el Ecuador, en realidad esa fue la que el Estado ecuatoriano mantuvo.

Además, coincidió que el gobierno de corte conservador del Arq. Sixto Durán Ballén decidió mantener políticas públicas controladoras pero frágiles a mediano y largo plazo, en materia de población y salud[26].

Más avanzada la década de los noventa, se buscó renovar estos conceptos contando con el apoyo de organismos internacionales y se adoptaron algunas medidas como son la promulgación de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia (1995) con la consiguiente creación de las Comisarías de la mujer y la familia.

Esta ley define en forma bastante general a la violencia sexual como: "Art. 4.- literal c) Violencia Sexual.- Sin perjuicio de los casos de violación y otros delitos contra la libertad sexual, se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que la obligue a tener relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o con terceros, mediante el uso de fuerza física, intimidación, amenazas o cualquier otro medio coercitivo. Mas bien es el Reglamento a esta Ley, dictado en el 2004, que precisó en el literal c) del Art. 9, que dentro de la definición de violencia sexual se debe comprender a todo acto destinado a "Prohibir el uso de métodos de planificación familiar y/o preventivo de enfermedades de transmisión sexual".

La expedición de este reglamento demuestra que es realmente a partir de la Constitución ecuatoriana de 1998, cuando se plasmaron estos nuevos derechos, pues los Constituyentes incluyeron varias referencias a los derechos sexuales y reproductivos en diversas secciones y artículos de dicha Carta Suprema. Cabe recordar que fue esa misma Constitución la que estableció que los niños/as y adolescentes tienen derecho a la vida desde la concepción, por lo que el respeto de los derechos sexuales y reproductivos se enmarcó dentro del respeto a la vida y a la dignidad del ser humano desde su etapa inicial.

26. Información documentada por Diario El comercio, Quito, Ecuador, 1994.

La vigencia de esta Norma, significó un verdadero cambio en la política del Estado ecuatoriano en esta materia, pues evidenció la aceptación por parte del Legislador ecuatoriano de que los derechos reproductivos son derechos inherentes a todas las personas.

Así, se reformó la Ley de Maternidad Gratuita en julio de 1998, y actualmente en su Art. 1 establece el acceso universal sin costo a las personas a un conjunto de atenciones esenciales de salud sexual y salud reproductiva: "Toda mujer ecuatoriana tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante el embarazo, parto y posparto, así como al acceso a programas de salud sexual y reproductiva...". (el subrayado es nuestro)

Hoy en día, el Ministerio de Salud ecuatoriano todavía considera a dicha ley como esencial para su programa de acción y dentro de esta misma línea de pensamiento, su difusión junto a la Ley de Educación Sexual y el amor es uno de los ejes centrales de la "Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos"[27] emitida por el Consejo Nacional de Salud (agosto del 2007)[28], ya que el gobierno del Presidente Rafael Correa considera que: "La sexualidad y los cuerpos son el territorio por excelencia de las relaciones y la negociación de los intereses compartidos y opuestos de hombres y mujeres, y sus resultados se encuentran expresados en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y la salud sexual y salud reproductiva de las mujeres..." "una de las mejores herramientas para lograr este objetivo es la educación sexual integral, científicamente fundamentada y que promueva el crecimiento afectivo, personal, familiar, social y la calidad de vida en hombres y mujeres en todas las etapas del ciclo vital" [29], siempre dentro de un enfoque de igualdad de género y no discriminación.

De la lectura de este documento oficial, se observa también el afán de reducir el índice de embarazos en la adolescencia y la mortalidad materna, por lo que se encuentra un plan minucioso que incluye la participación de

27. Cuyo antecedente más reciente es el Manual de Normas y Procedimientos y las Bases Conceptuales para la Atención Integral a la Salud de los/las Adolescentes *con énfasis en la salud reproductiva*, adoptado mediante Acuerdo Ministerial por el Ministerio de Salud Pública en 1998 y que sirvió de base para comenzar la distribución de las PAE en el Ecuador.
28. En sitio web: www.conasa.gov.ec. Acceso: abril 2010
29. "Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos" emitida por el Consejo Nacional de Salud, Quito, agosto del 2007. En sitio web: www.conasa.gov.ec. Acceso: abril del 2010.

varios actores sociales y la colaboración interinstitucional de las siguientes entidades: el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Ministerio de Educación, Facultades de Medicina de diferentes Universidades y varias Organizaciones no gubernamentales tales como la Cruz Roja.

Es en base a este Manual de Política de Salud, que la Píldora de Anticoncepción de Emergencia (PAE) es distribuida por organismos públicos y entidades privadas en el marco del plan de salud reproductiva del gobierno.

Conviene anotar que los Planes o Programas de salud se elaboran en base a la facultad establecida en la Ley Orgánica del sistema nacional de Salud del Ecuador (2002) y su reglamento (2003).

Sin embargo, según un estudio realizado en el año lectivo 2009-2010, en 50 colegios de la provincia de Pichincha, en el 60% de los planteles existieron adolescentes embarazadas. El porcentaje de incremento de embarazos entre niñas de 10 a 14 años es de catorce por ciento, en un lapso de 10 años. La cifra se conoció con el anuncio del Presidente Rafael Correa, el 19 de febrero del 2011, sobre su intención de realizar una campaña de planificación familiar que incluye la distribución gratuita de preservativos.[30]

Por otra parte, es importante resaltar que la actual Constitución Política ecuatoriana (2008) trata de manera muy específica estos derechos, de la siguiente manera: Establece el deber del Estado de garantizar el derecho a la salud y dentro de éste, "el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva" (Art. 32); incluye dentro del derecho a la libertad, el derecho a decidir libremente sobre la reproducción y a ser debidamente informado sobre las políticas de salud sexual y reproductiva:"El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener" (Art. 66#10); garantiza la no discriminación por motivos de sexo, orientación sexual y específicamente: "el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad,

30. www.ultimasnoticias.com.ec,martes 1 de marzo del 2011. Ultimo acceso: marzo 24 del 2011.

lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado

TUTELA CAUTELAR O PRECAUTORIA[1]

Santiago GUARDERAS IZQUIERDO[2]

I. Antecedentes y definición

La tutela cautelar es producto de la creación doctrinal alemana e italiana que posteriormente se expandió por España e Iberoamérica[3]. "En efecto,

1. CALAMANDREI, Piero, en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* Edición 1ra., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires – Argentina, 1945, pág. 48, con respecto a la terminología de estos institutos procesales aclara que "es oportuno poner de relieve que impropiamente alguien utiliza la expresión de providencias *conservativas* como equivalente a la de providencias cautelares. La calificación de 'cautelares'(o *asegurativas*, que es su sinónimo), es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. *Pero no todas las providencias cautelares son conservativas*: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hechos existente".
2. Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
3. OTTOLENGHI, Mauricio A., *Medidas Precautorias*, artículo compilado en la obra *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires - Argentina, págs 513 y 514 señala: "Es preciso referirse a la doctrina alemana de fines del siglo XIX para conocer los antecedentes doctrinales de esta institución, y hacer referencias a las claras relaciones existentes entre aquella y la moderna doctrina procesal italiana. Los procesalistas alemanes estudiaron los procedimientos cautelares dentro del proceso ejecutivo, al cual consideraron que debían pertenecer (HELLWIG); el derecho al embargo es derecho procesal a distinguirse bien de una pretensión de derecho material referida a la prestación de una garantía (conf. KLEINFELLER). El embargo preventivo, por ejemplo, se consideraba como una ejecución forzada de carácter patrimonial, aunque lo fuera de efectos limitados, desglosándose de cualquier vinculación con el derecho material. En este momento, pues, debe considerarse que se encuentra el punto de partida para la sistematización de la tutela cautelar desde un punto de vista eminentemente procesal y autónomo. También a fines del siglo pasado la ciencia italiana encontró las primeras construcciones independientes de algunos institutos procesales, aunque, claro está, que en esta materia no era posible avanzar apresuradamente a causa de la incertidumbre en precisar su vinculación y afinidad con la del procedimiento ejecutivo. Fue menester definir previamente en el campo de la actividad procesal el problema de la ejecución, para poder llegar ulteriormente a la construcción de la autonomía cautelar, toda vez que ni siquiera allí, se le reconocía una concepción unitaria dentro del proceso. Los procedimien-

la legislación tudesca reguló lo que conocemos –desde CALAMANDREI– con el nombre de medidas cautelares para una futura ejecución forzada. Para tal fin, colocó la normativa cautelar inmediatamente después de los procesos de ejecución[4]. A partir de dicho momento se inició la difusión y auge de la actividad cautelar, atendiendo a la eficacia que ésta le permitía concretar a la función jurisdiccional"[5].

tos relativos a este instituto fueron considerados como incidentes procesales de naturaleza extraordinaria y provisoria. Posteriormente, en época de MORTARA, sin que se hubiera progresado mayormente al respecto, se comenzó a separar su naturaleza, contra la teoría alemana de considerar las medidas cautelares dentro del procedimiento ejecutivo, se pensó que, fuera de éste, también se daban casos de cautela. Los procesalistas italianos [...] se negaron a reconocer, en efecto, que dentro del proceso ejecutivo únicamente tuviera lugar la tutela cautelar extendiendo, en cambio, su campo de actuación a otros institutos fuera de aquel. De esta negativa y extensión surgió la escuela que ha visto una autonomía franca y decidida para estas medidas. Nacieron así las distintas doctrinas: mientras CHIOVENDA incluye a la tutela cautelar dentro de su concepto de "acción", CALAMANDREI sostiene la autonomía de las "resoluciones" cautelares, y CARNELUTTI las ubica como una de tantas funciones del "proceso". Para GRELLORIO no es la función del proceso lo que caracteriza la autonomía de la cautela, sino el derecho sustancial de garantía que forma parte de ese proceso. En general, la mayoría de los autores italianos sostiene actualmente la autonomía de las medidas cautelares...".

4. CALAMANDREI, Piero, en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 34, ilustra esta situación diciendo que "Partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias cautelares han sido consideradas durante largo tiempo, especialmente por la doctrina alemana, como un apéndice de la ejecución forzada; y aun cuando, para reaccionar contra esta servidumbre, se ha puesto de relieve que en algunas providencias cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran con toda evidencia los caracteres de la cognición y no los de la ejecución forzada, esta observación, más bien que a la conquista de un criterio seguro para dar a las mismas una colocación sistemática autónoma, ha llevado simplemente a anexar una parte de la materia cautelar al proceso de cognición; de manera que toda tentativa de clasificación de las providencias cautelares, apoyada sobre esta base, se ha resuelto, en sustancia,-mientras su sistematización se ha buscado sobre el mismo plano lógico en que la cognición se contrapone a la ejecución- en una división y reabsorción entre los dos vastos territorios lindantes. Para escapar de este callejón sin salida, es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución (...). La verdad, observada hace muchos años por Alfredo Rocco y profundizada recientemente por CARNELUTTI, es ésta: que el criterio de clasificación que sirve para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución es diverso del que sirve para distinguir las providencias cautelares".

5. MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales*, artículo compilado en la obra *Memorias del Congreso Latinoamericano de Procesal*, ACAMID, Mérida, Venezuela, 2000,p. 86.

Las medidas cautelares aparecen con el fin de conjurar los peligros que, por cualquier circunstancia, pueden sobrevenir durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final; circunstancias que hagan imposible la ejecución del pronunciamiento judicial definitivo o lo tornen inoperante o ilusorio[6]. Tales medidas, dispuestas por el juez, pueden requerirse y disponerse dentro del llamado ***proceso cautelar*** que carece de autonomía ya que su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso iniciado o próximo a ello. Además del interés de quien las pide, está la del mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa[7].

De allí que CARNELUTTI haya expresado que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una *litis*, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto. CALAMANDREI enuncia un concepto semejante cuando dice que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Nacen, en otras palabras, al servicio de esa resolución definitiva, con el fin de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito[8].

Francisco RAMOS MÉNDEZ señala que la medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia. Enrique TARIGO, por su parte, enseña que la medida cautelar tiene por finalidad "evitar el incumplimiento o la inejecución de otra resolución judicial, fundamentalmente la sentencia definitiva, a dictarse en el proceso principal"[9].

6. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, por ejemplo las define como aquellas que persiguen asegurar la eficacia práctica de los procesos y principalmente la ejecución de las sentencias. En términos similares se pronuncian Ramiro PODETTI, Eduardo COUTURE, Alfredo DI LORI y GONZÁLEZ DE COSSIO.
7. GOZAÍNI, Osvaldo, ob. cit. pág. 473. PONZ, Manuel, citado por HURTADO, Martín, ob. cit., afirma que las medidas cautelares no solo son instrumentos para defender los derechos subjetivos, sino que sirven para garantizar la eficacia, en tanto a la seriedad de la función jurisdiccional, p. 181.
8. PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 772.
9. Cfr. TARIGO, Enrique E., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, según el nuevo Código, Tomo II, Cuarta Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 357.

Sin embargo, se debe advertir que la finalidad que clásicamente han cumplido las medidas cautelares se ha modificado en el transcurso del tiempo, en particular, gracias al desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, en razón del surgimiento de nuevas circunstancias fácticas que han puesto en evidencia la necesidad de reconocer y ampliar los horizontes clásicos de la tutela cautelar con los que originalmente fue concebida. Dichas modificaciones se han constituido también en fuentes de inspiración para las nuevas figuras procesales como la tutela anticipatoria y medidas autosatisfactivas. Así, desde la escuela italiana (CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI) se identificó que la tutela cautelar *no solo presenta una función de aseguramiento meramente conservativa (de mantenimiento del status quo), sino también una función innovativa (de alteración de tal status)*[10].

Sin embargo, entre los doctrinarios italianos[11] se develó un importante desacuerdo con relación a la posibilidad *de aplicar o no* una *tutela cautelar genérica o innominada* que comprende a "aquellas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica, y a cuyo respecto resultan insuficientes o excesivas las medidas contempladas en la ley"[12], y de las que se exige además de los requisitos tradicionales (*periculum in mora, fonus bonis iuris, contracautela)* la posibilidad de un perjuicio inminente e irreparable. Ese desacuerdo dio origen a otra discusión consistente en si la medida cautelar innovativa es una modalidad de la prohibición de innovar o si dicha medida está comprendida dentro de las medi-

10. Particularmente CALAMANDREI, ob. cit. pp. 48-49. Aunque inicialmente CARNELUTTI, Francesco, compartía esta idea, años más tarde, en su obra *Instituciones del derecho civil* sostuvo que "Hasta ahora la clasificación del proceso se ha intentado desde el punto de vista de la distinción entre el carácter *conservativo* o el carácter *innovativo* de la tutela, la cual consiste a veces en prohibir y a veces en imponer la mutación del estado de hecho; pero la verdad es que este criterio es bastante incierto: el mismo secuestro conservativo, que según su propio nombre seria el ejemplar típico de la primera especie, se resuelve a menudo, no en mudar, sino en que persista el estado de hecho, a lo menos cuando implique un desplazamiento de la cosa secuestrada. Por tanto, la clasificación del proceso cautelar debe buscarse a mayor profundidad, con referencia, no tanto a sus efectos, cuanto a sus fines."pp. 87-88.

11. Sobre el particular, RAMÍREZ, Jorge Orlando, en su obra *Función precautelar,* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 332, recuerda que CHIOVENDA "resuelve afirmativamente el problema y enseña que, así como existe en otras legislaciones una regulación general de las medidas cautelares, también la ley italiana debe considerarse implícitamente existente 'la figura general de la providencia provisoria cautelar', dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y su naturaleza."; posición disidente con la de su pupilo CALAMANDREI.

12. PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, Cuarta Edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 281.

das cautelares genéricas, a falta de su expresa regulación. Si se acepta la idea de que no se puede aplicar una medida genérica, entonces la medida cautelar innovativa debería estar contenida en una taxativamente prevista en la ley para tener existencia.

II. Presupuestos de Admisión

Tres son los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares[13]:

1°) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal (*fumus bonis iuris*) o "humo del buen derecho" del Derecho Romano, que deberá resultar objetivamente y *prima facie* de los elementos que se incorporen al proceso. No se requiere, por lo mismo, prueba plena y terminante del derecho invocado[14]; es suficiente un razonable orden de probabilidades[15] sobre la existencia del derecho del cual se pide la tutela en el proceso principal que pueda asistir al peticionante[16], según las circunstancias. Declarar la certeza de la existencia del derecho, sostiene CALAMANDREI, es la función de la providencia principal, pues la "providencia cautelar es, por naturaleza, hipotética" y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. "El peticionario

13. Según ARAZI, ob. cit., p. 7 "los dos primeros requisitos deben evaluarse en forma armónica, de manera que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus bonis iuris* se puede atemperar".
14. PODETTI citado por KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría del proceso cautelar*, artículo compilado por GREIF, Jaime en la obra *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 316, enseña que "la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere una instrucción suficientemente extensa para formar la convicción del juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o participación o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos del interés en litigio". En la misma línea PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., p. 273, determina que "Basta, pues, la simple apariencia o verisimilitud del derecho (*fumus bonis juris*), a cuyo efecto el procedimiento probatorio es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida".
15. HURTADO, Martín, en su obra *Tutela jurisdiccional diferenciada*, p. 248, señala que "El cálculo de probabilidades que se evalúa al emitir la cautela tiene que ver con el éxito de la pretensión en la futura sentencia".
16. HURTADO, Martín, ibídem, p. 247, explica que "El 'fumus boni iuris' es un etapa intermedia entre la certeza de la decisión final y la mera afirmación del derecho al iniciarse el proceso. Así esta etapa intermedia evita un doble pronunciamiento sobre la existencia de certeza del derecho (medida cautelar y sentencia)".

tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en que funda su pretensión".

2°) Una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro de ese derecho invocado por el demandante durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlo (*periculum in mora*) o "peligro en la demora"[17]. Esto es, la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable o por la propia actitud de la parte contraria[18]. "En ese riesgo reside el *interés procesal* que respalda a toda pretensión cautelar"[19]. Tal como lo hace GOZAÍNI se debe aclarar que este requisito no se presume sino que debe acreditarse objetivamente[20]. "No es suficiente la simple creencia o aprehensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciables en sus posibles consecuencias".

3°) El otorgamiento de parte del sujeto activo de garantías adecuadas y suficientes para el caso de que la solicitud no reciba finalmente auspicio, o sea, la prestación de una caución o contracautela[21] para responder por los

17. Según ORTIZ-ORTIZ, Rafael, el *periculum in mora* bien podría denominarse *peligro de infructuosidad del fallo* y consiste en "la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico"; en ORTIZ-ORTIZ, Rafael, *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*, Segunda Edición, Editorial Frónesis S.A., Venezuela, 2002, p. 284.
De acuerdo con CALAMANDREI, Piero, el periculum in mora está conformado por tres elementos: la urgencia, la prevención y la mora o lentitud del proceso y resalta que este último es "en el que reside el alcance característico del periculum in mora".
18. Cfr. KIELMANOVICH, ob. cit. p. 316.
19. PALACIO, Lino E., ob. cit. p. 773.
20. En sentido contrario, PALACIO, Lino Enrique, enseña que "Por otra parte, no siempre es necesario que el peticionario de la medida acredite *prima facie* la existencia de peligro en la demora, pues hay situaciones en que este se presume por las circunstancias del caso", ob. cit. p. 273.
21. Este es un requisito que no se exige en todas las legislaciones, tal es el caso de Chile y de Ecuador (en determinadas materias).
HURTADO, Martín, resalta que la contracautela "sí constituye un presupuesto de las medidas cautelares, sin embargo, se debe dejar aclarado que éste es un presupuesto de ejecución y no de procedencia de las medidas cautelares" en HURTADO, Martín ob. cit. p. 255.

eventuales perjuicios que se irrogaren al demandado como consecuencia de la medida y las multas que se impongan. "Este presupuesto es la contracara de la medida cautelar, la que si bien por un lado apunta a asegurar un derecho que aún es litigioso, resguarda también para el afectado la efectividad del resarcimiento de los perjuicios que aquélla pudiese inversamente provocarle, y reemplaza, en cierta medida, a la bilateralidad o controversia, normalmente postergada hasta el momento de su traba"[22].

La contracautela se establece sobre la base de la solidez del *fumus bonis iuris* y la magnitud de los peligros patrimoniales que, eventualmente, pudiere ocasionar la medida cautelar.

III. Características

Las medidas cautelares se caracterizan por su provisionalidad, instrumentalidad, modificabilidad, mutabilidad y despacho inaudita parte.

a) Provisionalidad.- Tomando en consideración que las medidas cautelares se hallan orientadas a garantizar la efectividad de la sentencia dictada en el proceso principal subsistirán, bien "hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad –verificándose su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias– (la medida cautelar es "provisoria en el fin"), o bien, mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron". Pueden solicitarse antes de deducirse la demanda principal, concomitante a ella o una vez presentada la acción principal.

Eduardo DE LÁZZARI aclara que, denegada una medida precautoria, "su rechazo no impide recabarla nuevamente en tanto se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho"[23].

b) Instrumentalidad[24]**.-** Es de su esencia. Las medidas carecen de un fin en sí mismas y se encuentran ineludiblemente ligadas especial y funcio-

22. KIELMANOVICH, ob. cit., p. 321.
23. Citado por De Los Santos, Mabel, ob. cit., p. 363.
24. Término acuñado por CALAMANDREI en su obra *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares* ob. cit. p. 139, ("Se ha tratado, en el curso de este estudio, de aislar esa diferencia específica, expresándola con el carácter que, para entendernos mejor, hemos llamado *'instrumentalidad'*").

nalmente a un proceso principal y definitivo del cual dependen, y al cual sirven, garantizando preventivamente la eficacia práctica del resultado final. Nacen al servicio de una sentencia definitiva. Por ello, cuando ha sido concedida la cautela y el proceso principal no se inicia dentro del término previsto en la ley, la medida caduca de pleno derecho. De igual modo, si el proceso principal deja de continuarse dentro del término establecido en la ley, la medida se levanta.

Según OVALLE FAVELA "la solicitud de la medida cautelar no da lugar a un proceso sino a una *tramitación conexa* dentro del proceso de conocimiento respectivo"[25]. No obstante, CARNELUTTI considera que la medida cautelar se puede dar, o bien en un acto dentro del proceso definitivo, o en un proceso cautelar (cautelar dependiente o cautelar autónomo)[26]. Por su parte, FALCÓN considera que las medidas cautelares no constituyen un proceso sino un procedimiento y CALAMANDREI las define como las providencias que son el "instrumento del instrumento", en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional.

c) Cuasiejecutividad. A través de las medidas cautelares se anticipa alguna de las medidas ejecutivas para el caso de que la sentencia sea favorable a los pedimentos garantizados[27].

d) Mutabilidad. En razón de la eficacia que debe tener la medida cautelar el juez podría disponer un aseguramiento distinto al solicitado u obtenido, o limitarlo, por la importancia del derecho que se intenta proteger[28].

Ugo ROCCO niega totalmente el carácter instrumental de las medidas cautelares y lo sustituye por el peligro en la demora. Para esto el profesor Rocco describe a la actividad cautelar como: *"dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras esté pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo de intereses"*

25. OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, 5ta. Edición, México D.F., México, 2001, p. 166.
26. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1959, pp. 86; y en CARNELUTTI, Francesco, "Sistema de derecho procesal civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1998, p. 246.
27. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, España, 1996, p. 75.

También el acreedor puede solicitar su ampliación, mejora o sustitución cuando se considere que otra es más útil.

El afectado, por su parte, podrá, en todos los casos, ofrecer garantías sustitutivas así como pedir que no se acumulen varias medidas cautelares, pues, podrían causar perjuicios innecesarios y convertirse en claro ejemplo de abuso del derecho que el juzgador está obligado a evitar y sancionar.

e) Se decretan inaudita parte. Acreditados los requisitos de admisibilidad, las medidas cautelares se ordenan sin oír previamente a la parte contraria. El juez fundamenta su otorgamiento en los hechos que afirma y prueba sumariamente el actor. Se posterga pero no se elimina el contradictorio. Naturalmente las actuaciones deben permanecer en reserva hasta tanto las medidas se ejecuten.

f) No producen efectos de cosa juzgada material[29], no causan instancia y su admisión o rechazo no configuran un adelanto de opinión sobre el fondo del asunto.

Así, el juez podría, en una resolución posterior, luego de la contradicción, remover la cautela sobre la base de nuevas circunstancias no conocidas anteriormente.

Asimismo no existe un prejuzgamiento en las medidas cautelares, porque cuando el juez las admite o rechaza, lo que realiza es una valoración o "juzgamiento" de los presupuestos de procedencia (verisimilitud y periculum in mora) que motivan el pedido de la cautela, y no sobre el fondo de la controversia. Es decir, hace una apreciación de la admisibilidad de la medida cautelar en sí misma.

28. MONROY PALACIOS citado por HURTADO, Martín, en su obra *Tutela jurisdiccional diferenciada*, sostiene que las medidas cautelares son mutables o variables "en dos supuestos, originados en un mismo fundamento: a) cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación material, o, b) cuando exista alteración de las circunstancias en la relación procesal", ob. cit., p. 201.
29. PÉREZ RAGONE citado por CAVA, Claudia Alejandra en su obra *Leading Case de la Corte Suprema: 'Camacho Acosta' (¿Medida cautelar innovativa o resolución anticipatoria?)* señala que "todas las tutelas de urgencia tienen un elemento en común, quedan fuera de la órbita de la cosa juzgada material", p. 302.

g) Son de ejecución inmediata. Los recursos que se plantean contra las medidas se conceden en efecto devolutivo y ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento.

h) Conducencia. La medida cautelar debe estar relacionada adecuadamente con lo que se pretende asegurar para alcanzar el efectividad de la decisión final.

IV. Finalidades

Hay consenso en la doctrina cuando se considera que toda la construcción dogmática de las medidas cautelares se levanta en torno a racionalizar el tiempo que emplean los jueces en resolver el conflicto sometido a su decisión.

Desde antiguo rige el principio de que durante el desarrollo del proceso nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*), habida cuenta de la incertidumbre que conlleva todo el proceso, la cual sólo desaparecerá cuando se ejecutorie la sentencia definitiva. "Si bien lo anterior es un principio plausible, no puede hacernos olvidar que de una u otra forma favorece la posición del sujeto pasivo de la relación jurídica, el cual puede esperar "tranquilamente" el desarrollo completo del *iter* procesal sabiendo que durante ese tiempo la cosa sobre la cual se litiga permanecerá en su poder y que su patrimonio no sufrirá detrimento alguno. CARNELUTTI observa a este respecto que **cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla indiscutiblemente en posición superior el que la posee. Las razones de esta superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por otro: el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso**[30].

Frente a esta realidad y ante la necesidad de que no resulte ficticio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte aceptando la pretensión del actor, los ordenamientos jurídicos han incorporado una serie de medidas tendientes a asegurar la efectividad de dicho cumplimiento.

30. MARÍN GONZÁLEZ, Juan, ob. cit. pp. 230 y 231.

Pero esta función garantista inicial, como se analizará a continuación, ha sufrido modificaciones importantes, especialmente a mediados del siglo XX, de tal suerte que, en la actualidad, se reconocen funciones conservativas e innovativas a las medidas cautelares[31].

a) Finalidad asegurativa en general

Según CALAMANDREI son aquellas que sirven para "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma", mientras que CHIOVENDA las define como aquellas "medidas especiales, determinadas por el peligro o urgencia" que se emiten antes de que sea acertada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que sea cumplida su actuación, para garantía de su futura actuación práctica"[32]. Constituyen el contenido tradicional de las medidas cautelares. Son el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar, etc.

b) Finalidad asegurativa conservativa

Buscan preservar, mantener o congelar, mientras dura la medida cautelar, la situación jurídica o el estado de cosas existente al momento en que se

31. Existen diversas clasificaciones de las medidas cautelares. Así, CALAMANDREI, partiendo de la relación de instrumentalidad que liga a la providencia cautelar con la principal, distingue: a) providencias instructorias anticipadas, tendientes a la conservación y aseguramiento de la prueba; b) providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada del derecho; c) providencias que deciden interinamente una situación para evitar daños irreparables durante el curso del proceso, p.e. denuncias de obra nueva, alimentos; d) La caución que fija el juez para que preste el interesado en una posterior providencia; Similar clasificación la enseña Enrique TARIGO; CHIOVENDA, a) la ejecución provisional de una sentencia, b) la declaración de quiebra y c) la fijación de sellos; COUTURE, considerando las medidas cautelares dentro de las providencias judiciales, las clasifica de la siguiente manera: medidas de puro conocimiento, medidas de conocimiento sumario, medidas de tutela de la propiedad o del crédito, medidas de ejecución anticipada, medidas cautelares negativas: impedir la modificación del estado de cosas existentes al tiempo de la petición, medidas de contracautela; PODETTI, a) medidas para asegurar bienes (embargo preventivo, ejecutivo y ejecutorio, interventor colector o intervención de caja, secuestro, prohibición general de bien, prohibición de innovar y de contratar, anotación de litis; b) medidas para asegurar elementos de prueba, c) medidas para asegurar personas (alimentos provisorios; exclusión del cónyuge del hogar; medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar; guarda de menores e incapaces; asistencia de enfermedades, etc.).

32. Citado por Giusseppe TARZIA, "La tutela cautelar", artículo compilado por GREIF, Jaime, en la obra "Medidas cautelares", (2002), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 487.

las solicita[33], con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo. Consisten en la prohibición de realizar determinados actos materiales o jurídicos para mantener el status quo.

En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal manera que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor)[34].

Son ejemplos de estas medidas, la prohibición de no innovar, las *injunctions* (interlocutory injunction, preliminary injunction, preventive injunction o temporary restraining order)[35] en el *common law, que se dictan según el caso concreto y no poseen una regulación especial.* [36]

c) Finalidad asegurativa innovativa[37]

Por el contrario, comportan el cambio o la alteración de la situación, de hecho o de derecho, imperante al momento en que se solicitan y pueden implicar incluso la anticipación de los efectos de la decisión para evitar la frustración del resultado del proceso principal. Son de aplicación restrictiva. La doctrina entiende que mientras la prohibición de innovar tiende a mantener o a conservar una situación, la medida innovativa tiende a modificarla.

33. Hay algunos autores que refieren como momento de la situación la fecha en que se dictan.
34. CALAMANDREI, citado por GONZÁLEZ, Martín, ob. cit. p. 238.
35. LEHMAN, Jeffrey, PHELPS, Shirelle, *West's Encyclopedia of American Law*, Editorial GALE CENGAGE Learning, http://vlex.com/vid/51573127, enero, 2005.
36. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *La posibilidad de adoptar medidas cautelares con carácter previo a la demanda en otros Estados*, artículo compilado en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Editorial CEDECS, Barcelona, España, 2004.
37. Según ARAZI, ob. cit. p. 19 un proceso cautelar es innovativo "cuando el litigio es provisionalmente arreglado mediante la alteración y no mediante el mantenimiento del estado de hecho, como en el caso de separación personal de los cónyuges, medidas provisionales sobre los hijos en procesos distintos". Además, hay autores que sostienen que éstas son una variante de las medidas de no innovar.

Cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que se podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender ya no a conservar el estado de hecho existente, sino a operar en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables[38].

Jorge PEYRANO las define como "una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor". Sin que medie sentencia firme, ordenan que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente; Sin embargo, Claudia CAVA, recuerda que a partir del 1983 el mencionado autor realizó unos "ajustes" en tal definición y la medida innovativa no consistiría solo en el "restablecimiento de una situación preexistente", sino que pasaría a ser una medida en la que "resultaba menester hacer algo distinto a lo que el destinatario había hecho o estaba haciendo"[39].

En la legislación argentina se contempla la posibilidad de que esta medida, a través de la denominada "medida genérica", podría constituir alguna de sus variantes (según PEYRANO y DE LÁZZARI), o representar una tutela anticipatoria a través de la cual se anticipa algunos de los efectos de la sentencia final, fenómeno al parecer inicialmente contemplado en las obras de los doctrinarios de la clásica escuela italiana. Como lo ilustra Jorge Orlando RAMÍREZ, "algunas veces se anticipa innovando y otras se innova sin anticipar"[40], y es que no resulta fácil tarea la diferenciación entre la medida cautelar y la tutela anticipatoria en cuanto tienen como presupuesto común el peligro de irreparabilidad del daño, y como reconoce Claudia Alejandra CAVA "produciendo, muchas veces idénticos efectos, hacen que la línea divisoria entre ambos resulte difícil de avizorar"[41].

38. CALAMANDREI, Piero, ob. cit., pp. 48-49.
39. CAVA, Claudia Alejandra, ob. cit., pp.287 y 288.
40. RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Función Precautelar*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 54.
41. CAVA, Claudia Alejandra. ob. cit., p. 288.

Al margen de que, en una de sus modalidades, pueda constituir una tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, importa la emisión de un mandato que implica una conducta activa, directamente una obligación de hacer y no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos.

Diferencias entre la medida cautelar innovativa y la resolución anticipatoria

El profesor Luiz GUILHERME MARIONI[42] ha señalado, de manera contundente, que es inapropiado el intento de subsumir la tutela anticipatoria en la tutela cautelar pues significa desnaturalizar la función primigenia de esta última[43]. Las resoluciones anticipatorias, siguiendo a la clásica escuela italiana que no se desapega del *principio nulla executio sine titulo,* han aparecido como desenvolvimiento de las mediadas cautelares, encontrando cabida en las llamadas medidas innominadas, pero funcionalmente reconvertidas.

Frente a ello, es un imperativo establecer las diferencias entre estos dos institutos procesales para evitar nocivas distorsiones.

A continuación se señalan las principales diferencias, siguiendo el esquema doctrinal fijado por la profesora argentina CAVA:

i) Instrumentalidad.- La medida innovativa, como toda medida precautoria tiene el carácter de instrumental, esto es, se halla al servicio de una sentencia definitiva que se dictará en otro proceso. La resolución anticipatoria, en cambio, no es un instrumento que se destine a asegurar la utilidad de la tutela final. Tal resolución se despacha dentro del mismo proceso pero en forma anticipada al de la sentencia. "Al respecto se ha dicho que es un llegar antes a la meta, que no es lo mismo que el mero anticipo cronológico de un fenómeno a otro, de ahí que en la providencia anticipatoria se cumple una combinación de la anterioridad cronológica con la dirección funcional"[44].

42. MARIONI, Luiz, ob. cit., pp. 403-413.
43. Al respecto MARIONI, Luiz Guilherme, al resaltar el elogio del italiano RICCI, Edoardo, por la consagración de la tutela anticipatoria como un nuevo instituto diferente a las medidas cautelares, señala que "Es confortante percibir que uno de los mayores especialistas en tutela anticipatoria en Italia aplauda la orientación de la doctrina brasileña, que corajudamente, y en confrontación con la doctrina italiana clásica, supo distinguir la tutela anticipatoria de la tutela cautelar" en MARIONI, Luiz, ob. cit., p. 413.

"En la resolución anticipada no hay resguardo de lo eventualmente inútil –como sucede con la cautelar, que tiende al aseguramiento del resultado inútil de un proceso- sino directamente concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo en el plano del derecho material tutelado"[45].

ii) Provisionalidad[46].- Toda medida cautelar tiene vigencia mientras las circunstancias que dieron origen a su pronunciamiento subsistan. Por otra parte, denegada una medida, su rechazo no impide recabarla nuevamente en tanto se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho.

Para CAVA, si bien la resolución anticipatoria también tiene una naturaleza provisional sus alcances y fines son distintos pues una vez ordenada no puede ser alterada durante el desarrollo del proceso y conservará esta naturaleza hasta el dictado de la sentencia de fondo. "Podríamos ser aún más precisos y referir a la provisionalidad de la medida innovativa y a la "interinidad" de la resolución anticipatoria, por cuanto la idea de "interinidad" parece trasuntar una proyección de mayor perdurabilidad que la de "provisionalidad" que luce sencillamente removible"[47].

De otro lado, si el pedido de una resolución anticipatoria fuere rechazada no podría insistirse en su obtención, sin que aquello signifique definitividad, puesto que lo decidido no hace cosa juzgada.

iii) Flexibilidad.- Se dijo ya que la medida cautelar debía ser eficaz por los fines que persigue. De ahí que el juez tendrá que determinar si la medida cautelar solicitada es idónea y apropiada para enfrentar el peligro y, además, deberá evaluar si no es excesiva.

Para la profesora argentina CAVA la resolución anticipatoria no podría ser tributaria de esta característica porque el adelanto de la tutela se justifica en el hecho de evitar el perjuicio irreparable que ocasionaría recorrer todo el

44. CAVA, Claudia Alejandra, *Leasing case de la Corte Suprema caso "Camacho Acosta"*, artículo compilado por Jaime Greif en la obra *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 299.
45. Cfr. CAVA, Claudia Alejandra, ob. cit., p. 299.
46. Según MARIONI la nota de provisoriedad nada dice de provechoso para diferenciar las dos tutelas. Hay autores que prefieren hablar de temporalidad pues es el que mejor delimita la duración temporal de la medida que, por su misma naturaleza, no está destinada a prolongar sus efectos indefinidamente en el tiempo.
47. CAVA, Claudia Alejandra, ob. cit., p. 300.

desarrollo del proceso precisamente instaurado para satisfacer una pretensión acorde con la que se anticipa.

iv) Despacho *inaudita parte*.- Es regla general que las medidas cautelares se decretan sin oír a la contraparte pues es evidente que si ella conociera con anterioridad a su dictado activaría todos los medios a su alcance para frustrar sus resultados. Naturalmente aquello no significa suprimir el contradictorio sino tan sólo postergarlo. La doctrina considera que "la adopción de las medidas precautorias sin previo debate concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ella la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas".

No sucede lo mismo con las resoluciones anticipatorias cuyo despacho in *limine litis* ha sido rechazado por una parte importante de la doctrina como se revisó anteriormente. "A diferencia de las medidas cautelares, la anticipación no puede otorgarse antes de la traba de la litis, con demanda y contestación, o al menos vencido el plazo para responder. Ello supone, además, que se pronunciará en el ámbito del propio proceso de conocimiento y al cabo de una petición que ha de sustanciarse con la contraria, lo que posibilita una cognición sumaria aunque bastante para preservar el contradictorio"[48].

v) Efecto de cosa juzgada.- La innovativa, como cualquier medida cautelar, no produce efecto de cosa juzgada material, mientras que, según Rivas, las resoluciones anticipadas dan origen a la cosa juzgada provisional. "Existen pronunciamientos que se dictan con un conocimiento incompleto, provisional, no definitivo y que fuerzan a uno ulterior, con respecto al mismo conflicto *pero dentro de la misma causa,* sea en su curso principal, sea en los de tipo incidental. Llamamos a este *fenómeno cosa juzgada provisional* ella es el resultado de una declaración impropia, aunque no toda certeza impropia produce cosa juzgada provisional"[49].

Finalmente, es relevante citar lo que la autora en mención plantea como respuesta a la situación entre las medidas cautelares innovativas y la tutela anticipatoria, "o bien admitimos que la corriente ortodoxa en materia cautelar ha experimentado un ensanchamiento en sus contornos, recibiendo en su seno a medidas como la innovativa que

48. BERIZONCE, Roberto Omar, ob. cit., p. 152.
49. Cfr. , Adolfo, ob. cit., p. 238.

–en una de sus expresiones– hace coincidir su objeto con el objeto principal–, o bien aceptamos que ese mecanismo no se incluye en el género cautelar –aunque si dentro del proceso urgente– sino que constituye un género particular que preferimos denominar resoluciones anticipatorias."[50]

50. CAVA, Claudia Alejandra, ob. cit., p. 304.

LA EVIDENCIA: UN NUEVO FACTOR DETERMINANTE DEL DICTADO DE DECISIONES JUDICIALES ANTICIPADAS

Jorge W. PEYRANO[1]

I. Introducción. ¿en qué consiste la llamada justicia temprana?

La evidencia es –se sabe- una "certeza clara, manifiesta y perceptible que nadie puede dudar racionalmente de ella". Las líneas que siguen tienen por propósito dejar en claro que a la vera de la tantas veces "urgencia"[2], existen otros factores convalidentes de la concesión de una justicia temprana.

Ahora bien: ¿Cuándo puede predicarse que concurre el otorgamiento de una justicia temprana? Pues cuando sea legítimo, aunque fuera de modo provisorio y reversible un muy pronto desplazamiento de derechos. Algo más: siempre que funciona algún supuesto de justicia temprana, se da una hipótesis de tutela coincidente[3] porque el pedido de concesión de justicia temprana presupone que lo solicitado implica satisfacer –total o parcialmente y aunque fuere de modo provisorio– lo pretendido en el contenido de una demanda.

1. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Abogado egresado con medalla de oro de la Facultad Católica de Derecho de Rosario. Autor de más de veinte y cinco libros en la materia.
2. URGENCIA, según el Diccionario de la Real Academia Española, es "precisar una cosa, su pronta ejecución o remedio".
3. PEYRANO, Jorge W., "La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa" en "Medida innovativa", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, p. 31: "Cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito se genera una tutela "coincidente" en el sentido de que la prestación reclamada concuerda (en todo o en parte) con la que se reclama para que forme parte de la sentencia de mérito"

Muy distinto es el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares (tutela divergente) donde la mutación jurídica (inmovilización de la titularidad de una inscripción registral, por ejemplo) recae no sobre el derecho debatido sino sobre otro que, llegado su momento, servirá para ejecutar lo declarado judicialmente respecto de la relación jurídica litigiosa; vale decir, respecto del derecho controvertido.

II. ¿Qué es una tutela anticipada? La tutela anticipada de Urgencia

Una manifestación exitosa de justicia temprana está dada por lo que se ha dado en llamar tutela anticipada. Existe ésta cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia funcionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos.

El proceso monitorio[4], por ejemplo, forma parte de la justicia temprana pero no puede señalarse como una muestra de tutela anticipada porque *ab initio* posee una matriz acelerada que posibilita un pronto desplazamiento de derechos. Cabe recordar, que: "El proceso monitorio puede ser conceptualizado como un proceso que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutorio con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que la ley específicamente determina. Existen dos clases de procesos monitorios el proceso monitorio puro (también denominado sin prueba o sin documento) y b) el proceso monitorio documental (llamado, asimismo, con prueba o con documento)"[5]. La posibilidad de una pronta configuración de un título ejecutorio se encuentra, entonces, presente desde el vamos e inserta en la propia matriz del monitorio[6]. A título de digresión válida, cabe consignar la exitosa difusión de los procesos de estructura monitoria

4. Correa Del Casso, J.P. "El proceso monitorio", Barcelona 1998, Editorial José Maria Bosch, passim.
5. Leguisamón, Héctor, "Derecho Procesal Civil", Santa Fe 2009, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2, p. 722.
6. Falcón, Enrique; "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Santa Fe 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo IV, p. 817.

en varias provincias argentinas. Entre ellas merece ser citado el caso del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, cuyo principal autor intelectual fue Roland ARAZI, que en sus artículos 487/94 ha instrumentado un proceso monitorio, susceptible de funcionar en muchas y variadas hipótesis, que en la práctica está funcionando a plena satisfacción.

Igualmente, la medida autosatisfactiva[7] tampoco es un ejemplo válido de tutela anticipada porque *ab initio* su diseño presupone un casi inmediato desplazamiento de derechos sin que medie cosa juzgada. También en la materia, algunas provincias argentinas han marcado rumbos aceptando su ideario por vía legislativa. Es que el legislador "en varias provincias le ha otorgado el crisma de lo legal. A saber, Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan y Santiago del Estero, han incorporado a sus leyes procesales civiles la regulación de la autosatisfactiva. Cabe acotar que en Córdoba, en Santa Fe y en el ámbito nacional también se han registrado movidas legislativas en pro de su incorporación formal a la ley de rito civil correspondiente"[8].

En nuestro país, hoy se conoce y aplica, especialmente en el plano pretoriano, la denominada tutela anticipada de urgencia; precursoramente instituida por el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil. Dicha institución obtuvo presencia local y cobró impulso a partir del permanentemente citado precedente "Camacho Acosta"[9] de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego seguido por muchos otros. En todos ellos se ha aceptado la incidencia del factor "urgencia" como preponderante para acortar los tiempos de un proceso normalmente muy extendido, en miras a lograr un desplazamiento de derechos, provisorio y reversible, sin que exista cosa juzgada. Y no se crea que todo ello es patrimonio exclusivo del ingenio pretoriano por-

7. PEYRANO, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución" ,en "Medidas autosatisfactivas", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal, página 13: " se trata de un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado ,erróneamente, como una cautelar autónoma".
8. PEYRANO, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión" en "Doctrina judicial procesal" N° 6, página 76.
9. Vide el texto de dicha sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comentado por Roland Arazi, en Revista de Derecho Procesal N° 1, Editorial Rubinzal Culzoni, página 385 y siguientes.

que también se han sancionado normas legales convalidantes de la operatividad "aceleradora" preponderante de dicho factor. Así, el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa ha consagrado una tutela anticipada de urgencia, en los siguientes términos: "El juez podrá anticipar, luego de la traba de la *litis*, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) Se efectivice contracautela suficiente. 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. Solicitada la tutela del juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto".

No militan dudas acerca de que, efectivamente, el factor "urgencia" puede ser un acelerador de tiempos en procura de conseguir una tutela judicial efectiva y así, con su auxilio posibilitar, v. gr., paliar los tiempos desesperadamente lentos de un juicio ordinario. ¿O acaso Camacho Acosta debía en justicia perder para siempre la chance de colocarse una prótesis bioeléctrica en uno de sus antebrazos porque de transcurrir algunos meses más, su muñón ya no lo admitiría; y ello porque el juicio ordinario de resarcimiento que había promovido poseía una duración mínima de dos o tres años? ¿Es o no "urgente" satisfacer su reclamo de que se le anticipara, cumplidos los recaudos de viabilidad correspondientes (prestación de contracautela, muy fuerte verosimilitud del derecho de fondo alegado, etc.), una parte muy menor de la indemnización solicitada; quedando el anticipo sometido a las resultas de la sentencia definitiva?

Afortunadamente, hoy no faltan precedentes (especialmente cuando se trata de tutelas anticipadas postuladas por parapléjicos, quienes se encontrarían con riesgo de muerte si no se les anticipara una porción de la indemnización reclamada) de despachos de tutelas anticipadas de urgencia[10]. La doc-

10. Conf. "Medidas precautorias y anticipatorias. Visión Jurisprudencial", obra colectiva dirigida por Oscar Vázquez, Córdoba 2007, passim y de Jorge W Peyrano, "Escolio sobre los "leading cases"cordobés y platense en en materia de tutela anticipada", en "Nuevas Apostillas Procesales", Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, p. 163 y siguientes.

trina autoral nacional coincide en la ventajas para un mejor Servicio de Justicia que ello involucra, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de procedencia exigidos mayoritariamente[11].

Finalmente, tenga en cuenta el lector que cuando se trata de una tutela anticipada de urgencia es menester que, precisamente sea el factor "urgencia" el principal convalidante para la prestación de una justicia temprana.

III. El factor "evidencia"

Opera en nuestro medio otro factor, soterrado, acelerador de tiempos procesales cual es la "evidencia". Ello surge con meridiana claridad en los casos de "desalojo anticipado por intrusión" regulado por algunos ordenamientos procesales civiles argentinos[12]. Así, el artículo 680 bis del C.P.N. dispone lo siguiente: "*Entrega del inmueble al accionante.* En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la *litis* y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar". No crea el lector que todo se trata de novedades porque el muy conocido levantamiento de embargo sin tercería[13] o levantamiento liso y llano de embargo[14], también otorgan a la "evidencia" un rol preponderante para acelerar tiempos procesales, en el caso los propios de una tercería.

11. MORELLO, Augusto; *"Anticipación de la tutela"*; La Plata; 1996, Editorial Platense, passim. PEYRANO, J.W., "Tendencias y proyeccciones de la doctrina de la tutela anticipada en "Nuevas Tácticas Procesales" Rosario 2002, Editorial Nova Tesis, página 159 y ss. y DE LOS SANTOS, Mabel, "El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil", JA, 2003-IV-955.
12. Artículo 517 del C.P.C. santafesino: "El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entregar sea exigible. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso(s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se puedan ocasionar".
13. Artículo 104 del C.P.N. "Levantamiento del embargo sin tercería. El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes. Del pedido se dará traslado al embargante. La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos por el art. 98".

En los ejemplos aportados, es la "evidencia" (fortísima verosimilitud de que le asiste razón al requirente en su planteo) el factor preponderante para decretar un cambio en el status de Derechos aun sin que medie cosa juzgada. Son ellos, claro está, hipótesis de justicia temprana, pero no de tutela anticipada porque inicialmente la matriz de dichos procedimientos reconoce la viabilidad de obtener una justicia pronta.

IV. La tutela anticipada de evidencia

Si se está ante una verdadera tutela anticipada de evidencia, será esta última el factor principalmente determinante de su despacho y, además, el proceso en el cual se inserta no deberá preverla en su matriz normal sino, a lo sumo y cuando se encuentre legalmente regulada, como una suerte de coyuntura excepcional.

En todos los casos, la tutela anticipada de evidencia debe funcionar como un acelerador de los tiempos normalmente previstos para la tramitación y dilucidación del procedimiento. Podrá el legislador contemplar, tal posibilidad, pero, insistimos, siempre cual si fuere un episodio extraordinario y no a título de elemento propio y connatural del proceso correspondiente.

En fecha reciente, se ha plasmado un excelente Anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil de Brasil, que ya tiene estado parlamentario, cuyo Comité Redactor fuera presidido por la prestigiosa procesalista Teresa ARRUDA ALVIN WAMBIER. Su artículo 285 prevé lo que para nosotros sería una tutela anticipada de evidencia al contemplar, concediendo el rol de factor preponderante a la "evidencia", la posibilidad a la actora de obtener un cambio provisorio en la titularidad de derechos contra la demandada, sin perjuicio de que prosiga la sustanciación del juicio respectivo en cuyo curso obtuviera la tutela anticipada y de que ésta fuera dejada sin efecto por la sentencia final que podrá revocar, modificar o confirmar lo decidido anticipadamente; todo previa prestación de cautela idónea para eventualmente restituir la obtenida provisoriamente.

14. Artículo 324 del C.P.C. Santafesino: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el tercero perjudicado por un embargo tendrá derecho a requerir su levantamiento liso y llano comprobando de inmediato su posesión actual. Esta gestión se resolverá previo traslado al embargante. La decisión será irrecurrible para el tercero y no afectará su derecho a deducir la tercería pertinente".

El ingenio brasileño ha enumerado algunas coyunturas que revelan que la "evidencia" acerca de la titularidad de derechos controvertidos se encuentra del lado de la actora, y que ello convalida una decisión anticipada con el consiguiente desplazamiento provisorio de derechos. Lo que interesa señalar es que en el modelo brasileño referido la "evidencia" es lo que justifica preponderantemente la aceleración de tiempos procesales.

V. La tutela de evidencia en Argentina

En la Argentina hoy ya no sorprende la concesión de tutelas anticipadas de urgencia ni se considera que su despacho involucre prejuzgamiento alguno[15]. Mucho se ha evolucionado en punto a los recaudos exigibles para su despacho y hoy, prudentemente, se requiere no sólo la prestación de contracautela idónea, sino también una fortísima verosimilitud del derecho debatido, que el derecho a desplazar sea fácilmente reversible, la exigencia de una seria demostración de la "urgencia" invocada y la necesaria sustanciación del pedido mediante la audiencia del destinatario del pedido de tutela anticipada[16].

Para la procesalística brasileña más moderna, la tutela anticipada de urgencia es una pariente próxima de la tutela anticipada de evidencia (el Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil brasileño las regula en lugares vecinos y relacionados).

Ahora bien: ¿Por qué no aceptar también en nuestro medio a la tutela anticipada de evidencia que ya está en funciones en países vecinos como Brasil y Uruguay[17] cuando –con prestación de contracautela idónea y concu-

15. Conf. el tenor del precedente "Camacho Acosta", citado en nota 8.
16. PEYRANO, Jorge W. "Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada", página 162. "Por más que en el modelo brasileño aparentemente no es requerida de manera ineludible la sustanciación previa, siempre hemos creído que sería más conveniente decretar la sentencia anticipatoria sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestarla (circunstancia ésta que refuerza sin duda, la chance del actor de resultar ganancioso en la *litis*). Nada dice sobre este aspecto "Camacho Acosta", lo que no puede extrañar porque el requirente eligió el camino de una cautelar innovativa. Empero, tanto en la resolución aquí glosada ("Gómez") como en "Elías" y en un reciente caso de otorgamiento de alimentos en una filiación extramatrimonial, se instrumentó una comprimida bilateralidad al pedido de despacho de una sentencia anticipada. De igual forma, la doctrina autoral es proclive a propiciar que se conceda al destinatario de una tutela anticipada la chance de ser oído antes de su emisión".

rrencia de un general *fumus boni iuris* acentuado, por añadidura milita alguna de las circunstancias que a continuación enumeraremos y que están inspiradas en el listado de coyunturas convalidantes de una tutela anticipada de evidencia previsto por el citado Anteproyecto de Reformas del Código Procesal de Brasil?: a) existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida, b) existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos. Vaya como digresión válida que con ello se podría paliar un tanto la ausencia de legislación nacional en materia de acciones colectivas[18], y que Halabi todavía no ha podido remediar adecuadamente. Así, por ejemplo, la concesión de tutelas anticipadas de evidencia no podría evitar la fatigosa reiterada iniciación de juicios previsionales cuyo desenlace ya se conoce, pero al menos se podría evitar su morosa e irritante sustanciación íntegra; c) existencia de una causa de puro Derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que toman indudablemente predecible el desenlace del litigio; d) un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento[19].

Note el lector que cualquiera de las coyunturas convalidantes reseñadas *evidencia* que le asistiría razón al demandante; existiendo, entonces, cuando se le suma el otorgamiento de contracautela, el *fumus boni iuris* general correspondiente y la previa debida audiencia del demandado, suficientes razones para que aquél pueda obtener en su favor una condena –total o parcial– provisional.

17. Artículo 200 del Código General del Proceso del Uruguay regulatorio tanto de la tutela de urgencia como de la tutela de evidencia, pero circunscripta a la tramitación de la segunda instancia: "Decisión anticipada- 200.1 En segunda instancia los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes: 1) Si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal; 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla, 3) Si hubieren manifiestas razones de urgencia; 4) Si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso. 200.2. En los mismos casos y cuando se trate de sentencias de segunda instancia, también podrán dictar decisión anticipada los tribunales unipersonales".
18. Conf. "Procesos colectivos", publicación de la Asociación Argentina de Derecho Procesal editada por Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, obra colectiva coordinada por Eduardo OTEIZA, passim.
19. Conf. sobre el punto consultar el artículo 200 del Código General del Proceso de Uruguay transcripto en nota 16.

La *evidencia* es en la especie el factor preponderante que justifica dicha solución excepcional (el dictado de una tutela anticipada) que viene a acelerar tiempos procesales normalmente más morosos. En las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Chile (26 al 28 de agosto de 2010) se planteó la consideración del factor evidencia en el diseño del nuevo Código Modelo de Proceso Civil, calificándolo como un cambio fundamental en la concepción de los esquemas procesales, que podría funcionar como complemento de los procesos urgentes para la elaboración de un sistema procesal más ágil[20].

Cabe destacar que se ha planteado, con acopio de razones[21], si no sería procedente que la medida autosatisfactiva también pudiera despacharse ante la *evidencia* de las razones hechas valer por el requirente y aunque no mediara en el caso y en sentido estricto "urgencia". Preferimos –por ahora, al menos– preservar a la medida autosatisfactiva un lugar entre los procesos urgentes.

VI. Colofón

La justicia temprana es un género del cual forman parte la conocida tutela anticipada de urgencia y la recién llegada tutela anticipada de evidencia. Ambas se caracterizan por actuar, excepcionalmente y frente a la incidencia de los factores "urgencia y "evidencia", de modo de obtener contra el demandado una condena provisoria y eventualmente reversible. Ambas, asimismo, convalidan desplazamientos de derechos sin que concurra cosa juzgada, otrora única legitimante de cambios en el emplazamiento de derechos llevados a juicio.

Ayer parecía un sueño próximo al prevaricato postular y decidir ante razones de urgencia un cambio, aunque fuera provisorio, en el *status* de dere-

20. Conf. Informe general de la Comisión "Procesos urgentes y cautela judicial" elaborados por Mabel DE LOS SANTOS y Petrônio CALMÓN en *Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 2010, T. I, pág. 365/396.En parecido sentido se pronuncia el trabajo de Carlos CARBONE "La noción de tutela jurisdiccional diferenciada. Para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción", en La Ley 2000 A, p. 1196 y ss.
21. BARBERIO, Sergio, "La medida autosatisfactiva" Santa Fe 2006, Editorial Panamericana, p. 158.

chos controvertidos. La aparición de "Camacho Acosta" hizo al sueño realidad y la amenaza de prevaricato se transformó en juicio laudatorio. El coraje civil de algunos jueces pudieron más que la inercia.

La tutela anticipada de evidencia en Argentina –que hoy no existe como institución aceptada y aplicable– quizás tenga mañana igual destino que hoy se reconoce a la tutela anticipada de urgencia: constituir uno de los elementos indispensables para materializar una reforma procesal civil profunda y en serio.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Sandro VALLEJO ARISTIZÁBAL[1]

I. Introducción

Al igual que en otras ramas del Derecho, el estudio científico de la relación jurídica tributaria surge en el marco del estudio del Derecho Civil, de ahí que buena parte de las instituciones del Derecho Civil, guarden estrecha similitud con las derecho tributario.

Hasta antes de la revolución francesa, no existía una sistematización en torno a la relación impositiva entre estado y particulares, aunque gravámenes impositivos existían en distintos territorios desde cientos de años, basados en la relación de poder entre soberano y súbditos.

Eusebio GONZÁLEZ[2] manifiesta que con la llegada del positivismo el derecho alcanza un enorme desarrollo y el tributario en particular empieza a tomar forma. Bajo la influencia del liberalismo, la relación tributaria es abarcada con una perspectiva eminentemente civilista, que partía de la premisa de que el mejor impuesto es el que no existe.

1. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, entre otras funciones, se ha desempeñado como Director Financiero Tributario del Municipio Metropolitano de Quito, Coordinador de Coactivas, Jefe Jurídico Regional y Jefe Nacional de Normativa Tributaria del SRI, es profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, y ha participado como docente en programas de la Universidad Andina, la Universidad Metropolitana de Guayaquil, la Universidad Técnica Particular Abierta de Loja, Universidad del Azuay, entre otras, ha participado como ponente en múltiples foros académicos en materia tributaria, entre los que se cuentan las VI, VIII y XI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario. Autor de varios artículos en materia tributaria que han merecido publicaciones en distintas revistas calificadas.
2. Eusebio GONZÁLES, Derecho Tributario I, Plaza Universitaria Ediciones, SALAMANCA 1997.

Es en Alemania y en Italia en donde se empieza a escribir sobre derecho tributario. Así en 1898 RANELLETI escribe el primer estudio técnico "Natura Giuridica dell'imposta" (Naturaleza Jurídica del Impuesto), que constituye el primer trabajo elaborado sobre la relación jurídica impositiva. En este estudio ya se empieza a hablar del fundamento del impuesto en la necesidad del poder público de satisfacer el interés colectivo. También se señala que la carga impositiva debe estar ligada a la ***capacidad contributiva*** de los ciudadanos.

Bajo la batuta de Enno BECKER, en 1919 se dicta en Alemania la **Ordenanza Tributaria (*Reichsabgabenordnung*)** que constituye el primer cuerpo normativo sistemático en materia tributaria y cuyos principios han sido reproducidos en muchos Códigos Tributarios posteriores. Esta normativa se apartó de los preceptos del Código Civil y resalta la importancia económica del régimen tributario.

Con relación a esta última, SAINZ DE BUJANDA, en referencia al desarrollo del estudio del Derecho Tributario, manifiesta que "*fue el acontecimiento que, en forma enérgica, desencadenó el proceso de elaboración de esta disciplina, tanto por los problemas teóricos que ese texto llevaba en su entraña, como por su permanente y fértil influencia en el campo de la Jurisprudencia y de la legislación comparada*"[3].

Una de las instituciones, en el Derecho Tributario ha alcanzado un desarrollo específico con matices distintos de los estudiados desde la perspectiva civil, es precisamente la relativa al aspecto subjetivo de la relación Estado-Contribuyente, tanto en lo atinente a la sujeción activa como en lo que refiere a la sujeción pasiva.

Inicialmente, las relaciones jurídicas entre la Administración y el contribuyente resultaban equiparables en su estructura a las existentes en el ámbito del Derecho civil entre acreedor y deudor, considerando a dicha relación como relación de derecho, subordinada por tanto a los preceptos legales que la rigen, ubicando en una posición de igualdad a la Administración y al particular, es decir, en la medida en que ninguna de las dos partes puede influir unilateralmente sobre el contenido de la posición jurídica correspondiente a la otra, siendo titulares exclusivamente de los derechos, potestades y deberes jurídicos previstos en la norma jurídica.

3. Fernando SAINZ DE BUJANDA. Sistema de Derecho Financiero. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 25.

En el caso del ente público acreedor del tributo, la ley le reconoce un derecho de crédito, que le permite exigir al sujeto deudor el cumplimiento de una prestación esencialmente de dar y con un contenido esencialmente patrimonial, por lo general en dinero[4]. Por su parte el particular mantiene un deber de satisfacer el interés jurídico del acreedor tributario a través del cumplimiento de la prestación exigida.

Sin embargo la gran importancia que se reconoce al contenido económico de las normas tributarias, ya evidenciado en la ordenanza de BECKER, determinó que, en alguna medida la relación subjetiva entre acreedor y deudor, alcanzara matices distintos.

II. Sujeto Activo

Para muchos autores, resulta claro que la relación tributaria es una relación de orden público, más aún cuando su origen es precisamente el ejercicio de una de las potestades soberanas del estado de mayor relevancia, que constituye precisamente la Potestad Tributaria. Esa misma característica incide en que en esencia el acreedor de la obligación tributaria sea el Estado mismo, y así se manifiesta en Art. 23 del Código Tributario que lo define como el "**Ente Público acreedor del tributo**", diferenciando esta calidad de aquella referida al ejercicio de la potestad tributaria, entendida como esa capacidad soberana en virtud de la cual está facultado para crear, modificar y extinguir tributos. Al respecto, GIULIANI FONROUGE señala que "*Siendo la obligación tributaria consecuencia del ejercicio del Poder Tributario, que es inherente al Poder de Imperio, indudablemente el Sujeto Activo por excelencia es el Estado, en sus diversas manifestaciones: Nación, provincias y municipalidades*".

Esta diferencia resulta sustancial, pues la relación entre Estado y particulares, en virtud del ejercicio de la Potestad Tributaria es una relación de Poder, en tanto que, como opina Dino JARACH, la Relación Jurídico-Tributaria no es una relación de poder sino de Derecho, por lo que es importante distinguir dos realidades diferentes que se producen dentro de esta relación. En primer término está el Estado haciendo uso de su Poder de Imperio

4. Nuestro Código Tributario en el Art. 14 refiere la posibilidad de que la prestación sea en dinero, especie o servicios apreciables en dinero.

o Potestad Tributaria, para la elaboración de actos legislativos en materia tributaria, potestad, que es privativa del Estado a través de la Función Legislativa. En este primer momento existe una relación de poder y supremacía; pero, existe un segundo momento que se inicia una vez agotado el acto legislativo, en donde el Estado pierde su superioridad y entra en una relación de paridad frente a los particulares, similar a la relación obligacional de Derecho Privado, en la que se transforma en el Ente Acreedor de la Obligación Tributaria. Queda claro que no existe identidad entre estos dos aspectos, por lo que no es de extrañar, que como señala BERLIRI "*La potestad tributaria pueda corresponder a persona distinta de aquella a quien compete el derecho al impuesto*".

Por tanto cuando nos referimos al Sujeto Activo de la Relación Jurídico-Tributaria, más que el ente creador del tributo en uso del Poder de Imperio, lo entendemos como el acreedor de la Deuda Tributaria.

Al respecto es importante tener en cuenta lo previsto en el Art. 64 del Código Tributario que refiere a los tres distintos tipos de administraciones tributarias posibles contempladas en nuestra legislación.

III. Sujeto Pasivo

Es en torno a la figura del sujeto pasivo de la obligación tributaria que se ha generado un mayor desarrollo en la doctrina y debates respecto de su génesis civilista posterior desarrollo autónomo.

Inicialmente es necesario señalar que el elemento determinante de la capacidad en materia tributaria, es la denominada "Capacidad Contributiva", relegando a la capacidad jurídica de obligarse a un segundo término. Esto le otorga un fuerte contenido patrimonial a la relación jurídico-tributaria.

El maestro SAINZ DE BUJANDA al abordar este tema, recalca que la doctrina tributaria, había, durante muchos años, establecido una cierta correlación entre capacidad jurídica tributaria y personalidad civil, sin embargo, nuevas corrientes que se vieron pronto reflejadas en las diferentes legislaciones, indujeron a los autores a replantear ese problema, sobre todo ante la manifiesta necesidad de evitar que entes patrimonialmente autónomos y con

gran capacidad contributiva, se mantuvieran al margen de la relación jurídica tributaria.

Al respecto, el segundo inciso del Art. 24 del Código Tributario señala: "*Se consideran también sujetos pasivos las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de sus miembros susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la Ley Tributaria respectiva.*".

La disposición citada evidencia la importancia del carácter patrimonial, por sobre las formas jurídicas, incluyendo a cualquier unidad económica, independientemente de que tenga personalidad jurídica.

En un sentido similar, el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, introduce el concepto de "sociedad" como sujeto pasivo de obligaciones tributarias, de la siguiente manera:

> "*Art. 98.- Definición de Sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o* ***cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.***".

Por otra parte, algunos autores plantean la separación entre la relación de contenido patrimonial, con aquellas otras, sobre todo de orden formal, que aunque surgen como consecuencia de la primera, sin embargo, no consisten en obligaciones o derechos patrimoniales. Al respecto, GIULIANI FONROUGE, establece una diferencia entre el tributo y la Obligación Tributaria, este autor señala que "*La correlación existente entre tributo y obligación tributaria, en cuanto esta última es una consecuencia de aquel, dice a las claras que hay una vinculación entre el sujeto pasivo del tributo (o sea, la persona individual o colectiva sometida al poder tributario del Estado) y el sujeto pasivo de la obligación tributaria (esto es, la persona individual o colectiva que*

debe cumplir la prestación fijada por la Ley); pero de esto no se deduce que, necesariamente, exista identidad entre ambos conceptos".

En todo caso no profundizare en este tema, asumiendo de manera superficial, como una sola categoría la de deudor tributario y la de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Sin embargo este género denominado Sujeto Pasivo no constituye una categoría única sino que tiene a su vez sub categorías o especies.

El Art. 24 del Código Tributario define al sujeto pasivo como "*la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable*".[5]

Esta definición es bastante aceptable y puede ser resumida señalando que se trata de la persona designada expresa o implícitamente por la norma legal para dar cumplimiento con el pago de las Obligaciones Tributarias. Sin embargo, tiene algunos aspectos que es conveniente mencionarlos. Nuestro Código Tributario, tuvo como base el Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID), que contó con la participación de algunos de los principales exponentes del derecho tributario del continente. En materia de sujeción pasiva, tal como sucede en la legislación argentina, nuestro código consideró dos categorías, la de contribuyentes y responsables, aunque como se verá más adelante, esta afirmación no resulta del todo acertada.

Con relación a este aspecto, a decir de MARTÍN y RODRÍGUEZ USÉ, la deuda tributaria, "*puede ser a título propio o de un tercero; en el primer caso conforme a la terminología empleada por el derecho positivo argentino, al sujeto pasivo se lo conoce con la denominación de contribuyente, y en el segundo, como responsable*".

En lo referente al contenido de la responsabilidad en materia tributaria, la doctrina se presenta muy variada e incluso va más allá de la definición propuesta por el autor precitado. Héctor VILLEGAS nos habla de al menos seis corrientes principales en las que se establecen diversas categorías de sujetos obligados, que van desde el reconocimiento de un solo y exclusivo sujeto pasivo, llamado contribuyente, (GIANINI), hasta otros que incluyen a los res-

5. Los reglamentos no pueden imponer la calidad de sujetos según el fallo 130-2004, RO 157, jueves 1 de diciembre de 2005.

ponsables y sustitutos, sin contar aquellas, que establecen otras categorías distintas.

IV. La clasificación tripartita de los obligados al pago de la deuda tributaria

En todo caso es necesario reconocer que la mayor parte de la doctrina recoge una clasificación tripartita de obligados al pago de la deuda tributaria que distingue entre: a) Contribuyente b) Responsable y, c) Sustituto. La clasificación tripartita siempre responde a la lógica de la existencia de un deudor principal, (deudor por deuda propia) y alguien que se sitúa en su lugar o junto a él.

Esta clasificación se concentra particularmente en la obligación central de la relación tributaria, es decir la de pagar la deuda tributaria, sin entrar en las particularidades de la relación tributaria fuera de este ámbito, excluyendo a los obligados a realizar otro tipo de prestaciones frente a la Administración tributaria, distintas del pago de la deuda tributaria u otro tipo de sujetos que desde la perspectiva económica reciben el peso de la carga tributaria, como el caso de aquellos que deben jurídicamente soportar el ejercicio de una acción de repetición por parte de quien se encontraba obligado al pago (Art. 26 CT).

Bajo la óptica señalada, el elemento que permite determinar la ubicación del deudor dentro de la relación tributaria es el de la verificación del hecho generador o hecho imponible, entendiéndose como deudor principal a aquel que tiene una relación directa con la verificación del hecho generador.

De conformidad con lo previsto en el Art. 16 del Código Tributario, el hecho generador es el "*presupuesto de hecho establecido por la Ley para configurar el tributo*". En tal sentido, Para poder hablar de hecho imponible debe de existir una relación, entre el objeto del impuesto y el elemento subjetivo del presupuesto de hecho, adecuada para obligar a quien lo realiza a contribuir al Fisco. En igual sentido, este presupuesto permite identificar la capacidad económica del sujeto obligado, a través de las manifestaciones de riqueza.

Por el contrario, son **responsables** quienes, por mandato legal, están conminados al pago del tributo, sin tener una relación directa con la verificación del hecho generador y que asumen una posición deudora ***junto a*** los sujetos pasivos;

Finalmente los **sustitutos** son quienes se colocan por la ley en la posición que correspondería a los sujetos pasivos asumiendo una posición deudora ***en lugar de*** los sujetos pasivos.

Precisamente, la figura del sustituto implica el hecho de que una persona que no guarda relación directa con el hecho generador, o cuya capacidad contributiva no se está midiendo, se encuentra, sin embargo obligada a pagar el tributo en lugar de quien debería serlo en virtud de estos mismos criterios.

Al respecto cabe señalar que nuestro Código Tributario, no recoge de manera expresa la figura del sustituto, tal como si lo hace el Modelo de Código Tributario del CIAT, sin embargo los artículos 29 y 30 del nuestro mantienen una redacción muy semejante a la de dicho código modelo, referente a los Agentes de Retención y de Percepción.

Adicionalmente en el Art. 28 se incluyen como una categoría de responsables tributarios, figuras en las que propiamente opera una sustitución de responsabilidad, en lugar de una responsabilidad tributaria

V. Contribuyente

Es importante señalar que, la relación tributaria requiere necesariamente de la existencia de un deudor principal, al que la doctrina suele denominar sujeto pasivo en sentido estricto, o contribuyente, término escogido por el legislador ecuatoriano, al que nos referimos anteriormente como ***Deudor por deuda propia***.

El inciso primero del Art. 25 de nuestro Código Tributario define a esta categoría en los siguientes términos: "*Contribuyente es la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador*. Particularmente relevante resulta el texto final de dicha disposición que manifiesta que "***Nunca perderá su condición de contribuyente quien, según la ley, deba soportar la carga tributaria, aunque reali-***

ce su traslación a otras personas". Esta disposición ratifica el hecho de que necesariamente debe existir el sujeto pasivo principal de la relación jurídica tributario.

El contribuyente o deudor principal es la persona que está en la obligación de satisfacer la deuda tributaria a título propio. También se puede afirmar que es la persona respecto de la cual se verifica la causa jurídica del tributo, o sea, aquella en quien se verifica directamente la situación prevista por la norma legal para dar origen a la obligación tributaria. En tal sentido consta la redacción del Art. 25 del Código Tributario.

En todo caso es factible que el contribuyente pueda trasladar la carga económica de la obligación tributaria a un tercero, tal como acontece en impuestos indirectos como el IVA o el ICE, sin embargo, mantiene su nexo jurídico con el estado y tal como lo determina el Art. 25 precitado, aún trasladando la carga, mantiene su condición jurídica de contribuyente.

Al respecto resulta curioso el observar como en el caso del Impuesto al valor Agregado, se utiliza la denominación de contribuyente, exclusivamente para el caso de los importadores, en tanto que en los demás casos de sujeción pasiva se habla exclusivamente de Agentes de Retención y Agentes de Percepción, lo cual no es un común denominador en otras legislaciones, más allá de lo cual, se puede afirmar que en dicho impuesto, existe claramente lo que otras legislaciones denominan "contribuyente sustituto", en términos similares a los referidos en el Código Tributario Modelo del CIAT.

En cualquier caso la vinculación del contribuyente con el aspecto material del hecho generador, resulta esencial, en aras de no violentar el principio de capacidad contributiva, de ahí que el legislador debe ser muy celoso, al momento de definir a este sujeto. De hecho entre los aspectos esenciales de reserva de ley en materia tributaria, previstos en el Art. 4 del Código tributario, está precisamente la determinación de los sujetos de la obligación. Lamentablemente, esta que debe ser una premisa mínima, en algunos casos no siempre se cumple.

VI. Responsables

A parte del obligado principal existen otras personas a quien la Ley les impone el pago de la obligación tributaria pese a no tener la calidad de contribuyentes. Es decir, estamos frente al caso de personas a quienes la Ley les impone obligaciones con la exclusiva finalidad de asegurar la percepción exacta de los Tributos.

Madera Grijalva señala que "*junto al contribuyente aparecen otros sujetos, que son los sujetos pasivos directos, pues tienen una relación directa y a título propio con el sujeto activo, y actúan paralelamente o en lugar del deudor o en defecto de éste; sin embargo, ninguna relación causal tienen con el hecho imponible*".

El hecho de que el responsable no tenga una vinculación directa con el hecho imponible, le da una connotación especial dentro del Derecho Tributario. Al respecto cabe señalar que el inciso segundo del Art. 26 del Código Tributario señala que toda obligación es solidaria entre contribuyente y responsable, surgiendo, de esta manera, un doble vínculo obligacional cuyo objeto (la prestación tributaria) es único.

Conforme lo determina el Art. 4 del Código Tributario, la calidad de responsable tiene un carácter ex-lege porque encuentra su fuente en la ley. La responsabilidad de éste sujeto pasivo puede liberar al contribuyente del pago de la deuda tributaria frente a la administración, pero el contenido patrimonial de la obligación del responsable es diferente al que corresponde al contribuyente, ya que no se halla en relación directa con los elementos esenciales del tributo, y en consecuencia de los principios de capacidad contributiva.

Se puede señalar que la finalidad que se busca al ubicar un sujeto pasivo responsable es, en primer término, garantizar el cumplimiento de las obligaciones, aunque también permite sancionar incumplimientos de las obligaciones, de tal manera que el sujeto responsable sea garantía de la prestación tributaria

VII. Solidaridad pasiva en materia tributaria

La figura de la solidaridad, surge del derecho civil y de hecho está regulada por el Título IX del Libro IV del Código Civil, partir del Art. 1527 que dispone:

> "*Art. 1527.- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> ***Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum***...".

La diferencia de la solidaridad tributaria, radica principalmente en su origen ex – lege, es decir excluyente de cualquier acuerdo de voluntad. En todo caso, esta solidaridad implica precisamente la facultad del acreedor tributario de dirigirse contra todos los deudores solidarios o cualquiera de ellos individualmente considerados, en los términos del Art. 1530 del Código Civil que dispone: "*El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división*".

Pese a esta circunstancia, esta responsabilidad solidaria que surge como consecuencia de la disposición legal que le impone la condición de sujeto pasivo al tercero, contiene ciertas características especiales, que se exponen a continuación.

VIII. Naturaleza de la responsabilidad tributaria

Para algunos autores[6], la obligación de pago de una deuda tributaria ajena se justificaría solo en la medida en que fuera reconducida a los esque-

6. En la doctrina y legislación española se hacen múltiples referencias al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito tributario.

mas de la responsabilidad civil extracontractual derivada de la lesión por tercero de un derecho de crédito, por tanto consideran que deberían presentarse los supuestos de dicha responsabilidad para que pueda surgir en derecho la obligación, a la que miran con un carácter mas bien indemnizatorio. En tal sentido sugieren que es necesario que se verifique la existencia de un daño, de una conducta ilícita y culpable, y una relación de causalidad entre el daño y comportamiento contrario a Derecho. Nuevamente hay que señalar que nuestra legislación, no determina condiciones especiales al surgimiento de la responsabilidad solidaria en materia tributaria.

Es importante considerar que el responsable tributario se encuentra obligado al pago de una deuda tributaria ajena, lo cual en esencia implica que no sea un verdadero deudor en la relación jurídico tributaria. En tal sentido el responsable tributario únicamente debe proporcionar al acreedor tributario aquello que este último tiene derecho a exigir al deudor principal; es decir, aquella cantidad que aparece justificada en virtud de circunstancias correspondientes al presupuesto de hecho que ha realizado el sujeto pasivo, y al que el responsable tributario es ajeno. Esto se manifiesta a través del denominado ***Principio de Accesoriedad*** de la responsabilidad tributaria.

Los responsables tributarios estarán obligados al pago de la deuda tributaria *junto* a los sujetos pasivos o deudores principales, por tanto, ninguna otra persona puede estar junto a los sujetos pasivos o deudores principales si no hay sujetos pasivos o deudores principales. El principio de accesoriedad de la responsabilidad tributaria es una consecuencia lógica de la existencia de una obligación de pago de la deuda tributaria ajena. Este tema puede resultar polémico en el caso de que el deudor principal haya desaparecido, como en el caso de extinción de las personas jurídicas. ¿Se puede asumir la posibilidad de que subsista la obligación del responsable, sin la figura del deudor principal? Desde mi punto de vista y considerando el principio referido, me parece que la respuesta claramente es NO, pues lo contrario implicaría, otorgar al representante legal una naturaleza de deudor propio de la obligación, esto concuerda incluso, con el alcance de la responsabilidad en este campo, contemplado en el inciso final del propio Art. 27 del Código Tributario. Esta circunstancia, excluye los supuestos de responsabilidad penal y civil extracontractual que pueden generarse por actuaciones dolosas o defraudatorias, cuya naturaleza es radicalmente distinta de la referida.

Por otra parte, como se ha señalado, el responsable tributario es obligado a pagar la deuda tributaria correspondiente al deudor principal o sujeto pasivo, a pesar de no haber demostrado capacidad económica propia o proximidad a la capacidad económica ajena que se persigue gravar a través del tributo. En otras palabras, el responsable tributario responde a la necesidad de garantizar el riesgo de impago de la deuda tributaria. Por esa razón, si el sujeto pasivo principal o contribuyente realiza el pago de la deuda tributaria, en la medida en que está satisfaciendo una deuda propia, no tendrá derecho a exigir el reembolso de la deuda satisfecha al responsable tributario, puesto que éste solamente estaba obligado al pago de la deuda ajena; pero, si el pago lo realiza el responsable tributario, en la medida en que la deuda tributaria es una deuda ajena, podrá exigir al deudor principal el reembolso de lo pagado. Este se conoce como el "***Principio de no reciprocidad***" y en nuestra legislación se contempla en el inciso final del Art. 26 del Código Tributario que textualmente señala: "*Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable,* ***quedando a salvo el derecho de éste de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y en juicio verbal sumario***".

En todo caso resulta claro que la relación entre responsable y contribuyente, que genera el derecho de aquel de reclamar a este último el reembolso de los valores asumidas, queda fuera del ámbito tributario y nuestra legislación determina específicamente que el mismo corresponde a una relación civil surgida como consecuencia de la relación tributaria.

Finalmente, el hecho de que el responsable tributario se encuentre obligado a pagar una deuda tributaria ajena debería concretarse en el denominado "***Principio de subsidiariedad***" de la responsabilidad tributaria. Resultaría discriminatorio exigir el pago de la deuda tributaria al responsable tributario antes que al deudor principal, pues, de ese modo, se estaría equiparando las posiciones jurídicas de ambos obligados más allá de lo que exige la función de garantía que le corresponde cumplir al responsable tributario. No es posible tratar de forma igual al sujeto pasivo y al responsable tributario en todo aquello en lo que la equiparación resulta desproporcionada con la finalidad perseguida a través del establecimiento de la responsabilidad tributaria. La subsidiariedad en el llamamiento al pago del responsable tributario, por tanto, tiene su último fundamento jurídico en el principio de proporcionalidad, vinculante para los poderes públicos en el cumplimiento de cualquiera de las funciones que desarrolla, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Sin embargo nuestra legislación no contempla esta situación y no se otorga a los responsables tributarios los beneficios de división, de orden o excusión, aunque resulta razonable que la administración intente primeramente el cobro con el deudor principal, antes de afectar patrimonialmente al responsable, sobre todo en respecto de los principios de capacidad contributiva y de proporcionalidad en el ejercicio de los poderes públicos.

IX. Clases de responsables

En nuestro Código Tributario se establecen varias clases de responsables de la Obligación Tributaria, entre las que se incluye la figura del sustituto aunque manteniendo la denominación de responsable las categorías recogidas en nuestra legislación son:

- Responsables por Representación
- Responsables como Adquirentes o Sucesores
- Otros Responsables
  - * Agentes de Retención
  - * Agentes de Percepción

a) Responsables por Representación[7]

Como quedo sentado, la capacidad jurídico-tributaria no es la misma capacidad civil, por lo que pueden existir personas o entes carentes de capacidad civil y que, sin embargo, tienen capacidad tributaria, de igual manera pueden presentarse casos de incapaces absolutos, que en el ámbito civil carecen de responsabilidad, y que en materia tributaria pueden constituirse en deudores de la obligación principal. Por otra parte es claro aún en el ámbito civil y comercial, que existen figuras, como principalmente la de las personas jurídicas, que entran dentro de la categoría de los relativamente incapaces. En los casos señalados, la Ley establece la responsabilidad por representación.

7. En esta materia resultan ilustrativos varios fallos de la ex CSJ como los siguientes: 131-2001, RO 390, lunes 6 de noviembre de 2006 y 141-2003, RO 427, jueves 23 de septiembre de 2004 referentes a que el administrador de una compañía continúa en sus funciones hasta ser legalmente reemplazado; 183-2003, RO 447, jueves 21 de octubre de 2004 que señala que en las compañías en liquidación, el representante legal es el liquidador; o el 48-2003, RO 405, lunes 27 de noviembre de 2006 que señala que las relaciones que surgen entre las administraciones y los sujetos pasivos respecto de la liquidación y recaudación de tributos son de derecho público y no pueden derogarse por acuerdos contractuales.

Cabe señalar que esta institución permite armonizar justamente la definición de capacidad contributiva del ámbito tributario, basada en consideraciones esencialmente de carácter patrimonial, con la responsabilidad civil y mercantil, para justamente armonizar ambas ramas del derecho.

Es claro entonces que cuando el deudor tributario principal (Contribuyente), carezca de capacidad civil, se hace necesaria la presencia de un responsable que actúe por cuenta de él de ahí que al analizar estos casos no quepa desvincularse del contenido del alcance de su responsabilidad en los ámbitos civiles, mercantiles y societarios.

No profundizaré en el análisis de cada caso, aunque en algunos casos referiré las normas de las otras ramas del derecho que considero relevantes en estos casos.

El Art. 26 del Código Tributario, establece los siguientes casos:

1. Los representantes legales de los menores no emancipados y los tutores o curadores con administración de los bienes de los demás incapaces;

Al respecto el Art. 367 del Código Civil dispone que "Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida". Por su parte los artículos 370 y 371 del mismo código diferencia entre tutores y curadores al señalar de manera general que están sujetos a tutela los menores y están sujetos a curaduría general los interdictos, además de otras figuras específicas que aplican en distintos casos.. Por su parte el Art. 416 señala que la responsabilidad de los tutores y curadores se extiende hasta la culpa leve inclusive.

2. Los Directores, Presidentes, Gerentes o Representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida;

El Art. 564 del Código Civil define a la Persona Jurídica como "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente". De conformidad con las

reglas generales del derecho civil, las personas jurídicas se consideran relativamente incapaces, lo que implica que solo pueden actuar a través de un representante legal (Art. 1463). Este principio es recogido por la legislación societaria en el Art. 6 de la Ley de Compañías que textualmente manifiesta: "Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas".

El Art. 133 de la Ley de Compañías señala: "*El administrador no podrá separarse de sus funciones* ***mientras no sea legalmente reemplazado****. La renuncia que de su cargo presentare el administrador, surte efectos, sin necesidad de aceptación, desde la fecha en que es conocida por la Junta General de socios. Si se tratare de administrador único, no podrá separarse de su cargo hasta ser legalmente reemplazado,* ***a menos que hayan transcurrido treinta días desde la fecha en que la presentó***".[8]

Resulta indiscutible que una persona jurídica solo puede actuar a través de su representante legal, de manera derivativa mediante un apoderado constituido necesariamente por intermedio de su representante legal.

En materia societaria la representación tiene como fuente la voluntad del representado o la Ley. En el primer caso tenemos la "representación voluntaria" o convencional y en el segundo la "representación legal" o forzosa. De ahí que no quepa la posibilidad de una compañía carente de representación legal.

En torno a la responsabilidad, es importante considerar lo previsto en los Arts. 125 y 262 de la ley de Compañías que establecen que los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente, en tal virtud responden hasta por culpa leve. Dicha responsabilidad es solidaria frente a terceros por el perjuicio causado.

Finalmente resulta importante considerar lo previsto en el Art. 128 que establece además de la eventual responsabilidad penal a que hubiere, los administradores o gerentes responderán ante la compañía y frente a terceros de buena fe por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de

8. Con relación al papel del representante legal de las compañías, resulta adecuado revisar el contenido de las Doctrinas 42, 72 y 103 de la Superintendencia de Compañías.

facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social. Criterio similar aplica para los administradores de sociedades anónimas.

3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica;

En este caso la responsabilidad se extiende a los socios o condóminos, y es solidaria de todos estos frente a terceros. En lo demás resultan aplicables las disposiciones relativas a los administradores de personas jurídicas.

4. Los mandatarios, agentes oficiosos o gestores voluntarios respecto de los bienes que administren o dispongan

Al respecto es necesario considerar las reglas generales del mandato contempladas en el Título XXVII del Libro IV del Código Civil, particularmente lo previsto en el Art. 2033 que dispone que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Un elemento particular de relevancia en esta figura es su origen esencialmente contractual, que debería ser tomado en cuenta en el ámbito de la responsabilidad tributaria.

5. Los síndicos de quiebras o de concursos de acreedores, los representantes o liquidadores de sociedades de hecho o de derecho en liquidación, los depositarios judiciales y los administradores de bienes ajenos, designados judicial o convencionalmente.

En esta materia existen regulaciones específicas en el Código de Procedimiento Civil y particular relevancia tienen las reglas aplicables a los liquidadores de las compañías en el ámbito societario, sobre todo en torno al alcance de su responsabilidad.

X. Alcance de la responsabilidad

El artículo 27 del Código Tributario en su inciso final concluye señalando que dicha responsabilidad se limita al valor de los bienes administrados y al de sus rentas que se hayan producido durante su gestión.

Al respecto es importante tener en cuenta el alcance de la responsabilidad civil y sobre todo el contenido patrimonial de esta responsabilidad a la que previamente se hizo mención, pues no resulta aceptable que una persona responda con su patrimonio de obligaciones en las cuales, no tuvo capacidad económica de asumirlas, como en el caso de una empresa carente de patrimonio o con deudas superiores al monto de sus activos. Debe considerarse también las disposiciones sobre el privilegio de las obligaciones tributarias, sobre todo en torno a aquellos acreedores que tienen prelación, pues resultaría inaceptable, exigir a un administrador o liquidador, el pago de obligaciones tributarias por encima de otras responsabilidades como las laborales o las de seguridad social, por citar dos ejemplos.

En todo caso, en este punto cabe analizar el alcance de la responsabilidad de anteriores representantes legales o administradores. ¿Puede perseguirse una obligación tributaria en el patrimonio personal de un ex administrador?

La respuesta desde mi punto de vista es acertada, pero siempre que la misma obedezca al incumplimiento de sus obligaciones, bajo los términos de su responsabilidad legal (Culpa leve), y siempre limitado por el alcance temporal y patrimonial referido en el inciso final del Art. 27 (El monto de las rentas generadas y los bienes administrados durante su gestión).

Adicionalmente es necesario tener en cuenta que la obligación es respecto de la deuda previamente determinada, por lo que resultaría cuestionable el que se persiga a un ex administrador por obligaciones que fueron determinadas con posterioridad a la finalización de su administración y cuya ausencia de pago no obedezca a una clara violación legal o al incumplimiento de sus deberes pago los criterios de responsabilidad del buen padre de familia (culpa leve).

Finalmente es necesario que el ejercicio de las acciones de cobro se garantice el debido proceso y sobre todo el derecho a la legítima defensa,

mediante la notificación de aquellos actos que le generarán la obligación patrimonial de pago, pues en caso contrario se estaría violentando sus garantías constitucionales.

b) Responsables como adquirentes y responsables como sucesores

En este caso, al igual que en el anterior, el responsable no excluye al contribuyente de su obligación de pago, sino que, se coloca junto a éste. Sin embargo el Art. 27 del Código Tributario, incluye dos categorías distintas en la misma norma. Por un lado están los responsables solidarios del deudor, quienes responden junto con este del pago de la deuda. Por otro lado están los deudores sustitutos de la obligación que responden en lugar del deudor y cuyo alcance de la responsabilidad varía.

En el primer grupo de responsables solidarios como adquirentes están:

- **Los adquirentes de bienes raíces por los tributos que afecten a dichas propiedades correspondientes al año en que se haya efectuado la transferencia y por el año inmediato anterior**.

Su responsabilidad tiene una limitación temporal de hasta un año antes de la adquisición. Cabe señalar que en el caso del impuesto a los vehículos, mediante norma reglamentaria se ha hecho extensiva esta responsabilidad a los adquirentes de vehículos, lo cual viola claramente en Art. 4 del Código Tributario y el Art. 300 de la Constitución.[9]

- **Los adquirentes de negocios o empresas, por todos los tributos que se hallare adeudando el tradente, generados en la actividad del negocio transferido, por el año de la transferencia y por los dos años anteriores a la misma, limitándose la responsabilidad hasta el monto de los bienes**.

Al igual que en el caso anterior el alcance de la responsabilidad está limitado por la dimensión temporal del hecho generador, aunque en este caso se extiende hasta los dos años anteriores a la transferencia.

9. El fallo 137-2003, RO 446, miércoles 20 de octubre de 2004, dispone que no se ha previsto la responsabilidad solidaria de los adquirentes de vehículos.

En el segundo grupo de sujetos pasivos sustitutos, están:

- **Las sociedades que sustituyan a otras, haciéndose cargo del activo y del pasivo, en todo o en parte, sea por fusión, transformación, absorción o cualquier otra forma, hasta la fecha de realización del acto**

Resulta claro que con la desaparición de la sociedad sustituida, no existe posibilidad legal o material de efectuar el cobro de las obligaciones tributarias, de ahí que la responsabilidad abarque a la totalidad de los tributos adeudados y no prescritos. En todo caso puede surgir la duda si en este caso pueden concurrir como responsables solidarios, la empresa que sustituye a la otra con los ex administradores de dicha empresa extinta. Sobre el particular, como ya lo referí, me resulta contrario a la figura de la responsabilidad solidaria, que esta subsista después de la extinción del deudor principal, por lo que considero que la misma recae de manera absoluta en el obligado sustituto, previsto en la presente norma legal.

- **Los sucesores a título universal, respecto de los tributos adeudados por el causante**.

- **Los donatarios y los sucesores a título singular, respecto de los tributos adeudados por el donante o causante correspondiente a los bienes donados o legados**.

En estos dos últimos casos evidentemente la responsabilidad es en lugar del causante, aunque cabria aplicar los preceptos de la legislación civil en materia sucesoria, principalmente en torno, al denominado beneficio de inventario de que gozan los herederos.

XI. Otros responsables

En esta categoría se incluye la figura de la sustitución, en los términos contemplados en el Código Tributario Modelo elaborado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT, y que es concordante con lo previsto en otras legislaciones, como la española. Aquí se encuentran inmersos los llamados agentes de retención y percepción.

Agentes de Retención

En el Art. 29 del Código Tributario se hace referencia a otros responsables señalando:

"*Serán también responsables:*

1. *Los Agentes de Retención, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en posibilidad de retener tributos y que por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa estén obligados a ello.*
2. *Serán también agentes de retención los herederos y, en su caso, el albacea, por el impuesto que corresponda a los legados; pero cesará la obligación del albacea cuando termine el encargo, sin que se hayan pagado los legados*".

Tal como establece la disposición citada, los agentes de retención son aquellas personas designadas por la ley o por la Administración tributaria que por sus funciones públicas o actividades privadas, intervienen en actos u operaciones con el sujeto pasivo principal, que les colocan en una posición que les permite efectuar la retención del tributo correspondiente.

Se puede señalar que los Agentes de Retención intervienen de manera directa, conjuntamente con el contribuyente en la verificación del hecho generador.

En principio esta condición implica una relación previa con el deudor principal (Por ejemplo el empleador respecto del trabajador, en torno a las rentas de trabajo de este último).

Esta relación le coloca en una posición de deudor respecto del sujeto pasivo principal o contribuyente, toda vez que por razón de esta relación jurídica o económica previa, está en la necesidad de entregar dinero al contribuyente. De ahí que el Art. 45 de la Ley de Régimen Tributario Interno señala que "*Toda persona jurídica, pública o privada, las sociedades y las empresas o personas naturales obligadas a llevar contabilidad que* ***paguen o acrediten en cuenta*** *cualquier otro tipo de ingresos que constituyan rentas gra-*

vadas para quien los reciba, actuará como agente de retención del impuesto a la renta".

Sobra decir que esta condición de deudor de pago, puede obedecer a la existencia de contratos unilaterales o conmutativos, en los que lo importante es que exista la obligación de dar dinero al sujeto pasivo principal. A manera de ejemplo se pueden mencionar además del empleador, el de cualquier cliente respecto de su proveedor, o el de las Instituciones Financieras respecto de sus clientes depositantes.

Otros agentes de retención son las entidades y organismos del sector público, así como las sociedades y las personas naturales a las que el Servicio de Rentas Internas las haya calificado y notificado como contribuyentes especiales; y, en general, como se señalo, las sociedades, y las personas naturales obligadas a llevar contabilidad que paguen o acrediten en cuenta, ingresos gravados a los perceptores de los mismos.

El Art. 30 del Código Tributario establece un doble alcance de la responsabilidad de estos agentes, al igual que los de percepción, a que me referiré un poco más adelante. En todo caso, en materia de impuestos fiscales, al amparo de lo previsto en la Ley de Régimen Tributario Interno, los agentes de retención que no cumplan sus obligaciones de retener los tributos respectivos a los contribuyentes, son sujetos de una sanción administrativa equivalente al 100% del monto del valor que debía retenerse y trasladarse al fisco, adicionalmente pueden ser sancionados penalmente, como caso especial de defraudación, tal como lo contempla el numeral 13 del Art. 344 del Código Tributario, en caso de no entregar lo retenido luego de diez días de vencido el plazo para hacerlo.

Agentes de Percepción

Sobre este tipo de responsables, el artículo 29 numeral 2 del Código Tributario, dice que son: "*las personas naturales o jurídicas que por razón de su actividad, función o empleo y por mandato de la Ley o del Reglamento, estén obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto activo*".

Al igual que los Agentes de Retención, los de percepción mantienen una relación previa o simultánea con el sujeto pasivo principal, que les faculta recaudar por cuenta del Sujeto Activo, en algunos casos, interviniendo

conjuntamente con el deudor principal en la verificación del hecho generador y en otros casos simplemente por su posición privilegiada que les permite recaudar tributos por cuenta ajena.

Esta figura es muy común en varios de los impuestos indirectos, como el IVA y el ICE, y particularmente tiene relevancia con los efectos económicos de la imposición en tales tributos, en los que se diferencian los sujetos pasivos ***de Jure*** con los sujetos pasivos ***de facto***, a que me referiré brevemente más adelante. De hecho en el impuesto al valor Agregado, el Art. 61 de la LORTI, al hablar de los sujetos pasivos, refiere el de aquellos que actúan en calidad de Agentes de Percepción.

Parte de la doctrina tributaria, de la mano de Giuliani Fonrouge sostiene que la distinción entre Agente de Retención y Agente de Percepción es demasiado sutil y poco válida, y de hecho en algunas legislaciones se incluyen ambos casos en una sola categoría. En cambio, quienes la defienden se basan en la procedencia de los fondos y sostienen que:

1. El agente de percepción siempre recibe el importe tributario del contribuyente, lo que no sucede en el caso del Agente de Retención.
2. El retenedor, casi siempre, debe entregar o ser partícipe, de alguna manera, de la entrega de un importe dinerario destinado al contribuyente, es decir, resta o amputa parte del dinero de que es destinatario el contribuyente.
3. El perceptor suministra, transfiere o entrega un bien o servicio de valor patrimonial y como en retribución el contribuyente debe entregar un precio, el perceptor agrega o suma el importe del gravamen; y, en todo caso, el perceptor debe recibir del contribuyente el importe del gravamen.
4. En la retención, generalmente, el importe tributario no proviene del contribuyente, en tanto que en la percepción siempre proviene de él.

Alcance de la responsabilidad de los agentes de retención y de percepción

El Art. 30 del Código Tributario termina señalando los casos en que la responsabilidad de los agentes de retención es ***solidaria*** y los casos en que se

convierten en Sujetos Pasivos ***Sustitutos*** y por tanto los únicos obligados al pago. Este criterio es similar al mantenido por los mentores del Proyecto de Código Tributario para América Latina.

El agente que cumple con el deber impuesto por la Ley y efectúa la retención o percepción del impuesto, reemplaza íntegramente al deudor como sujeto pasivo y libera a éste de la obligación, de modo tal que si distrae los fondos en beneficio propio, sin ingresarlos al fisco, éste no puede formular reclamo alguno contra el deudor, pues quedó liberado al sufrir la amputación patrimonial impuesta por la Ley. En este caso, no cabe la solidaridad, pues esto implicaría que el deudor, quien no pudo sustraerse de la retención, tuviera que pagar por segunda vez en caso de que el agente no lo haga.

Por tal motivo el Art. 30 del Código Tributario, al hablar del alcance de la responsabilidad de los agentes de percepción y retención, señala que es directa respecto del Sujeto Activo, en la medida en que se haya efectuado la percepción o retención y solo es solidaria cuando no se las haya efectuado total o parcialmente.

Se constituyen en responsables directos, porque si bien no realizan el hecho imponible, deben encargarse de cumplir las obligaciones atribuidas al contribuyente, es decir, recabar una porción o la totalidad del impuesto y entregarlo al Fisco.

Agentes de Recaudación

No debemos confundir a los contribuyentes y responsables con determinados agentes previstos por la ley, cuya finalidad es facilitar la recaudación de los tributos, como son, por ejemplo, los bancos, notarios y registradores, referidos en el Art. 101 del Código Tributario y 537 del COOTAD, aunque legalmente tengan también responsabilidad tributaria de naturaleza solidaria.

Finalmente es necesario señalar que el Art. 112 de la LORTI, permite a los acreedores tributarios efectuar la recaudación en instituciones financieras, mediante la celebración de convenios especiales con las instituciones financieras establecidas en el país, tendentes a recibir la declaración y la recaudación de los impuestos, intereses y multas por obligaciones tributarias.

En dicha disposición se señala que en aquellas localidades en las que exista una sola agencia o sucursal bancaria, ésta estará obligada a recibir las declaraciones y recaudar los impuestos, intereses y multas de los contribuyentes en la forma que lo determine la administración tributaria, aún cuando tal institución bancaria no haya celebrado convenio.

La responsabilidad de estos agentes es distinta de la de los responsables tributarios aunque son sujetos de sanción en los términos del Art. 113 de la LORTI.

XII. Distinción entre sujeto pasivo en sentido jurídico y sujeto pasivo en sentido económico.

Desde la perspectiva de los efectos económicos de la imposición, alguna parte de la doctrina distingue, con diferentes denominaciones, entre un sujeto pasivo en sentido jurídico y un sujeto pasivo en sentido económico que implica la superposición del concepto de sujeto económicamente incidido por el tributo, propio de la ciencia económica, sobre el de obligado al pago de la deuda tributaria, que es estrictamente jurídico.

Se diferencia entre quien debe pagar el tributo al sujeto activo de la relación tributaria de naturaleza obligacional, quedando expuesto a la acción ejecutiva del Estado si no pagase dentro del plazo previsto lo que legalmente se le exige a quien se le denomina sujeto pasivo de derecho o de jure, y aquella otra que resulta incidida económicamente en vía del traslado de la carga tributaria, pero que no se encuentra obligada a realizar prestación alguna frente al Estado, a quien se denomina sujeto pasivo económico o de facto.

Esta figura opera esencialmente en los impuestos indirectos en los que la ley faculta al sujeto pasivo de derecho (Agente de percepción en el caso del IVA) a trasladar la carga al consumidor final, quien se convierte en el sujeto económicamente repercutido y por tanto obligado al pago del tributo.

En todo caso esta distinción no es acogida de manera amplia por la doctrina tributaria, sobre todo porque de alguna manera se enmarca dentro de los supuestos de responsabilidad previstos en líneas anteriores, principalmente en torno a la figura del sustituto tributario.

Agencia
Nacional
de Tránsito



USE LA PRENDA RETROREFLECTIVA Y EL CASCO

¡ES OBLIGATORIO!

Evite la sanción del 30% del salario básico unificado.

SÍGUENOS EN:

Más información: **www.ant.gob.ec**

VOLUCIÓN
UDADANA
nza!

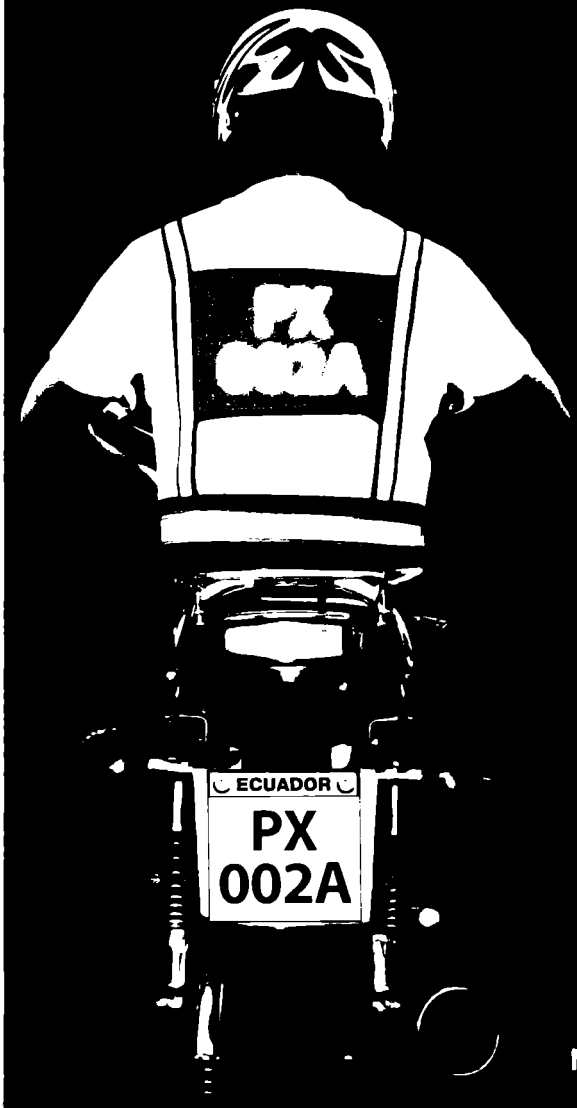
GOBIERNO NACIONAL DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Agencia
Nacional
de Tránsit

USE LA PRENDA RETROREFLECTIV
Y EL CASCO

¡ES OBLIGATORIO!

Evite la sanción del 30%
del salario básico unificado



SIGUENOS EN

Más información: www.ant.go

LA R=VOLUCIÓN CIUDADANA
Avanza!

GOBIERNO NACIONAL DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.

ENSAYOS JURÍDICOS CRÍTICOS

CONSULTA ANTIGARANTISTA[1]

Agustín **GRIJALVA PH.,D**

Este artículo expone primero algunos antecedentes históricos para ubicar al lector frente a la contradicción entre garantismo e hiperpresidencialismo presente en la Constitución de Montecristi y en el propio gobierno del Presidente Correa. Luego desarrolla un análisis constitucional de las preguntas de la Consulta que implican reformas al sistema judicial, evidenciando como tal consulta marca una ruptura radical con el garantismo y con la propia Constitución.

Antecedentes: algo de Historia

Durante la Constituyente de Montecristi el garantismo y el neoconstitucionalismo[2] tuvieron importante influencia en el diseño de la fuerte tabla de derechos y garantías de la Constitución. Esta tendencia político-jurídica dentro la Constituyente, con su énfasis en la instauración de mecanismos procesales e instituciones políticas, sociales y jurisdiccionales eficaces para la protección de derechos constitucionales se mostró siempre crítico a los excesos hiper-presidencialistas propiciado por otros sectores de Alianza País liderados por el Presidente Correa.

Desde el nuevo constitucionalismo se defendió la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales, la plurinacionalidad, los derechos de la naturaleza; la expansión, des-formalización y agilidad de las garantías, y en esta línea se impulsó un fortalecimiento de los jueces como garantes de la Constitución, y del control abstracto ejercido por el Tribunal Constitucional. En esa misma línea una idea fuerza de este sector fue el de la independencia

1. Se refiere a la consulta popular y referéndum convocados.
2. En realidad dentro de estas corrientes hay múltiples enfoques y debates, con importantes diferencias entre sus principales autores, como por ejemplo la existente entre el neoconstitucionalismo moderado o neopositivista de Ferrajoli o Prieto Sanchís, y el más radical de autores como Dworkin, ALEXY o NINO. En todo caso, todos comparten su decidida preocupación por la eficacia de los derechos constitucionales.

judicial, lo cual se plasmó en disposiciones como la del artículo 168 de la Constitución en sus numerales 1 y 2 que consagran la independencia judicial interna y externa de la Función Judicial, su autonomía administrativa, económica y financiera, llegando incluso a establecer hasta responsabilidades penales por la violación de esta independencia.

El sector hiper-presidencialista, liderado por el Presidente Correa, miraba el desarrollo constituyente de los derechos y garantías con pasividad pero interviniendo activamente cuando en la Constitución se limitaba directamente el poder del Presidente. Los ejemplos más claros de esta tensión fueron la discusión sobre los efectos del derecho a consulta previa, las diferencias sobre la reelección presidencial, la competencia presidencial para disolver la Asamblea, el desarrollo de la plurinacionalidad, la disputa por la reorganización de la Corte Suprema.

El sector hiperpresidencial atendía más que la parte dogmática, la parte orgánica de la Constitución, pugnando por diseños institucionales que propiciaran el control o fuerte incidencia del ejecutivo. Así, por citar un ejemplo, en la normativa sobre la nueva Corte Constitucional se buscó fundamentalmente alterar la forma de designación de los jueces, los cuales en los proyectos garantistas eran nombrados independientemente del Ejecutivo y estaban institucionalmente blindados para propiciar su independencia.

La tensión entre hiperpresidencialismo y garantismo alcanzó su mayor grado con la renuncia de Alberto Acosta a la presidencia de la Asamblea Constituyente. Acosta había liderado y auspiciado el enfoque garantista, y cuando el proceso constituyente se aproximaba a dictar la nueva Constitución el Presidente de la República quiso intervenir directamente en la conformación de la Comisión de Redacción, aunque esta conformación era competencia legal del Presidente de la Asamblea. Además los tiempos políticos y las encuestas preocupaban al ejecutivo, el cual por razones electorales deseaba cumplir con el cronograma para dictar la nueva Constitución, incluso sacrificando la calidad del texto.

El garantismo y el nuevo constitucionalismo fueron desde entonces progresivamente marginados del gobierno. Este enfoque estuvo presente en los inicios del Ministerio de Justicia, en la lógica de Senplades, en varios asambleistas y dirigentes de Alianza País, en la Secretaria de Transparencia y Gestión, en alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional por citar algu-

nos espacios institucionales. Hoy estos espacios están cerrados, cerrándose o subordinándose a la tendencia hiper-presidencial.

Desde fuera, la oposición política al gobierno nunca entendió o quiso entender la complejidad de esta contradicción entre ambas tendencias, descalificando, sin mayor conocimiento o argumentos, a los postulados garantistas como pura retórica y, paradójicamente, debilitando también ella la fuerza normativa que se buscaba para los derechos y las garantías.

En definitiva este alejamiento entre gobierno y derechos constitucionales ha sido un proceso gradual, cada vez más grave, que se ha expresado también en cada vez mayores restricciones o violaciones a la Constitución vía legislación o políticas públicas, y que se radicalizó a partir de la crisis presidencial de Septiembre del 2010.

La Consulta convocada por el Presidente Correa marca la ruptura definitiva de su gobierno con el garantismo y el nuevo constitucionalismo, y por tanto con una tendencia estructuralmente plasmada en la Constitución de Montecristi. Esta ruptura es evidente puesto que la consulta restringe derechos e ignora procedimientos constitucionales, atenta contra la independencia de los jueces y en general viola escandalosamente la Constitución.

Las Preguntas y el control constitucional

La Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional tiene competencia para pronunciarse sobre los aspectos de constitucionalidad *tanto de procedimiento como de fondo de la consulta*, pues se trata de un control previo de carácter integral tanto de enmiendas como de reformas constitucionales, regulados en los artículos 441 y 442 de la Constitución y en los artículos 102 a 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el ejercicio de este control integral y para calificar el procedimiento respectivo según el artículo 443 de la Constitución, la Corte no podía dejar de responder sólidamente la pregunta de si tanto la enmienda como la reforma constitucional incurren en las prohibiciones expresas establecidas en los artículos 441 y 442 de no restringir derechos y garantías constitucionales. No es admisible entonces el argumento realizado por el Secretario Jurídico de la Presidencia y luego por el dictamen de la mayoría de la Corte

Constitucional en el sentido de que sobre esta materia cabría un control puramente formal o de procedimiento por parte de la Corte Constitucional. El control también es material puesto que necesariamente debe determinar si se restringen derechos constitucionales o se altera la estructura del Estado para establecer el procedimiento a seguir.

Alcance de la Reforma a la Justicia

En el cuestionario presentado inicialmente por el Presidente de la República era innegable que la pregunta uno, en su versión inicial, eliminaba el plazo de caducidad de la prisión preventiva establecida mediante una regla de rango constitucional en el articulo 77 numeral 9 de la Constitución, el cual forma parte de los derechos de protección y de las garantías de todo proceso penal establecidos en la Carta. Según la pregunta y anexo 1, en la versión presentada inicialmente por el Presidente, el nuevo plazo debía ser establecido mediante ley. Es decir, se planteaba una reforma constitucional sobre una materia expresamente excluida por la Constitución de este procedimiento, para que luego una norma de rango inferior sustituya la disposición constitucional.

La Corte Constitucional modificó la pregunta uno aceptando prácticamente el planteamiento de la jueza ponente Nina Pacari, es decir excluyendo la eliminación del plazo constitucional de caducidad de la prisión preventiva, y en su lugar elevando a rango constitucional normas ya existentes en el articulo 169 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 108 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. De esta manera la pregunta dejó de ser inconstitucional aunque viene a resultar innecesaria al plantear una normativa actualmente vigente.

Cabe precisar en este punto que la facultad para convocar a consulta popular la tiene el Presidente de la República y no la Corte Constitucional. En consecuencia, la Corte podía a lo máximo observar las preguntas del Presidente y realizar sugerencias para que sea éste el que las modifique de forma que, a criterio de la Corte, se ajusten a la Constitución. En la práctica, la Corte modificó las preguntas directamente y el Presidente se allanó.

Una situación constitucional diferente se plantea con la pregunta dos, la cual reforma reglas de rango constitucional sobre sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares, regla establecida en el artículo 77

numerales uno y once de la Constitución, los cuales constituyen también derechos de protección y garantías del proceso penal incluidos en la Constitución. El anexo de esta pregunta en la versión original enviada a la Corte Constitucional por el Presidente de la República llegaba incluso a extender el tiempo máximo de detención, establecido en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución, de 24 a 48 horas.

Esta extensión inconstitucional del tiempo de detención fue también modificada por la Corte, la cual mantuvo el tiempo de 24 horas. Empero, en la versión de la consulta aprobada por la Corte se remite a la regulación de la ley lo que ya está regulado en la Constitución. En efecto, la Constitución en el artículo 77 numeral 11 ya establece los criterios para la prisión preventiva, la cual se dice debe ser excepcional en tanto el juez, valorando las circunstancias del caso y condiciones del imputado, debe dictar en lo posible medidas alternativas. La consulta cambia este carácter excepcional de la prisión preventiva y remite a la ley la regulación de estas medidas alternativas, disminuyendo las posibilidades de valoración que daba al juez la Constitución. Esto, sin duda, restringe derechos en cuanto disminuye las posibilidades de quienes están vinculados a un proceso penal de beneficiarse de medidas alternativas a la prisión. En consecuencia, la pregunta dos de la consulta popular en su versión final continua siendo inconstitucional.

La Rigidez Constitucional como Garantía

El adecuado control jurídico de una reforma constitucional es un tema de la mayor gravedad puesto que la relativa rigidez de la Constitución, esto es los procedimientos y requisitos especiales para reformarla, constituye en sí misma una verdadera garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, los cuales verían violados estos derechos al ser éstos fácilmente restringidos o incluso eliminados.

Por esta razón el constituyente ha previsto todo un capítulo de regulación de la enmienda y la reforma constitucional, excluyendo explícitamente en los artículos 441 y 442 la posibilidad de restringir derechos y garantías constitucionales. Así mismo, el artículo 84 expresamente prohíbe que cualquier reforma constitucional atente contra los derechos que la Carta reconoce.

No se trata entonces, como equivocadamente sugería la fundamentación del Presidente de la República, de hacer prevalecer los derechos de la

mayoría de ciudadanos frente a los derechos de los delincuentes. Se trata de que la Constitución reconoce derechos fundamentales a todas las personas por su condición de tales, y de que estos derechos solo pueden ser redefinidos mediante un proceso constituyente.

Entre los derechos directamente afectados por las preguntas uno y dos hay que destacar el derecho a la libertad, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a ser juzgado en un plazo razonable. Pero además hay otra serie de derechos constitucionales indirectamente afectados considerando las deplorables condiciones de los centros de rehabilitación social en el país. En efecto, quien es privado de la libertad puede fácilmente perder su empleo, es separado de su familia y tanto su integridad física como su salud y a veces su propia vida son puestos en grave riesgo.

Por otro lado, el permitir la restricción de derechos y garantías constitucionales mediante referendo, lo cual está expresamente prohibido por los artículos 441 y 442, implica implícitamente una reforma inconstitucional del procedimiento de reforma de la Constitución. Otra reforma implícita e inconstitucional a la Constitución se refiere al proceso legislativo que la Carta fundamental establece. En efecto, el proyecto de reforma del ejecutivo incluye una serie de anexos que contienen numerosas reformas legales a la legislación, pero la Constitución no permite legislar por referendo, pues para expedir y reformar leyes se debe contar siempre con la Asamblea Nacional, conforme al artículo 120-6 y al procedimiento regulado a partir del artículo 132.

En definitiva al sentarse un precedente de este orden mediante una sentencia del máximo órgano de interpretación y control constitucional, como es la Corte Constitucional, se posibilita que en el futuro mediante otros referendos, otros derechos y garantías constitucionales puedan seguir siendo restringidos por esa vía, vaciando así a la Constitución de su núcleo, como son los derechos fundamentales. Aún más, se esta sosteniendo que el Presidente puede legislar mediante referendo, lo cual implica un claro desconocimiento de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, y una arrogación de funciones por parte del Presidente de la República.

Independencia Judicial

Las preguntas 4 y 5 planteadas por el Presidente de la República contienen enmiendas que alteran la estructura fundamental de la Constitución, y por esta vía en los términos que están formuladas ponen también en riesgo los derechos constitucionales de los ciudadanos.

En efecto, la reforma constitucional al procedimiento de elección y composición del Consejo de la Judicatura, principal órgano administrativo de la Función Judicial, implica un cambio en la estructura de funciones que la Constitución establece.

La Constitución de Montecristi en los artículos 179, 180 y 181 concibe al Consejo como un órgano que se integra y actúa de forma autónoma respecto de las demás funciones del Estado, sin participación de delegados de ninguna de ellas, en que se separa claramente las funciones jurisdiccionales de las de control administrativo y disciplinario, con miembros elegidos por concurso de méritos, con paridad entre hombres y mujeres, en que se combinan profesionales de derecho y administración, y sujeto a juicio político. Todos estos y otros elementos se cambian radicalmente o se vuelven inaplicables con la reforma constitucional.

La reforma constitucional elimina el Consejo de la Judicatura tal como se halla establecido en la estructura de funciones de la Constitución, y lo sustituye durante 18 meses por un Consejo de la Judicatura Transitoria, cuya integración difiere totalmente del establecido en la Constitución.

En otras palabras se suprime temporalmente un órgano constituido, creado y regulado por la Constitución, y se lo reemplaza por un órgano ad-hoc que no consta en la estructura de funciones de la Constitución. Es pues lógica y constitucionalmente insostenible el afirmar que la eliminación temporal del Consejo de la Judicatura tal y como lo concibe la carta fundamental no implica una alteración estructural al esquema institucional de la Constitución.

Los mismos argumentos son aplicables al Consejo de la Judicatura definitivo que el ejecutivo propone integrar luego de estos 18 meses, puesto que no se trata simplemente de mantener un nombre para una institución distinta, sino como hemos dicho de un cambio de fondo en la naturaleza, integración y concepción misma de este Consejo.

En efecto, la propuesta del Ejecutivo, a diferencia de lo que establece hoy la Constitución, incluye delegados de la Función Ejecutiva y Legislativa, vincula la actividad jurisdiccional con la administrativa y disciplinaria al disponer que un delegado elegido de una terna presentada por el Presidente de la Corte Nacional integrará el Consejo, dificulta o elimina la búsqueda de paridad entre hombres y mujeres.

Aun más grave, coloca a varios controlados como contralores, erigiéndolos en juez y parte, pues la Corte Nacional, la Fiscalía y la Defensoría Pública son todos órganos sometidos al control administrativo del Consejo de la Judicatura, y según la propuesta participarían ahora en su integración.

La Constitución de Montecristi claramente diseñó otra estructura para la administración de la función judicial y para las relaciones de ésta con las demás funciones del Estado, en búsqueda de lograr mayor profesionalización e independencia. La propuesta del Ejecutivo introduce este cambio estructural poniendo en grave riesgo la independencia judicial, tanto interna como externa, y por esta vía los derechos constitucionales de las personas.

Se ha dicho que en el Derecho Comparado existe gran diversidad de sistemas de elección y modelos de Consejo de la Judicatura. Empero, lo que está en discusión no es si esa diversidad existe a nivel internacional sino si el modelo específico adoptado por el constituyente en Ecuador puede ser modificado mediante una simple enmienda. Este modelo, en efecto, es la respuesta que dio el constituyente a la falta de independencia judicial en Ecuador.

En el país la falta de independencia judicial interna y externa es un mal crónico. Falta independencia interna, es decir independencia entre jueces y entre éstos y otros órganos y funcionarios de la Función Judicial, porque el Consejo de la Judicatura con frecuencia desborda sus tareas administrativas y disciplinarias para presionar a los jueces para que decidan en determinado sentido. Cuando un juez se equivoca en su interpretación del Derecho lo que corresponde es la apelación o la interposición del recurso procesal que estuviere disponible para que se revise lo actuado, no la sanción disciplinaria por parte del Consejo como suele hacerse en nuestro medio.

Falta independencia externa, es decir independencia respecto a otras funciones del Estado, porque Congreso y Ejecutivo han intervenido reiteradamente en la Función Judicial sea mediante frecuentes y generalmente

inconstitucionales destituciones, sea por vía de presiones de todo orden sobre jueces de todos los niveles, incluyendo los jueces de la Corte Suprema, hoy Corte Nacional.

Esta falta de independencia tiene graves consecuencias estructurales sobre el sistema jurídico y político. Sin jueces independientes las autoridades públicas no están sujetas a un adecuado control constitucional y por tanto son más propensas a violar los derechos constitucionales de los ciudadanos y sus organizaciones, pues hay que recordar que la Constitución de Montecristi dio a los jueces ordinarios importantes competencias en cuanto a garantías constitucionales. Sin jueces independientes la corrupción pública queda impune, lo cual equivale a crear condiciones para su crecimiento, generando así mayor ineficiencia y costos en la gestión pública. Por otra parte, resulta riesgoso para los particulares contratar con un Estado que no dispone de formas imparciales de resolución de eventuales litigios, distorsionándose así la contratación pública. Más pertinente aún para lo que nos ocupa, sin jueces independientes, sin carrera judicial, el Estado se queda sin respuesta institucional adecuada, es decir enmarcada en el Estado de Derecho, frente a la delincuencia y la violencia.

¿Debilitar las instituciones para combatir la delincuencia?

La forma como un Estado constitucional combate la delincuencia se enmarca en el Estado de Derecho, no otra cosa son o debe ser el Derecho Penal, el Derecho Penitenciario, el Debido Proceso constitucional o instituciones como el sistema judicial. El problema de estas instituciones en el país no está en el contenido de las normas sino en su eficacia.

La consulta convocada por el Presidente Correa incide sobre el contenido de las normas no sobre su eficacia. La prueba más clara de esta limitación se halla en la formulación actual de la pregunta uno, la cual al final solo constitucionaliza normas ya existentes del Código de Procedimiento Penal y de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Estas normas interrumpen el plazo de caducidad preventiva cuando el juez o el imputado han actuado de mala fe para que el plazo transcurra. Pero estas normas en la práctica han sido ineficaces. ¿El hecho de constitucionalizarlas las va a volver eficaces?

Por el contrario, al violar la consulta procedimientos y derechos constitucionales se genera un mayor debilitamiento de las bases mismas de la ins-

titucionalidad del país, con lo cual los niveles de ineficacia de las normas, incluyendo las penales y constitucionales, posiblemente va a incrementarse, dando lugar entonces a condiciones de mayor auge delictivo. En efecto, no se concibe como el debilitamiento del Estado de Derecho puede ser una vía eficiente para una respuesta adecuada a la delincuencia, no se entiende como violando la Constitución se pueden garantizar los derechos de los ciudadanos.

Democracia

Podría contra-argumentarse que son los propios ciudadanos los que de todas formas mediante referendo, en un ejercicio de democracia directa, están pronunciándose para modificar estos derechos, que los ciudadanos están ejerciendo su derecho constitucional a la participación. Pero este argumento, puramente mayoritario, ignora que estos ciudadanos se han dado ya a sí mismos mediante participación en un constituyente una carta fundamental, justamente para organizar los procedimientos y alcances de sus decisiones, y para asegurar su carácter democrático.

El derecho a la participación para ser efectivo y constitucionalmente legitimo, como los establece el artículo 1 de la Carta Fundamental, no se puede ejercer cuando y como se le ocurra al Ejecutivo, sino en los términos establecidos democráticamente por la mayoría constituyente en una Constitución, y en las condiciones exigidas por ley.

Sin los procedimientos y condiciones adecuadas lo que debería ser una participación activa y consciente de los ciudadanos degenera en una manipulación de la cual son objetos pasivos. La consulta, lamentablemente, exhibe esas características negativas. No se trata solamente de un problema formal de redacción inductiva de las preguntas, en parte corregido por la Corte Constitucional, sino de la extensión y tecnicismo del cuestionario y especialmente de sus anexos los cuales incluyen decenas de reformas legales objetivamente incomprensibles para el ciudadano promedio.

REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

Pablo ORTIZ GARCÍA

I. Anotaciones Introductorias

La última vez que Ecuador retornó al sistema democrático fue en 1978, pero previamente a que ello ocurra, quienes gobernaban el País, el Triunvirato de Gobierno compuesto por los comandantes en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, Terrestre, Aéreo y Naval, pusieron en consideración de la población el texto de dos proyectos constitucionales: el primero, conocido como la nueva Constitución fue preparado por ilustres personajes de la época, pertenecientes a diversas corrientes del pensamiento constitucional de aquellos días. El segundo texto, fue la Constitución de 1945 con reformas elaboradas por otros señores que representaban a distintos sectores sociales del País. Ganó la primera alternativa con un 43% de votación. Ecuador entraba, nuevamente, al sistema democrático, superando la dictadura militar más prolongada de su historia.

Monseñor Juan Larrea Holguín, en el Volumen II, de su obra Derecho Constitucional Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, pp. 48-49, expresa lo siguiente:

> *"El primer caso de consulta popular de importancia que se ha producido en la historia del Ecuador, fue el de la aprobación por este método, de la Constitución de 1869, anteriormente ya aprobada por una Asamblea Constituyente. Casi un siglo después se volvió a mirar este procedimiento de democracia directa y la Constitución de 1967 lo reguló para los asuntos más graves de la vida del Estado y para resolver las divergencias entre las funciones legislativa y ejecutiva. En 1977 se sometió a consulta popular el texto de la Ley Suprema que habría de regir, presentando al pueblo dos proyectos, titulado el uno "Nueva Constitución" y el otro, "Constitución de 1945 reformada"; estos títulos no correspondían al verdadero contenido ya que ambos*

textos coincidían en muchos puntos, no presentaban mayor novedad, y el segundo en realidad se aproximaba más a la Carta de 1967 que a la de 1945 y era más innovador que el calificado como Nueva Constitución...".

La Constitución aprobada en referéndum en 1978 estuvo vigente hasta que la Asamblea Constituyente reunida en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, preparó un proyecto de nueva Carta Magna, que luego de un referéndum aprobatorio se publicó en el Registro Oficial de octubre 20 de 2008. Esta Constitución es la que hoy nos rige, y es la número 20 desde que Ecuador se separó en 1830 de la conocida como la Gran Colombia. Carta Magna que es una de las más extensas que los ecuatorianos hayamos conocido: 444 artículos.

Desde 1978 hasta marzo de 2011, los ciudadanos han sido convocados a ocho procesos plebiscitarios. "*Tres de ellos: 1978, 1995 y 2008 fueron referendos, es decir cambios constitucionales directos. Los otros cinco: 1986, 1994, 1997, 2006 y 2007 fueron consultas populares*" (diario El Comercio, edición de marzo 7 de 2011, página 4). En estos 33 años de democracia "*Ecuador se ha convertido junto con Uruguay, en los dos países de América del Sur, que más han utilizado este instrumento de la democracia*" (ibídem). Tanto las veinte constituciones que nos han regido en estos más de doscientos años desde la independencia de España, como las diversas reformas propuestas (algunas aceptadas otras rechazadas), nos demuestra lo volátiles de las ideas en este País, y lo fácil de cambiar instituciones cuando la novelería nos ataca. También hay que considerar lo fácil que es para ciertos políticos adoptar programas aplicados en otras naciones. En muchas ocasiones esas ideas ayudan al gobernante de turno, no a la República.

Antes de analizar los mecanismos constitucionales para reformar la Carta Magna, es necesario, en mi opinión, ver de forma sucinta lo que ha ocurrido con la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, Nación que a no dudarlo es un signo de respecto a las leyes y a las instituciones. Como premisa hay que puntualizar que las enmiendas aprobadas han sido el resultado de largos debates y análisis dentro y fuera del Congreso estadounidense. No son el resultado de necesidades pasajeras, tal vez por ello no ha habido golpes de Estado, ni enmiendas constitucionales con el objeto de beneficiar al presidente en ejercicio de sus funciones. El sistema democrático estadounidense es uno de los más sólidos en el Planeta Tierra.

La Constitución estadounidense fue redactada en Filadelfia en 1787. Consta de 7 artículos (la de Ecuador, como se dijo, sin contar las disposiciones transitorias ni derogatoria, ni el régimen de transición, tiene 444 artículos). Desde aquella época, siglo XVIII, la Carta Magna de Estados Unidos ha tenido 27 enmiendas, las diez primeras fueron aprobadas en 1791 y la última en 1992.

La primera enmienda tiene relación con el derecho de religión, discurso, prensa y petición. A través de esta reforma se prohibió al Congreso expedir leyes por las que se adopte una religión determinada como oficial del País. Así mismo, se le impide al Congreso aprobar leyes que coarten la libertad de palabra o imprenta. La segunda enmienda se refiere al derecho a poseer y portar armas siempre y cuando obtengan las autorizaciones respectivas. La justificación para tal reforma constitucional fue que no se puede violar el derecho del pueblo a poseer y portar armas.

Con la enmienda décimo tercera, se erradicó la esclavitud: "*Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto*". Esta reforma entró en vigencia en diciembre de 1865.

En 1870 se expide la décimo quinta enmienda por la que se reconoce el derecho de sufragio a todos los ciudadanos estadounidenses, sin importar la raza, color, o su condición anterior de esclavo. Con la enmienda décimo novena se amplia la enmienda décimo quinta, y se declara que el derecho al voto no puede ser limitado por razón del sexo (18 de agosto de 1920).

Es recién en 1951 con la enmienda vigésimo segunda, que se establece la posibilidad de la reelección presidencial por una sola ocasión. La última enmienda, la vigésimo séptima, data del 7 de mayo de 1992, por medio de la cual "*Ninguna ley que varíe la remuneración de los servicios de los senadores y representantes tendrá efecto hasta después de que se haya realizado una elección de representantes*". Me pregunto, ¿qué habrían decidido nuestros legisladores en un tema similar?

Las reformas constitucionales que al azar se ha referido en este trabajo, no son todas las que han ocurrido con la Constitución estadounidense desde que en 1787 fue expedida. Como se puede observar, las enmiendas alu-

didas, como las otras que no menciono, han sido aprobadas y puestas en vigencia teniendo en consideración el futuro de esa Nación, no por la conveniencia o inconveniencia para el desempeño del cargo del jefe de la Función Ejecutiva. La democracia se fortalece con instituciones sólidas y permanentes. La democracia sigue adelante con gobernantes que respetan el sistema jurídico de la nación.

II. Reforma de la Constitución

Para algunos autores, sobre todo españoles, existen tres elementos constitutivos de toda Constitución: el principio de soberanía nacional/popular; el poder constituyente; y, la reforma de la Constitución. No me detendré en los dos primeros ya que no es materia de este trabajo. Pero el tercero, ¿por qué la Constitución sin reformas no es Constitución? Para Javier Pérez Royo, en su obra Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, 2007, página 147, la respuesta es elemental: por el principio del paralelismo de las formas: "*Las normas sólo pueden ser modificadas de la misma forma en que han sido producidas. Sin él no hay derecho posible*". Según este autor, la ley sólo puede ser reformada por otra ley, el decreto por otro decreto, etcétera. Es decir, una ley no puede ser reformada por un decreto, ni una ordenanza municipal cambiar un reglamento expedido por el Presidente de la República.

En el caso de la Constitución, el paralelismo señalado en el párrafo anterior no es exacto, "... *ya que el poder constituyente originario no puede tener una réplica, como la tiene el legislador. El poder constituyente originario, una vez que crea la Constitución, deja de existir... La reforma de la Constitución es la forma en que el poder constituyente se proyecta así mismo hacia el futuro. Cuando yo deje de existir, únicamente se podrán introducir modificaciones en la Constitución de esta manera. Así es como el constituyente singulariza jurídicamente a la Constitución y la distingue de las demás normas y en especial de la ley. Puesto que no voy a estar presente en el futuro para poder reformar la Constitución, indico ya qué órgano o combinación de órganos y a través de qué procedimiento (s) podrán ocupar mi lugar en el ejercicio del poder constituyente*" (obra citada, p. 147).

Al ser la Constitución una sola como norma jurídica, puesto que leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, etcétera, pueden haber muchas y que desarrollen diversas materias, es en el texto constitucional donde se prevén las normas que han de regir para cuando se intente modificarla. En el caso de la Carta Magna ecuatoriana, en el Título IX, Capítulo Tercero, artículos 441 a 444, inclusive, se contemplan las normas que han de tenerse en consideración para la reforma del texto constitucional, publicado en el Registro Oficial 449 de octubre 20 de 2008.

Antes de analizar los mecanismos previstos en la Constitución de 2008 para reformar el texto constitucional, es necesario recordar cuál era el sistema previsto en la codificación del texto de la Carta Magna que rigió hasta octubre de 2008. Según Rafael Oyarte (Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Fondo Editorial Fundación Andrade & Asociados, páginas 237-238), "*... existen, por decirlo así, dos procedimientos para reformar la Constitución: uno ante el Congreso Nacional, en el ejercicio del poder constituyente derivado, en el que ocasionalmente intervendrá la ciudadanía, y otro directamente ante el soberano*".

La Constitución vigente hasta la expedición de la de Montecristi, y ante los vaivenes de la política ecuatoriana, la Asamblea Nacional de 1997-1998, "*... como consecuencia de la exagerada tendencia reformista que imperaba, producto de mayorías legislativas coyunturales tan comunes en el Ecuador, respecto de las cuales la Constitución no era protegida. De tal guisa, se planteó la posibilidad de incorporar como requisito para reformar la Constitución la aprobación de la misma mediante legislaturas sucesivas... De esta forma, en la codificación constitucional de 1998, manteniéndose el esquema de reforma constitucional que venía desde el texto original de la Constitución de 1978-79, se agrega una limitación al ejercicio del poder constituyente derivado: el plazo de espera de un año entre primer y segundo debates*" (obra citada, p. 239).

III. Referéndum

Mucho se ha estudiado y analizado en las últimas décadas el concepto de "Participación Ciudadana". Las constituciones de diversas naciones han previsto de forma clara y detallada esta figura, que en mi concepto es una

intervención real y directa de los ciudadanos en las diversas actividades públicas. Esa participación no se limita, exclusivamente, a emitir el voto en las elecciones, sino incluye el involucramiento de los habitantes de un país en la toma de decisiones, aceptando o negando reformas o propuestas para que se conviertan en texto constitucional o en leyes. Las constituciones latinoamericanas le han denominado con distintos términos: iniciativa popular, plebiscito, referéndum, consulta popular, revocatoria de mandato, cabildo abierto, etcétera. Para efecto de este trabajo, la llamaré referéndum.

"Procedimiento jurídico por el que se someten al voto popular leyes o actos administrativos cuya ratificación por el pueblo se propone", definición de la palabra referéndum, prevista en el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición 2001.

Para Jorge Mario García Laguardia (http:/www.mercaba.org/fichas/capel/referendum.htm), referéndum es la *"Institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina sobre, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos por asambleas constituyentes o legislativas"*.

Según Fernando Flores Giménez, el referéndum *"es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de acuerdo o norma jurídica, o derogue o no una norma ya vigente"* (La Participación Política en Ecuador, Corporación Editora Nacional, página 23). Para este autor hay tres tipos de referéndums: derogatorio, aprobatorio y consultivo.

IV. Procedimiento constitucional

Los asambleístas constituyentes reunidos en la ciudad de Montecristi para redactar la Constitución que hoy rige en Ecuador, se cuidaron de que las reformas posteriores a su obra, cumplan una serie de pasos sobre todo cuando las modificaciones sean trascendentales para el futuro de la Nación, y tiendan a alterar el proyecto político que el partido del gobierno ha elaborado.

Pues como se dijo en párrafos anteriores, el Título IX, Capítulo Tercero, de la Carta Magna de 2008, contempla el procedimiento que se debe seguir para reformar el texto constitucional, el mismo que es diverso considerablemente de lo que planteaban anteriores constituciones ecuatorianas.

Una pregunta que se han formulado políticos y constitucionalistas respecto a este tema es, ¿se puede someter a referéndum cualquier punto para que el pueblo apruebe o desapruebe los cambios al texto constitucional? La respuesta es un no categórico, puesto que el artículo 441, concordante con el 444, ordena que las enmiendas que

a) Alteren la estructura fundamental de la Constitución;

b) Modifiquen el carácter y elementos constitutivos del Estado;

c) Establezcan restricciones a los derechos o garantías previstas en la Carta Magna; y,

d) Cambien el procedimiento de reforma a la Constitución.

Deberán ser realizadas a través de convocar a una asamblea constituyente.

Por el contrario, si las modificaciones no son la de las señaladas en los párrafos precedentes, las reformas se las realizará siguiendo cualquiera de los caminos previstos en los números 1 y 2 del artículo 441, y estos son:

> "*1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.*
>
> *2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional*".

Es importante hacer la distinción señalada en los párrafos anteriores, ya que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial de octubre 22 de 2009, hace esa diferencia en el artículo 101, números 1 y 2, que disponen:

"1. Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

2. Cuando el proyecto normativo no encuadre en el supuesto del numeral anterior, se tramitará de acuerdo con el procedimiento para la enmiendas o reformas constitucionales, según el caso".

De lo ordenado por la Constitución (artículo 441) y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículo 101, números 1 y 2), se concluye que cuando un proyecto de reforma constitucional tenga como finalidad restringir los derechos y garantías constitucionales, se debe convocar a una Asamblea Constituyente para que los asambleístas constituyentes preparen un proyecto de reformas constitucionales que posteriormente será sometida a decisión del pueblo a través de un referéndum.

Volvamos a lo dicho en párrafos anteriores, y recordemos que el artículo 441 de la Carta Magna señala qué temas de una reforma constitucional deben observar el trámite especial contemplado en el artículo 444 de la Constitución. Esta disposición prevé el proceso que se debe seguir: Se deberá convocar a una consulta popular para decidir si se llama a una asamblea constituyente para que sus integrantes, elegidos en votación directa y universal, preparen el texto de las reformas constitucionales.

La consulta indicada, según el artículo 444 de la Carta Magna, la puede solicitar el Presidente de la República o "*las dos terceras partes de la Asamblea nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral*". Realizado el trabajo por los asambleístas constituyentes, para que entre en vigencia "*requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos*".

Como se dijo al inicio de este trabajo, quienes redactan un texto constitucional dejan sentados los requisitos, complicados o no, que se deben observar en el futuro para cualquier cambio de la Carta Magna, y eso precisamente hicieron quienes redactaron la Constitución que hoy rige en

Ecuador. A las Funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial, les corresponde ver que se cumpla el proceso señalado en el texto constitucional. No pueden, ni esas Funciones, ni las otras dos creadas en la Constitución de 2008, inobservar la norma o tomar otro camino que no esté previsto en la Constitución, por más corto que sea.

Puede ser molestoso el proceso de reformas constitucionales que cambien radicalmente la estructura del Estado o la Constitución, pero eso es lo que han declarado los asambleístas constitucionales en Montecristi, lo que fue aprobado en el referéndum convocado para tal efecto por las autoridades electorales ecuatorianas.

A PROPÓSITO DEL "NEOCONSTITUCIONALISMO", ¿CORTE INCONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN?

Ismael QUINTANA GARZÓN[1]

I. Introducción

A partir del referendo aprobatorio del año 2008, y posteriormente a su publicación en el Registro Oficial, cierta parte de la población del Ecuador adoptó (por lo menos quienes creyeron en el proyecto político de la *Revolución Ciudadana*), una Ley Fundamental que derogó a la de 1998. Por lo tanto, la manifestación de voluntad popular y la expresión del poder constituyente ecuatoriano, propiciaron un cambio radical en el aparataje estatal y en el orden jurídico. Dicho cambio, eminentemente constitucional, ofrecía poner en marcha un plan político gubernamental que borraría de la memoria colectiva todo vestigio de la gran noche neoliberal y la partidocracia, poniendo a consideración de la sociedad ecuatoriana, es decir, una vez más el Derecho se pone a las órdenes del sistema político y los gobiernos de turno.

No obstante, y más allá de toda concepción filosófica, es importante mencionar, que en el ámbito orgánico funcional también hubo un cambio total y radical, creándose así dos funciones de poder estatal adicionales a las creadas por Montesquieu en el siglo XVIII, es decir, surgen la Función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral; por otro lado, surge una "nueva" Corte Nacional de Justicia, derogando así a la antigua Corte Suprema, el órgano legislativo deja de llamarse Congreso Nacional y pasa a llamarse Asamblea Nacional, y ya en la praxis política, el Primer

1. Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro de la Junta de Facultad de la Asociación Escuela de Derecho - PUCE para el período 2010.

Mandatario, creó un sinnúmero de carteras estatales que no habían existido anteriormente; sin embargo, el cambio más importante fue la extinción del Tribunal Constitucional y la aparición de un órgano todopoderoso, sobrecargado de facultades, revestido de jurisdicción, competencia e "independencia" respecto de las funciones del poder estatal, por tanto, podría denominarse el *Mesías, redentor y protector de los derechos*, o *la casa de los derechos*, como se autoproclamó en sendas publicidades; una Corte Constitucional además, para el período de transición.

En materia de dogmática constitucional, la Constitución de Montecristi trajo una ampliación en el sistema de derechos que clásicamente nuestras Constituciones habían consagrado en sus textos, el cuerpo de garantías jurisdiccionales se amplía y con ello surgen principalmente la posibilidad de interponer acción ordinaria de protección frente a personas particulares y políticas públicas, la legitimación de la acción de inconstitucionalidad se amplía respecto del sistema constitucional de 1998, y, principalmente, aparece el control constitucional frente a decisiones judiciales, entre otros cambios, y, por primera vez se incorporan al texto constitucional, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, las acciones de incumplimiento y por incumplimiento, ambas totalmente confundidas por parte de nuestra Corte en Transición.

Al parecer, la justicia constitucional tomaba forma, luego de un proceso histórico de desarrollo que comenzó en 1851 con el Consejo de Estado, y posteriormente se afirmó con un Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, es decir, al fin un órgano supremo y especializado se encargaba definitivamente del control de constitucionalidad en Ecuador, pasando de un modelo mixto como el de 1996, a un modelo concentrado puramente kelseniano.

Sin embargo, parecería ser que, con el surgimiento de lo que se denomina el Socialismo del siglo XXI, también surgió una ola jurídica que se plasmó en nuestra Constitución, y que evidentemente es el lineamiento que rige a nuestros jueces constitucionales para el período de transición, me refiero precisamente al "*Neoconstitucionalismo*", síntoma de aquel espíritu "crítico" del constitucionalismo clásico o "antidemocrático" como señala Gerardo Pisarello, y por tanto, la evolución del constitucionalismo social de posguerra; es decir, aquel movimiento que promueve un exacerbado garantismo y activismo judicial, y que ha llevado al Ecuador a transformarse de un Estado Social de Derecho, a un Estado constitucional de derechos y justicia,

de ahí se puede inferir, en un primer momento que, al parecer garantismo, activismo judicial, derechos y justicia, son las palabras que en clave, podrían coadyuvar a definir al "movimiento neoconstitucionalista".

No es menos cierto que nuestra Corte Constitucional, se ha autonombrado "neoconstitucionalista" en varias de sus sentencias, es por ello que surgen las siguientes dudas: existen postulados que rigen al movimiento en cuestión?, luego entonces, si existen, la Corte Constitucional, debe obedecerlos?, por lo tanto al ser el intérprete de la Constitución, la Corte, aplica tales postulados porque están consagrados en la Constitución?, y de ello se concluye cuestionando, cuál es el aporte que dicho movimiento ha brindado a nuestra justicia constitucional?, todos cuestionamientos que aún no se descifran por dos motivos: El primero porque nuestra Corte Constitucional muy poco camino transitado, y el segundo, porque en dicho recorrido ha expedido sentencias contradictorias, confusas e inconstitucionales curiosamente.

II. Neoconstitucionalismo, nuevo paradigma constitucional o mera declaración de intenciones

Ciertamente que en los dos o tres últimos años de vida institucional en Ecuador, han sido varios y álgidos los debates que sobre el "neoconstitucionalismo" se han planteado, toda vez que su aparición a la palestra jurídica ha "enfrentado" a estudiosos del Derechos del ala liberal con los del ala conservadora, "*los de izquierda*" con "*los de derecha*"; no obstante, y sin que este sea el punto neurálgico del presente trabajo, por lo tanto, fuera de toda concepción ideológica, no es menos cierto que en la actualidad todavía se mantiene el debate sobre si el "neoconstitucionalismo" realmente constituye un nuevo paradigma constitucional, capaz de superar la histórica contraposición entre corrientes iuspositivistas y iusnaturalistas, o si únicamente se trata de una banal y repentina denominación para postulados que han sido formulados desde antiguo con el constitucionalismo clásico y el social, motivo por el cual me permito utilizar comillas para denominarlo.

Quienes defienden a la postura en análisis señalan que entre las características esenciales del movimiento en cuestión se halla el promover la existencia de normas sustantivas en la Constitución, complementadas con un amplio catálogo de derechos fundamentales y sus vías o mecanismos de pro-

tección, además, esta corriente, estimula una democracia constitucional basada en el respeto a la supremacía y al bloque de constitucionalidad; por lo tanto, debe entenderse que, el "neoconstitucionalismo" plantea la existencia de una Carta Fundamental cuyo contenido sustancial "vuele la barda" de la mera estructuración y organización de poder, por lo que, se ha de buscar influir en las decisiones que este poder constituido e institucionalizado ha de tomar, es por ello que, en esta ola de pensamiento jurídico, se busca retomar el principio democrático desde el enfoque del respeto a la supremacía constitucional, y ya no en base a las decisiones de mayoría; no obstante, el límite establecido para tal influencia ha de ser el reconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías.

Ahora bien, bajo estos postulados, cabe recalcar que, el neoconstitucionalismo va de la mano con un proceso de constitucionalización del sistema jurídico del Estado, es decir, las normas constitucionales regulan aspectos fundamentales y esenciales de dicho sistema, por lo tanto, existe una subsunción de todo el aparataje estatal a las normas fundamentales, y dentro de ello, el límite de los derechos y las garantías. Asimismo el desarrollo de normas infraconstitucionales y de la jurisprudencia han de devenir de la irradiación de principios y normas de naturaleza suprema.

Como corolario de lo antes mencionado, para el constitucionalismo contemporáneo, es imperioso dotar a los derechos de un marco amplio de garantías institucionalizadas y fortalecidas, las cuales doten de eficacia a los derechos y protejan la fuerza vinculante e imperativa de la Constitución, es por ello que, el rol del juez en este nuevo esquema de pensamiento constitucional se resume en lo que Luis Prieto Sanchís denomina la *regulación principalista*, lo que significa que el juez tiene la obligación de interpretar y traducir los principios constitucionales a postulados normativos que permitan la solución de los casos concretos. Asimismo, y dentro de este esquema, Miguel Carbonell indica que en el constitucionalismo contemporáneo, los seres humanos son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su esencia y existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas, pero también indefensas frente a las decisiones ciertamente arbitrarias que muchas veces toma el Estado, y que por lo tanto, requieren del reconocimiento de derechos aplicados para las relaciones *inter pares* y para las relaciones que yo llamo de *subordinación* entre las personas y el Estado, por ello, para dar eficacia jurídica a aquellas prerrogativas, es la misma

Constitución la encargada de promover una serie de garantías que se resumen en mecanismos de protección, exigencia y ejecución de derechos fundamentales que han sido constitucionalizados.

Este es, en breves rasgos, el cuadro jurídico que el "neoconstitucionalismo" nos plantea (existen muchos más pronunciamientos sobre el tema en cuestión; no obstante, se ha pretendido resumir en pocas líneas el pensamiento que dicha corriente recoge). Ahora bien, es menester señalar si tal movimiento contiene postulados universales que permitan hoy en día catalogarlo como un nuevo paradigma dentro del Derecho Constitucional, o simplemente, es un intento por recoger y enunciar principios ya expuestos por los constitucionalismos de antaño, por ello, en primer lugar, es importante evidenciar la existencia de dichos principios, y es precisamente Claudia Escobar García quien nos ayuda a esclarecer este tema, así la citada autora enuncia que el "neoconstitucionalismo" se basa en los siguientes dogmas, a partir de una diferencia entre lo que ella entiende como sistema o democracia constitucional plebiscitaria y el modelo constitucionalista:

- La democracia no consiste en suponer que el deseo de las mayorías es el interés legítimo de la sociedad, sino en considerar que el límite al poder y la garantía de los derechos fundamentales plasmado en las Constituciones Políticas, incluso en contra de la voluntad popular, constituye el fundamento de la dinámica económica, política, social y jurídica.
- La legitimidad viene a depender del respeto de los contenidos mínimos fijados por las Constituciones Políticas.
- El fundamento de un sistema jurídico y político radica en el respeto de la supremacía de la Constitución.
- El constitucionalismo contemporáneo hace énfasis en el contenido mínimo al que se debe sujetar cualquier sistema político-jurídico. Es por este motivo que se habla de "democracias sustanciales", en oposición a "democracias formales o procedimentales".
- La fuente suprema del ordenamiento jurídico, es la democracia constitucional, esta aplica un sistema de pesos y contrapesos a los poderes públicos.
- Existe un sistema de protección de los derechos fundamentales, los que dotan de validez a todas y cada una las normas que componen el ordenamiento jurídico. Las Constituciones Políticas y normas de derecho internacional que consagran estos límites y estos derechos, constituyen la base y el criterio de validez del sistema político-jurídico.

Realizando un primer análisis de los postulados arriba señalados (seguramente no son todos, pero sí lo principales), además de la diferencia entre lo que para la autora es la democracia constitucional y un modelo constitucionalista, es preciso verter los siguientes comentarios:

El modelo constitucionalista y el concepto de democracia han ido de la mano desde épocas en las cuales el Derecho Constitucional, y el modelo constitucionalista surgían, por lo tanto, no parecería pertinente hablar de una diferencia entre dos sistemas entre los cuales existe un nexo totalmente notorio, por un lado, la democracia es precisamente el elemento angular que da origen al movimiento constitucionalista, no olvidemos que ya desde 1776 y hasta 1787, las trece colonias norteamericanas decidieron constituirse en un Estado, otorgándose de esta manera su primera y única Carta Política, fundando así las bases de una democracia, es decir un proceso independentista fruto del consenso absoluto y de la voluntad soberana de aquel poder constituyente originario fundacional, que proclamaba la protección de derechos fundamentales (en inicio de primera y segunda generación) y el resguardo al principio de supremacía constitucional; por lo tanto, podemos evidenciar una naciente democracia que se convierte en "constitucional" en el momento en que plasma todos los pactos y acuerdos en una Norma Fundamental, en un programa jurídico, político, social y económico construido por todos, de todos y se aplica para todos, tal como señala en profesor Trujillo. Asimismo, en 1789, en la Revolución Francesa, fue el pueblo el que en la Toma de la Bastilla decidió pelear por la defensa de sus derechos bajo el concepto de *igualdad, libertad y fraternidad*; por tanto, se evidencia el espíritu democrático que en aquel proceso de fraguaba.

Es conocido que, tanto la independencia de Estados Unidos, y el surgimiento de la Primera República francesa, dieron cabida al surgimiento del llamado *constitucionalismo clásico*, de esta manera el profesor Hernán Salgado señala que dicho movimiento surge en oposición a todos los regímenes absolutistas, constituyéndose en una corriente de carácter doctrinario, de corte político y jurídico en el cual consciente y expresamente, se puedan ubicar las derechos del hombre como el fin máximo y último de toda la actividad del Estado, entonces es cuando me pregunto, no existe en este proceso histórico, un impulso democrático que lleva a dichas naciones a pelear por su independencia y a buscar del Estado el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, acaso no es eso democracia?, y si, al lograr la independencia, se han dado una Carta Fundamental en la cual se plasmen tales aspiraciones,

no existe entonces democracia constitucional al acatar y hacer cumplir los mínimos fijados por aquellas sociedades?

¿Qué sentido hay que darle a la Carta Magna de 1215 impuesta a Juan sin Tierra en Inglaterra, sino el de una naciente y tal vez sí, incipiente democracia constitucional, y por tanto, el aparecimiento de los primeros elementos pasos que configurarían siglos más tarde el inicio del constitucionalismo?; tal parece ser entonces que hablar de una diferencia entre una democracia constitucional y un modelo constitucionalista no procede, pues, enunciar lo contrario, siguiendo las líneas de Claudia Escobar, implicaría señalar que, el modelo constitucionalista aparece en Ecuador con la venida del "neoconstitucionalismo" y de la Carta de Montecristi, negando la presencia del constitucionalismo en nuestro país. El lector juzgará si tal postulado es acertado o traído de los cabellos.

Durante el siglo XX, propiamente luego de la primera guerra mundial, varios Estados atraviesan lo que Adolfo Posada llama la *desconstitucinalización del Estado*, por lo que se entiende, abandonaron los preceptos del constitucionalismo clásico, situación que urgía un renacimiento del movimiento constitucionalista desde las exigencias y las coyunturas que las gentes y sociedades de aquellos tiempos promovían. Fruto de tal crisis en la institucionalidad del Estado de entonces, surgen dictaduras como la de Rusia, fascismos como el de Italia y regímenes nazis como el de Alemania, el mismo rumbo tomaron España y Portugal, como características de estos Estados, señala el profesor Salgado que existía anulación de las libertades individuales, implantación del unipartidismo, ampliación del poder estatal sin control ni límite alguno, abolición y prohibición de oposición a los gobernantes (cualquier parecido con la realidad es una mera coincidencia); frente a ello surgió entonces el denominado *constitucionalismo social de posguerra*, buscando corregir las insuficiencias del constitucionalismo clásico en base a las tesis políticas socialistas.

Se hace presente entonces, cotejar los principios tanto del constitucionalismo clásico, social y el neoconstitucionalismo, con el objetivo de precisar si en efecto los postulados que este último plantea-insisto no son todos, pero sí los trascendentes-, constituyen aporte nuevo a nuestro sistema constitucional, o si únicamente han tomado a modo de combinación, principios de los dos movimientos anteriores.

Dentro de los postulados que el constitucionalismo clásico planteó, existen los siguientes:

- Consagración de derechos individuales.
- Principio de separación de poderes basado en un sistema de pesos y contrapesos.
- Se reconoce a la soberanía popular, es decir la voluntad del pueblo se encarna en los representantes del Parlamento, concibiendo por lo tanto al derecho al voto como un derecho político restringido como señalaban las tesis de la soberanía nacional, puesto que existían límites tanto al cuerpo de electores, como a las dignidades de elección popular (no todo cargo público proviene de elección popular.
- Se instaura un gobierno representativo en lugar de un gobierno absolutista, por lo que la democracia es indirecta, de otro lado, dicho gobernante debe rendir cuentas a su pueblo, por lo que responde por sus actos.
- Surgen como sistemas de gobierno tanto el parlamentarismo, como el presidencialismo.
- Aparecen las formas de Estado tanto federal, unitaria como autonómica.
- Se plantea el principio de legalidad y constitucionalidad de las normas jurídicas, se reconoce que la Constitución es la norma suprema de un Estado.

Luego entonces, el constitucionalismo social de posguerra, plantearía los siguientes postulados:

- Se reconocen ya no solo derechos y libertades individuales (civiles y políticos), sino también los derechos económicos y sociales
- Al ampliarse el cuerpo de derechos, en los textos constitucionales se crean vías o mecanismo de protección y vialidad de los mismos, es decir las denominadas garantías que en mayor o menor medida se fueron ampliando en las normas supremas
- El límite al poder del Estado son los derechos, sus garantías y la Constitución entendida como el instrumento fundacional y organizador del Estado el cual ha recogido las aspiraciones populares.
- La Constitución deja de ser un mero programa político y pasa a convertirse en norma de aplicación obligatoria, manteniendo el principio de supremacía constitucional
- Frente al sufragio restringido o censatario, aparece el universal

- Aparecen nuevos mecanismos de participación ciudadana, ya no es solo el voto el mecanismo por medio del cual el pueblo expresa su voluntad, pues aparecen la consulta popular, referéndum y revocatoria de mandato para dignatarios de elección popular, por lo tanto, la democracia ya no es indirecta, sino semidirecta
- El sistema democrático plantea la representación proporcional de las minorías políticas, por lo que la participación en la toma de decisiones, llega ya no solo dada por las mayorías parlamentarias, sino también por las minorías quienes tenían cabida en la representación ciudadana
- Se crean mecanismos de planificación económica y social, buscando una mejoría en la administración pública y en la prestación de servicios públicos
- El modelo económico que se impone es el abstencionista, buscando una menor participación del Estado, y dejando la producción del mercado a la iniciativa privada, asumiendo aquel únicamente lo que esta última no podía.

Algunos de los postulados que formula el "neoconstitucionalismo" ya fueron citados en líneas anteriores, por lo tanto, no procede volverlos a mencionar, sino únicamente verificar si aquellos constituyen aporte nuevo o no para el Derecho y la justicia constitucional ecuatoriana, así:

Con respecto a la democracia, concuerdo totalmente con el postulado realizado por el movimiento del constitucionalismo contemporáneo; no obstante, dicho postulado ya fue recogido por el constitucionalismo social de posguerra, toda vez que buscó corregir los errores y vacíos del movimiento clásico, es decir, ya desde antaño se ha dejado de creer que las decisiones adoptadas por las mayorías son las representantes de los intereses legítimos, pues después de las guerras mundiales el constitucionalismo social peleaba por fomentar el reconocimiento y representación de las minorías, sobretodo en los Parlamentos. Asimismo con respecto a los derechos y garantías, no podemos olvidar que ya en 1789, en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, en el artículo 3 se hablaba de que no existe Constitución en aquellas sociedades en las que no se reconozcan garantías a los derechos, ni la separación de poderes esté delimitada, por lo tanto la preocupación suprema del Estado, siempre fueron los derechos y las garantías que en mayor o menor medida han sido plasmados en una Ley Suprema. Esto último por lo menos teóricamente, ya que en la praxis la historia demuestra todo lo contrario.

Ahora bien, hablar de democracia, implica referirse a un grupo de mayoría y la inclusión de minorías dentro de las políticas y decisiones que la mayoría ha tomado; no obstante, no se puede dejar de considerar que el origen de los derechos y las garantías es justamente el cúmulo de aspiraciones y pactos sociales que en conjunto han decidido encargar el ejercicio de la soberanía popular al Parlamento, quien es encargado de convertir tales aspiraciones en leyes, las cuales nacen de una Constitución, norma suprema que ha sido elaborada por poderes constituidos, y aprobada por una mayoría, por tanto, de ello se concluye que el Estado reconoce derechos, mas no los impone, es decir, el límite del poder estatal son los derechos reconocidos-y no impuestos- por parte del Estado hacia la voluntad popular (sea esta de mayoría o minoría), no se puede olvidar que hemos sido los hombres los que hemos creado la entelequia del Estado para dotarnos de una forma de organización, y lo que desde antiguo se ha buscado frenar el poder del mismo por medio del amparo y ejercicio de derechos y libertades, hablar de imposición de derechos y garantías hacia la voluntad popular, implicaría que la creación imponga ciertas situaciones a su creador...entonces es ese el error en el que incurre el neoconstitucionalismo, es decir, creer que los derechos son impuestos y no reconocidos, implica retroceder en el tiempo y desconocer las conquistas que históricamente ha logrado el constitucionalismo.

Otro de los postulados del neconstitucionalismo, es el referente al ejercicio de la legitimidad, la cual depende-a criterio de dicho movimiento- del respeto a los pactos plasmados en la Constitución. Frente a tal argumento es preciso señalar que, al hablar de legitimidad, necesariamente nos referiremos al poder, elemento constitutivo de un Estado. El mismo es definido por el profesor Julio César Trujillo como la capacidad de un individuo o grupo de individuos para tomar decisiones e imponerlas a los demás miembros de una sociedad, quienes las acatan y las cumplen, por medio de la subsunción de su comportamiento a dichas disposiciones. Siguiendo la línea de pensamiento de Trujillo, el ejercicio del poder se logra por medio de la violencia o por el convencimiento propio de quien debe acatar dichas disposiciones; no obstante, hay que entender que las decisiones o disposiciones que emite quien gobierna o lidera una sociedad pueden ser legales o ilegales, legítimas o ilegítimas.

El "neoconstitucionalismo" nos habla de que el valor de la legitimidad reposa en el respeto a los mínimos reconocidos en la Constitución, cuando en realidad la legitimidad entendida como el reconocimiento de las decisio-

nes tomadas por una autoridad, se sustentan en la anuencia que la sociedad le otorgue a dichas decisiones, es decir, en la medida en que el pueblo apruebe y acata dichas disposiciones, los actos de la mayoría o de un gobierno, serán legítimos. Ya quedó claro que una democracia iuspositivizada, es una democracia constitucional, y esta última permite la generación de una Constitución y sus leyes secundarias, las mismas que otorgan en sus contenidos, el cúmulo de atribuciones que ejercen autoridades públicas, electas o no popularmente, es decir, es el soberano el que ha pactado y decidido frenar el poder del Estado por medio del reconocimiento de derechos y velar por la separación de poderes al establecer el ámbito de actuación de sus representantes y funcionarios, por ello, cuando las autoridades actúan fuera del marco de sus competencias, estamos frente a un acto ilegal, mas no ilegítimo. De ello se concluye que al parecer el "neoconstitucionalismo" incurre en el error de confundir la legitimidad con la legalidad.

Los argumentos antes vertidos se corroboran con lo señalado por Burdeau en su Tratado de Ciencia Política, en el cual el citado autor expresa que la Constitución establece la legitimidad de los gobernantes que necesitan de un título para mandar, de una investidura que la Constitución les otorga, previa definición de las condiciones que deben realizarse para que opere la legitimidad (el requerimiento previo del apoyo y aprobación popular).

En cuanto al principio de supremacía constitucional como fundamento del sistema jurídico y político, cabe señalar que tal argumento ya fue recogido en la clásica tesis de la fundamentación y derivación de normas, además de la pirámide jurídica, argumentos esgrimidos por Hans Kelsen en su Teoría pura del Derecho, por lo tanto al ser la Constitución la norma suprema del orden jurídico, es la base en la que se fundamentan el resto de normas que en escala jerárquica le son inferiores, y a la vez dichas normas se derivan de los principios y normas constitucionales, por ello es que la Carta Magna es la condición de unidad y validez, que orienta y guía al sistema jurídico del Estado; no obstante, pese a la estrecha relación que ha existido entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, no podemos olvidar que el proceso evolutivo de formación del Derecho, logró diferenciar y separar ambas ciencias sociales, reconociendo como insisto, su estrecho vínculo, por lo tanto debemos entender que es la Ciencia Jurídica la que toma a la Ciencia Política como el instrumento material del ejercicio del poder en un Estado, y quien lo ostente, lo hará actuando dentro del marco constitucional y legal, respetando además de los derechos, la supremacía constitucional, de ahí que

concluimos que el elemento político se subsume al jurídico; sin embargo ambos elementos se hallan bajo sumisión a la supremacía del texto constitucional, fuente de organización del Estado y de amparo y ejercicio de derechos fundamentales, por tanto en este argumento coincidimos con el movimiento constitucionalista, no solo el contemporáneo sino, el constitucionalismo en general, pues el respeto a dicha supremacía se hizo vigente en Ecuador ya desde la Carta de 1906, y desde entonces dicho principio ha sido consagrado en todas las Cartas ecuatorianas.

En cuanto al contenido mínimo al cual debe sujetarse el sistema jurídico y político estatal, el "neoconstitucionalismo" no aclara en qué consiste o cuál es el contenido mínimo al que se sujeta el sistema de un Estado, es acaso la Constitución y su supremacía?, son los derechos y sus garantías?, es la democracia como forma de gobierno y toma de decisiones?, son los pactos y aspiraciones sociales?, en fin, es un postulado incompleto, que no da respuesta a tales cuestionamientos, por lo tanto, en nada aporta al sistema constitucional.

El "neoconstitucionalismo" plantea el uso de un sistema de pesos y contrapesos de los poderes públicos como base de la democracia constitucional, la cual es la fuente suprema del ordenamiento jurídico; no obstante, respecto a tal postulado, es importante observar que existe un error el cual consiste en creer que la democracia constitucional es la fuente suprema del orden jurídico. Históricamente la doctrina del Derecho Constitucional ha venido planteando el reconocimiento de la Constitución como norma y fuente suprema del orden jurídico estatal, así, existen un sinnúmero de definiciones y esfuerzos por conceptualizar a dicho instrumento, entre ellos los planteados por Schmitt, García de Enterría, Fernández Segado, Hernán Salgado, Rodrigo Borja, entre muchos más autores que han buscado definir a la Constitución; sin embargo es de mi parecer que el profesor Trujillo pretende enfocar tal definición desde otra perspectiva, así, conceptualiza a la Constitución por su contenido; por tanto, en su parte orgánica es el estatuto máximo de organización y funcionamiento del poder político del Estado, estableciendo un sistema de separación y mutuo control de dichos poderes; asimismo, en su contenido dogmático, existen el cúmulo de derechos y libertades fundamentales que el Estado ha reconocido a sus ciudadanos, concomitantemente con ello, en su contenido procesal constitucional, se la define por las garantías o mecanismos de protección de derechos que esta trae aparejado a los derechos, y por último, se la define por su contenido socio eco-

nómico, es decir, por el modelo económico que esta impulse. De ahí, que para el citado autor, la Constitución es la norma suprema del Estado, entendida como fuente máxima del orden jurídico, la cual es de directa e inmediata aplicación, toda vez que regula las relaciones entre personas y el Estado, y entre el Estado y sus semejantes, por lo que, la misma abarca de manera general, toda la vida estatal interna y externa, de ahí que debe encargar de la regulación específica de tales conductas a las normas o leyes inferiores, las cuales deben observar los principios y normas establecidos en aquella, es decir, recurren constantemente para encontrar en ella su validez y legalidad, ya que, la unidad del orden jurídico únicamente es posible por medio de la Constitución.

Por otro lado, una democracia constitucional, es una forma de gobierno en constante perspectiva hacia la convivencia pacífica dentro del Estado, por lo que, en dicha búsqueda ha de procurar el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, y ha de fijar como fin máximo de la actividad estatal el desarrollo y ejercicio pleno de dichos derechos en observación a la supremacía de la Carta Fundamental, por ello, una democracia constitucional ha de procurar que los ciudadanos ejerzan libremente sus derechos evitando el uso de sus garantías, pues las mismas entran en acción cuando los derechos han sido conculcados; sin embargo, la democracia constitucional, plasma sus ideales en un texto constitucional, el cual se erige como Estatuto Máximo de un Estado, y por tanto norma suprema y fuente primigenia y de mayor jerarquía en su orden jurídico, de ahí que más bien la democracia constitucional debe entenderse como el vínculo entre el ejercicio del poder constituyente con todos sus ideales, exigencias e intenciones, y el producto o resultado final que es el pacto jurídico y político que es la Constitución, por lo que tal democracia forma parte del texto constitucional que en definitiva proporciona uniformidad en el ordenamiento jurídico del Estado.

El uso de un sistema de pesos y de contrapesos como apoyo para la separación y mutuo control de los poderes públicos estatales, ha sido recogido y promulgado por el movimiento constitucionalista tanto en su fase clásica, como en la social; además de varias cartas internacionales sobre derechos humanos que se han dado a lo largo del desarrollo de las relaciones internacionales entre los Estados. No se puede olvidar que esta tesis ya fue propuesta por Montesquieu y adaptada al presidencialismo estadounidense en su Constitución, por tanto, nada hay de aporte nuevo por parte del constitucionalismo contemporáneo respecto a tal afirmación; al contrario, lo que ha

hecho es utilizar dicho postulado y adaptarlo al error antes descrito. Por otra parte, respecto a este mismo argumento, señalo que la separación de los poderes públicos, es justamente la expresión de la intención de frenar el poder del Estado; por ello, la separación de los poderes, sumado al reconocimiento de derechos, se constituye en el pilar fundamental de organización y desarrollo del Estado, por lo que, más bien es un antiguo principio que se ha venido aplicando y consagrando en las Constituciones republicanas, que ha coadyuvado a la construcción y formación del Estado moderno.

Otro de los postulados que el neoconstitucionalismo plantea que existe un sistema de protección de los derechos fundamentales, los que dotan de validez a todas y cada una las normas que componen el ordenamiento jurídico. Las Constituciones Políticas y normas de derecho internacional que consagran estos límites y estos derechos, constituyen la base y el criterio de validez del sistema político-jurídico.

Al hablar de un sistema de protección de derechos fundamentales, hago presente que de manera indefectible habrá que referirse a las garantías de aquellos, y, para definirlas echamos mano de las ideas vertidas por Ramiro Ávila, quien en su obra Desafíos constitucionales, define a las garantías como los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin las garantías, los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad.

A partir de la definición citada, cabría en primera instancia, definir a las garantías de derechos como medidas cautelares que buscan evitar, prevenir, cesar o hacer cesar la eventual conculcación de un derecho, por lo que a criterio de quien realiza el presente trabajo, no es prudente esbozar una definición ambigua en la que se puedan confundir los términos medidas cautelares y garantías de derechos, puesto que, estas últimas más bien se constituyen en aquellos mecanismos de viabilidad, ejecución y ejercicio de derechos, mismas que se emplean cuando un derecho ya ha sido vulnerado, mas no cuando el mismo está en amenaza de ser conculcado o ha sido prologadamente inobservado por particulares o autoridades públicas judiciales y no judiciales; en cambio, las medidas cautelares precisamente se emplean como medios a través de los cuales se pretende evitar o cesar la violación de derechos.

No obstante la definición esgrimida por Ávila, convengo con el "neoconstitucionalismo" en que, en efecto, el sistema jurídico y político de un Estado precisa de un marco amplio de garantías de derechos fundamentales, mismos que se constituyan en verdaderas vías de aplicación real y no solo nominal o formal de los derechos fundamentales que han sido constitucionalizados; no obstante, hay que recordar que este no es un aporte de constitucionalismo contemporáneo, sino un esfuerzo por ampliar el cuadro de garantías que desde el constitucionalismo social de posguerra se viene propugnando.

Ahora bien, dichas garantías se han de emplear con el fin de poner límite al poder publico y a eventuales afecciones que los particulares provoquen frente a derechos de sus semejantes, además, estas garantías han de requerir de su incorporación al texto constitucional y a los diferentes tratados y convenios internacionales que versen sobre derechos humanos, de ahí que incluidos en una Constitución se han convertir en al base o fundamento dogmático del sistema jurídico y político del Estado, pero recordemos que la Constitución no es el fundamento de unidad y validez de aquel sistema únicamente porque reconoce derechos, sino por también plantea un régimen de separación de poderes, genera un modelo económico aplicable a la realidad social, y plantea un marco amplio de garantías a ser tramitadas a través de un sistema procesal en jurisdicción constitucional, por lo que, la Constitución entendida como un todo integral que recoge los contenido antes mencionados, es precisamente el fundamento de validez, orden y unidad del sistema jurídico y político.

Finalmente, luego del análisis y contraste del constitucionalismo contemporáneo con el movimiento constitucionalista clásico y social, únicamente cabe señalar que, históricamente, los postulados y principios planteados por esta corriente se han fundado en una base netamente doctrinaria y concomitante a ello, han surgido como una reacción a los atropellos que los gobernantes y los sistemas políticos han ejercido sobre los derechos de los ciudadanos; de ahí que en el aspecto material los ideales del constitucionalismo nunca han sido aplicados a raja tabla, en especial en los Estado latinoamericanos en los cuales la falta de institucionalidad del sistema, y las abundantes crisis políticas (dictaduras, golpes de Estado, gobiernos interinos, entre otros) y la pobre cultura jurídica y política, han obstaculizado la aplicación eficaz de dichos principios; por ello, es que concuerdo con Claudia Escobar cuando menciona que *este paradigma es hasta ahora un modelo teó-*

rico, pues en la realidad concreta y efectiva...poco ha podido orientar la dinámica política y económica, y no ha logrado satisfacer las exigencias de los derechos fundamentales de las personas: desigualdad, miseria y arbitrariedad por parte de los poderes económicos y políticos dominantes, constituyen un lugar común en la región.

Por ello es que, ni el anterior constitucionalismo, ni el "neconstitucionalismo" constituyen una solución definitiva para el problema de institucionalidad y cultura política y jurídica que sufren la mayoría de países de América Latina, pues un movimiento doctrinario es insuficiente e incapaz de cambiar la voluntad política y la costumbre jurídica de quienes ejercen el poder, así como tampoco puede influir de manera directa sobre quienes, como gobernados, están en al obligación de acatar las decisiones de sus representantes.

III. Corte Constitucional en eterno período de transición

En párrafos anteriores quedó sentado que el origen de nuestro sistema de control de la constitucionalidad se encuentra en 1851, cuando en el texto constitucional de aquella época se encargaba al Consejo de Estado del control de legalidad y de constitucionalidad; no obstante, la decisión última respecto a inconstitucionalidad de normas, estaba en manos del Congreso Nacional, dicho sistema se mantuvo con altibajos en las Constituciones venideras.

En 1945 se crea en nuestro país el Tribunal de Garantías Constitucionales, basado en el modelo español de 1931, mismo que lidiaría con el Consejo de Estado y posteriormente con la Corte Suprema de Justicia, y en general, con el Parlamento, puesto que, dependiendo del objetivo político, se le otorgaba o se le retiraba sus competencias y facultades; de esta manera, nuestro sistema de justicia constitucional alcanza un nivel óptimo, al menos de manera formal, en los años 1995 y 1996, lo que permitiría que, en la Carta Magna de 1998 se establezca el Tribunal Constitucional, con amplias funciones respecto del Consejo de Estado y del ex Tribunal de Garantías Constitucionales, es bajo este esquema que el Ecuador se venía desarrollando hasta la Constitución de Montecristi del año 2008.

La Norma Suprema que nos rige en la actualidad, crea y reconoce a la Corte Constitucional como el órgano máximo de interpretación, control constitucional y de administración de justicia en esta materia, por lo tanto, es evidente que se convierte en el absoluto guardián del texto constitucional, de lo que se puede colegir que el constituyente de Montecristi, tuvo la intención de instaurar un modelo concentrado, permitiendo que exista un solo organismo dentro del Estado que se encargue de hacer control constitucional, situación que no es novedad en el Ecuador, pues, desde 1998 ya se implementó este sistema con el ex Tribunal Constitucional, que resolvía en última instancia las cuestiones de inconstitucionalidad de normas y actos administrativos no judiciales, entre otros procesos de constitucionales previstos en el texto constitucional y en la ley de la materia; de esta manera, la novedad que trajo la Carta del 2008 es que realizó un cambio de denominación de Tribunal a Corte Constitucional, y reforzó las atribuciones y competencias respecto al Tribunal de 1998.

Autoproclamación, de Tribunal a Corte Constitucional en transición

En el desarrollo de este sub acápite, se pretende realizar un análisis sobre la transformación del extinto Tribunal Constitucional a Corte Constitucional transitoria, y para ello, es menester formular los siguientes cuestionamientos que servirán de guía para esbozar un criterio prudente respecto al tema en estudio, así, lo primero a solucionar es la cuestión sobre ¿Cómo debe conformarse la Corte Constitucional según la Constitución?, y posteriormente se podrá evidenciar si existe vacío normativo en el Régimen de Transición incorporado a ella.

El artículo 432 de la Constitución señala que la Corte Constitucional está conformada por 9 miembros, así, más adelante en el artículo 434 ibídem, se menciona que los integrantes de la citada Corte serán designados por una comisión calificadora compuesta por dos representantes de las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, las ternas de candidatos serán propuestas por las funciones de poder que integran la comisión calificadora, de esta manera es como bajo una concepción general, la Constitución regula la conformación de la Corte Constitucional.

Al ser el texto constitucional, una norma de carácter general y abstracto, delega varias atribuciones a las leyes infraconstitucionales, en este caso, el artículo.

Por otro lado, el Régimen de Transición, que constituye un conjunto de normas temporales y que no forman parte del texto constitucional, sino que son incorporadas al mismo con el objetivo de regular el funcionamiento de las instituciones públicas, hasta que se apliquen totalmente las disposiciones constitucionales y los procedimientos en ella establecidos para regular el ejercicio del poder público en el Estado. Como parte de las normas del Régimen de Transición, el artículo 25 establece la manera en que se ha de regir la Corte Constitucional en le período de transición, por lo que una vez constituidas las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, se debía designar la comisión calificadora que nombraría a la primera Corte Constitucional. Recordemos entonces como se conformaron las tres funciones de poder que integran la comisión calificadora de designación de la Corte Constitucional.

Comencemos este breve análisis con la función Legislativa, encarnada por mandato constitucional, en la Asamblea Nacional; no obstante, el artículo 17 del Régimen de Transición prevé la creación de una Comisión Legislativa y de Fiscalización, misma que debía ser posesionada a los 5 días de proclamados los resultados del referendo aprobatorio de la Constitución, y que, cumpliría las labores de una Asamblea Nacional hasta que esta última sea posesionada en elecciones populares, hecho que se dio el 14 de junio del 2009.

Ahora bien, cabe señalar que dicha Comisión de Legislación y Fiscalización, no era la llamada a conformar la comisión calificadora de la Corte Constitucional, sino precisamente la Asamblea Nacional que fue electa por voto popular en junio del 2009, y posesionada el 31 de julio del 2009, de ahí que el Consejo Nacional Electoral vulneró lo previsto en el artículo 123 de la Constitución, pues el Legislativo debió entrar en funciones el 14 de mayo del año de su elección; no obstante, constitucionalmente estaría facultado para nombrar los dos representantes para tal comisión, la pregunta que cabe es ¿por qué no lo ha hecho aún luego de casi tres años de vigencia de la Constitución y de dos años de gestión legislativa?

La función Ejecutiva, debía sufrir similar transición, es decir, esperar a que la Asamblea Constituyente posesione al Consejo Nacional Electoral Transitorio, para que este a su vez convoque a elecciones populares en las cuales se elija al Presidente y Vicepresidente de la República, esta convocatoria debió hacerse 30 días después de su posesión; no obstante, la función Ejecutiva fue de igual manera en junio del 2009, fecha desde la cual no ha propuesto sus dos representantes a la comisión calificadora, tal vez no esta en el programa político del gobierno ecuatoriano, nombrar estos dos funcionarios, ni mucho menos, respetar la institucionalidad y las normas constitucionales pese a la posesión del actual mandatario el 10 de Agosto del 2009.

Por último, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, organismo rector de la Función de Transparencia y Control Social, fue posesionado por la Comisión de Legislación y Fiscalización, todo ello dentro del período de transición, por lo que luego del cumplimiento del proceso establecido en la Constitución y en el Régimen de Transición, y luego de que fuere posesionada la Asamblea Nacional definitiva, el 18 de marzo de 2010, el Presidente de la Asamblea Nacional posesionó a los Consejeros y Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

De todo lo anteriormente señalado se concluye que, desde el 18 de marzo del 2010, se encuentran ya en funciones los tres poderes públicos llamados a nombrar a sus representantes para conformar la comisión calificadora que nombre a la Corte Constitucional; sin embargo, este mandato constitucional previsto en el artículo 433, no se ha cumplido.

Con el advenimiento del texto constitucional del 2008, la Corte Constitucional reemplazó formalmente al entonces Tribunal Constitucional; sin embargo de lo manifestado, el Régimen de Transición, en su artículo 27, no establece cuál será el órgano de control y jurisdicción constitucional; qué atribuciones ejerce dicho órgano; cómo regula los procedimientos para aplicar las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos y demás acciones de constitucionalidad; y finalmente, cómo deben tramitarse los procesos que se encuentran pendientes de resolución, bajo el imperio de las normas de la Constitución de 1998.

Por lo anteriormente expuesto, se puede colegir que, el Régimen de Transición no incluyó en su contenido, las normas pertinentes en las cuales se regulen lo temas enunciados en el párrafo anterior, es decir, se generó un

vacío jurídico, puesto que, el Tribunal Constitucional había dejado de existir en virtud de la aprobación de la nueva Constitución, por lo que este cuerpo colegiado, no podía ejercer las atribuciones que le pertenecen a la Corte Constitucional, sino que, únicamente sus ex vocales, por disposición jurídica expresa del Régimen de Transición, prorrogaban sus funciones hasta ser legalmente sustituidos por quienes deberían ya haber integrado la primera Corte Constitucional definitiva, de esta manera es como mediante Resolución Administrativa 001 del lunes 20 de octubre del 2008, en la cual, mediante ejercicio de interpretación constitucional, los ex vocales del Tribunal Constitucional, se autoproclamaron magistrados de la Corte Constitucional, misma que se apellidó para el período de transición.

En la citada resolución, quienes se autonombraron magistrados constitucionales y se convirtieron en Corte para la transición, hicieron uso del mecanismo de interpretación constitucional argumentando que *lo establecido en el artículo 27 del Régimen de Transición, debe entenderse en el sentido de que mientras sea designada la primera Corte Constitucional, la jurisdicción constitucional será ejercida por los integrantes del Tribunal Constitucional, que se constituyen en Corte Constitucional.*

Respecto al ejercicio de competencias y atribuciones que esta Corte de transición iba a asumir, los nueve magistrados señalaron que, *los mismos principios de eficacia directa e inmediata de la Constitución determinan que el órgano encargado de la interpretación, control y administración de justicia constitucionales debe asumir, desde la publicación de la Constitución, el ejercicio de todas las atribuciones y competencias determinadas en la Constitución y demás normas secundarias.*

Asimismo establecieron que, *la aplicación inmediata de las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos y demás acciones constitucionales, genera la necesidad de que sea la propia Corte Constitucional la que regule los procedimientos para el trámite de dichas garantías y acciones constitucionales de forma temporal, hasta que se expida la nueva Ley de Control Constitucional, lo que según la Primera Disposición Transitoria de la Constitución, deberá ocurrir dentro de los trescientos sesenta días luego de la publicación de la Constitución.*

Luego, los magistrados señalaron que, *los procesos constitucionales que se encuentran pendientes de despacho, tanto en los juzgados de instan-*

cia, como en el Tribunal Constitucional, deberán sustanciarse y concluir, de conformidad con dicha Constitución, la Ley de Control Constitucional, el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional y demás normativa secundaria que se venía aplicando.

Sin embargo, la aludida resolución administrativa carece de un vicio, y es que los ex vocales del Tribunal Constitucional no eran competentes para interpretar una Constitución en la cual ya no tenían facultades toda vez que el organismo al cual pertenecían había dejado de existir, mucho menos hacer interpretación constitucional mediante resolución administrativa; no obstante, el vacío jurídico en este aspecto lo debemos al constituyente de Montecristi.

IV. ¿Actuación errónea de una Corte Inconstitucional? Breve análisis del caso 0005-10-IO

La Corte Constitucional para el período de transición ha emitido, dentro de su accionar, varios fallos (dictámenes y sentencias) abiertamente inconstitucionales; así por ejemplo ha resuelto favorablemente acciones extraordinarias de protección que impugnan decisiones judiciales anteriores a la Constitución de 2008, ha aceptado asimismo impugnaciones contra fallos del Tribunal Contencioso Electoral, situación prohibida por la LOGJCC; ha dado paso a una consulta popular que por demás pecaba de inconstitucional; recientemente aprobó el Tratado de la Convemar, pisoteando el Convenio de 1952 entre Perú, Chile y Ecuador, violando la soberanía nacional y cediendo territorio, inobservando normativa internacional vigente; ha legislado mediante sentencias de acción pública de inconstitucionalidad, ha hecho control constitucional respecto de estados de excepción que no han limitado o suspendido el ejercicio de los derechos previstos exclusivamente en el texto constitucional, entre otras decisiones que han convertido a nuestra Corte en Transición, en un ente político, desordenado, contradictorio, y lo que es más grave, inconstitucional. No obstante, centro este breve análisis en el único caso de acción de inconstitucionalidad por omisión que la Corte ha resuelto desde el 2008 hasta la actualidad, tomando en cuenta el posible precedente que, a mi criterio, se desarrolló en dicha decisión.

El caso 0005-10-IO que mediante sentencia N.° 001-11-SIO-CC fue resuelto por la Corte Constitucional, fue presentado por Johnny Ricardo Firmat Chang, con fecha 10 de noviembre del 2010, en contra de la Asamblea Nacional y el Ejecutivo, al incurrir en la omisión de desarrollar el precepto constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inciso primero, y numeral 3 del inciso segundo de la Constitución de la República, que ordena que el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días a partir de vigente el texto constitucional aprobará la "Ley electoral" y, en trescientos sesenta días aprobará la "Ley que regule la participación ciudadana".

Para Gomes Canotilho, la inconstitucionalidad por omisión legislativa es: *"el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos"*[2].

Problemas jurídicos generados por el fallo

a) Es la Corte Constitucional un colegislador? El artículo 429 de la Constitución, es la norma que define a la Corte Constitucional como el órgano único, garante y protector de la Norma Suprema y administrador de justicia en materia constitucional.[3]

La teoría clásica de la división de los poderes planteada por Montesquieu en el siglo XVII, y que sería la base para el desarrollo del constitucionalismo clásico, permite evidenciar que la naturaleza legislativa histórica y constitucionalmente ha sido atribuida únicamente al Poder Legislativo del Estado.

Si nos apegamos *in strictu sensu* a lo mencionado con anterioridad, podríamos concluir que la Corte Constitucional, no posee potestad legislativa, por la naturaleza de dicha potestad, y por la naturaleza del organismo constitucional (guardián de la Constitución); sin embargo, si se analiza el texto constitucional y las normas infraconstitucionales vigentes como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se puede evidenciar que hay un caso excepcional, que le inviste de naturaleza legisla-

2. José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 4ta edición, Livraria Almedina, Coimbra, p. 829.
3. **Art. 429.-** La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

dora al órgano constitucional, y es precisamente el caso de inconstitucionalidad por omisión, todo ello, si tomamos en cuenta lo mencionado por el artículo 436 numeral 10[4] de la Constitución, y los artículos 128 y 129 de la LOGJCC.[5]

La doctrina constitucional argentina, ha pretendido dar solución a este serio problema al mencionar que la potestad legislativa que tiene el juez constitucional no es permanente ni absoluta (como lo es la del legislador), sino que al contrario, es temporal y se aplica en ciertos casos y respecto a entes estatales específicos.

Por lo dicho, creo que la facultad legislativa que se la da a la Corte Constitucional constituye un serio problema, pues desnaturaliza sus funciones y su razón de ser, pues la legislación le corresponde al Parlamento; no obstante, el constituyente tuvo la intención de limitar dicha potestad cuando en el numeral 10 del artículo 436 del texto constitucional, señala que la Corte Constitucional, solo si el órgano obligado a cumplir con el precepto consti-

4. **Art. 436.-** La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:
10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

5. **Art. 128.-** El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.
Art. 129.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:
1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.
2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.
El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

tucional no lo hiciere luego del plazo otorgado por la Corte misma, es esta quien expide la norma de manera provisional, por tanto su actuación es residual y temporal, y ello empata con la omisión absoluta establecida en el numeral 1 del artículo 129 de la LOGJCC, pero no así con la omisión relativa establecida en el numeral 2 ibídem, situación que se pasa a analizar a continuación. Sin embargo, nuestra Corte Constitucional ha confundido las figuras de la inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad por omisión, esencialmente en el caso "ley de minería" en el cual, en resolución de acción pública de inconstitucionalidad, la Corte creó una serie de reglas y mecanismos de consulta previa a los pueblos y nacionalidades ecuatorianas, hecho que desnaturalizó la esencia de la acción de inconstitucionalidad que busca que la Corte aclare o no si una norma infraconstitucional es contraria o compatible con la Ley Fundamental.

b) Naturaleza de la omisión relativa: Inconstitucionalidad pura y simple? La LOGJCC, ha previsto la omisión relativa en el numeral 2 del artículo 129, y esta procede cuando existiendo normativa expedida, en esta se han omitido o excluido determinados elementos que son constitucionalmente relevantes, dándole la facultad a la Corte Constitucional de subsanar dichos vacíos legales, mediante expedición de sentencias de constitucionalidad condicionada, es decir, aquellas en las cuales la Corte ha de fijar los parámetros y límites interpretativos de lo que en dicha sentencia ha resuelto, en este caso, de las normas legales que se dicten.

De lo señalado surgen algunas dudas, que se deben dilucidar:

1.- Al existir normativa legal expedida, pero con ciertas inobservancias a determinadas normas constitucionales que hacen que inexistan en la norma determinados elementos constitucionalmente relevantes, no estamos frente a una omisión relativa, sino frente a una inconstitucionalidad sea por el fondo o por la forma, situación que cuestiona la naturaleza jurídica de la omisión relativa, puesto que sí se ha cumplido con el precepto constitucional; no obstante, se ha incurrido en la inobservancia de ciertos elementos constitucionalmente relevantes, que hacen a la normativa legal, inconstitucional, por tanto creo innecesaria la omisión relativa, pues para subsanar este vicio existe la demanda de inconstitucionalidad.

2.- El determinar cuáles son los elementos constitucionalmente relevantes que faltan en la norma legal expedida, se infiere, ha de ser tarea de la

Corte Constitucional, ya que la norma legal aplicable al caso no menciona quien determina dichos elementos; sin embargo, al ser la Corte Constitucional quien subsane la norma, se entiende que es ésta quien determina dichos parámetros, siempre con atención a lo normado en la Constitución.

3.- Al parecer, en caso de omisiones relativas, lo normado por la Corte Constitucional en sentencia, quedará vigente de manera definitiva en el orden jurídico ecuatoriano, situación que se desprende la lectura del numeral 2 del artículo 129 de la LOGJCC, que nada dice respecto a la vigencia de lo normado por la Corte. Esta situación convierte automáticamente a dicho organismo en un legislador puro, despojando de sus facultadles a la Asamblea Nacional, violando así los artículo 120 numeral 6[6] y 436 numeral 10 de la Constitución.

c) Posible precedente: La fuga del legislador a la inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional, dentro del caso N.° 0019-09-IC, publicado en el Registro Oficial N.° 159 del 26 de febrero del 2010, expidió la sentencia interpretativa N.° 0001-09-SIC-CC, por medio de la cual, en la parte resolutiva se dispone *"(...) 2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar las leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana"*.

Sin embargo, de la lectura del artículo 436 numeral 10 de la Constitución, la inconstitucionalidad por omisión alcanza a todas las instituciones del Estado o autoridades públicas, que por omisión inobserven preceptos constitucionales dentro de un plazo determinado, lo que a primera vista dilucida el cuestionamiento arguyendo que, incurren en omisión todos los entes del podre público que por mandato constitucional, tengan que desarrollar determinada situación en un tiempo establecido por la Constitución misma, o por la Corte Constitucional cuando la demanda ya se ha incoado (lo

6. **Art. 120.-** La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:
6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

que permite establecer una reincidencia omitiva por parte del ente estatal obligado).

No obstante, como ha concluido la Corte en el caso en cuestión, la naturaleza legislativa es una característica inherente a la Asamblea Nacional, por lo tanto jamás se extingue, y tampoco puede estar sujeta a plazos, situación que no fue observada por el constituyente al redactar la Ley Suprema, es decir que nuestra Corte Constitucional, haciendo uso del mecanismo de interpretación constitucional ha hecho hablar al texto fundamental, situaciones que no se prevén en su texto, mucho más si se toma en cuenta que el primer método de interpretación que prevé el artículo 427 es el de entender el tenor literal de las normas, aplicadas en su contexto integral, y en caso de duda, aplicar el sentido que más favorezca a los derechos y a la voluntad del constituyente.

Esto permite entender entonces que el órgano legislativo, escapa a la inconstitucionalidad por omisión, es decir, no está sujeto a control por parte de la Corte Constitucional, por tanto, aunque la Asamblea haya expedido la normativa legal de manera extemporánea, es su| propia naturaleza la que no permite extinguir su facultad legislativa, lo que obviamente pone de manifiesto una especie de fuga al control constitucional a que hubiere lugar por omisiones eventuales en que la Legislatura incurra, mucho más a partir de la expedición de la sentencia en análisis que en este sentido estaría creando un precedente constitucional a ser tomado en cuenta.

De ello se colige que, la LOGJCC y la Ley Orgánica de la Función Legislativa deberían ser reformadas, la primera en el sentido de establecer a entes estatales alcanza la inconstitucionalidad por omisión, y la segunda estableciendo expresamente que, la Función Legislativa queda exenta de demandas de inconstitucionalidad por omisión, situación que sugiere a la vez una enmienda constitucional al Capítulo II, sección primera de la Constitución, y una reforma parcial al numeral 10 del artículo 436 ibídem.

d) Contradicciones en el fallo: En la decisión, la Corte Constitucional adopta dos medidas totalmente contradictorias entre sí; pues en primer lugar, niega la acción planteada por no existir omisión tanto absoluta como relativa, y en segundo lugar, como medida cautelar, dispone la suspensión de los procesos de revocatorias de mandato hasta que el legislador regule los procedimientos para el ejercicio de este derecho político; olvidando que el texto

constitucional en los artículos 105 y 106 ya estableció un procedimiento para ello, es decir, ¿puede no haber omisión relativa cuando el juez constitucional dispone en sentencia que el legislador regule dichas omisiones?, ¿puede la Corte Constitucional ordenar la regulación del ejercicio de derechos fundamentales como los derechos de participación política? por último, ¿ puede la Corte Constitucional inobservar los procedimientos previstos en la Constitución para el ejercicio de este tipo de derechos?

Todas estas son preguntas que nos planteamos quienes, como curiosos del Derecho Constitucional, leemos los fallos que nuestra Corte emite y que evidentemente deslegitiman y desgastan la Constitución; sin embargo ¿qué podemos esperar de una Corte que en el origen surgió de manera inconstitucional, y que en su actuación judicial se ha dedicado a soslayar el Código Político?

Bibliografía y Normas jurídicas

Ávila Santamaría, Ramiro, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito, 2008.

Borja Cevallos, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, Tomo II, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1971.

Burdeau, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, Tomo IV, Tercera edición, Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, París, 1984.

Escobar, Claudia, *Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional en Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito, 2008.

Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.

Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Direito Constitucional,* 4ta edición, Livraria Almedina, Coimbra.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* Decimotercera edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrátrico*, Primera edición, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Porras Velasco, Angélica; Romero Larco, Johanna, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008-diciembre 2010*, Primera edición, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana,* Primera edición, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, 2004.

Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional,* Tercera edición, Ediciones Legales, Quito.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad de Textos, Madrid, 1992.

Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de Derecho Constitucional,* Segunda edición, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional, Quito, 2006.

Constitución de la República del Ecuador

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Resolución administrativa 001 de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE ESTADO DE EXCEPCIÓN: UNA REFERENCIA A LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA FUNCIÓN JUDICIAL[1]

Gabriel SANTELICES[2]

I. Introducción

El estado de excepción es un régimen extraordinario que sirve para superar una situación que ponga en peligro al Estado o sus ciudadanos y que no se puede superar con las herramientas ordinarias que tiene la administración pública. Dentro del estado de excepción se permite al Gobierno no sujetarse a los parámetros para la administración de la nación que se fijaron en la Constitución, por ejemplo se permite restringir ciertos derechos reconocidos en la Carta Magna, movilizar a las fuerzas armadas, entre otros para de este modo solventar la crisis por la que está pasando el país.

Una de las teorías que sustentan el estado de excepción es la doctrina de la Seguridad Nacional[3]. Esta doctrina dice que un Estado es seguro cuando el ejercicio de su poder público no puede ser cuestionado ni por dentro ni por fuera del territorio[4]. Un Estado sólo puede ser seguro cuando puede pro-

1 Seleccionado como mejor artículo de la clase de Control Constitucional, cátedra impartida por el Ab. Salim Zaidán en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador.

2. Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

3. Promovida por el Gobierno estadounidense. En nuestro país ya no se sigue esta teoría.

4. Montealegre citado en Los Estados De Excepción Y Los Derechos Humanos En América Latina De Zovatto G., Daniel, Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina, libro digital disponible en: http://www.bibliojuridica.org acceso en:22/09/2011

teger sus tres elementos constitutivos estos son territorio (integridad), población (inviolabilidad de los derechos humanos) y gobierno (estabilidad), cuando uno de estos elementos se ve alterado, esto desestabiliza a los otros y se genera un estado de crisis[5]. El concepto de Seguridad Nacional quiere decir que el Estado puede adoptar medidas especiales para fortalecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales mediante la defensa del régimen democrático, el estado de excepción tiende a reafirmar la democracia y por lo tanto el goce de los derechos.

Esta institución nació en Roma, específicamente durante la República, se creó un régimen especial con un límite temporal para que las autoridades públicas pudiesen superar las situaciones de peligro derivados por sublevaciones internas o de guerra exterior. Se llamó a este régimen "Dictadura Comisarial", en donde se designaba a un cónsul por solicitud del Senado. El principio de temporalidad ya se usaba desde ese entonces, la duración de este funcionario era de un periodo de seis meses, pero si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo ya que si no lo hacía se convertía en un Tirano.

Durante la Edad Media y el Renacimiento también existía esta figura de un dictador para solventar una emergencia, era llamado Jura Dominationes e intervenía durante la guerra y la insurrección con el fin de precautelar la existencia estatal y de la tranquilidad social.

En la siguiente etapa de la historia, en las monarquías absolutistas, estos regímenes extraordinarios de gobierno no se utilizaron porque los reyes al tener poder total no necesitaban más que decir una palabra para suprimir insurrecciones y establecer medidas de emergencia en caso de guerra o necesidad. Con el surgimiento del constitucionalismo clásico se hace un cambio radical en la forma de gobierno y se rechaza todo lo anterior. Los Estados estaban entonces en la necesidad de crear métodos para solventar situaciones de emergencia, por ello introdujeron el concepto de los estados de emergencia o de excepción, aunque rústicas al principio, se desarrollaron en sus legislaciones.

La Ley Marcial inglesa fue aprobada por el Congreso en 1714 y usada por primera vez en 1715, conocida como "Riot Act", cambió la manera en la

5. Ibidem.

cual la administración actuaba, en sistemas constitucionales, en situaciones de emergencia para no violentar derechos que la misma Constitución estaba reconociendo. Esta suspendía el Hábeas Corpus y otros Derechos Humanos, exoneraba de responsabilidad a los agentes del Estado por daños personales y materiales, inclusive por muertes violentas de civiles. En esta ley se impuso el principio de proporcionalidad, en donde se tomaba en cuenta la fuerza empleada y la situación de emergencia[6]. En Francia se creó La Patria en Peligro o la "Patrie en Danger", que es un acto normativo adoptado por la Asamblea Nacional Francesa el 11 de julio de 1792, tiene su origen en situaciones de emergencia externa, en casos de invasión extranjera del territorio, pero que se aplica también en casos de emergencia interna y tiene efectos en todo el territorio nacional.

En nuestro sistema el estado de excepción está regulado por la propia Constitución de la República dentro de sus artículos 164, 165 y 166, en ellos se establece las causales y procedimientos para su declaración, los principios por los cuales se debería regir, cuando deberá terminar y los órganos de control que emitirán su dictamen sobre el decreto.

En nuestro caso la Asamblea Nacional hace el control político, la Corte Constitucional realiza el control constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control convencional.

El estado de excepción es un régimen extraordinario y por lo tanto se aplica en situaciones que no se pueden solucionar por los métodos ordinarios, pero en este país, y especialmente en este gobierno, se ha usado como un método para evadir los procesos regulares y por temas meramente económicos en los que el ejecutivo utiliza este régimen para facilitar la ejecución de sus objetivos.

II. Fines y principios aplicables a los estados de excepción

Los estados de excepción pueden ser catalogados como un mal necesario porque son un régimen que le da la administración facultades extraordi-

6. El fin de esta ley fue la de ser leída en público con el fin de frenar una revuelta, de no ser detenida en una hora se facultaba a las autoridades para ejercer todas las medidas enunciadas.

narias[7]. Según Luis Carlos Alzate Ríos la fundamentación del estado de excepción fue una adaptación de normas del derecho penal al derecho constitucional, se usaron las nociones de estado de necesidad y la legítima defensa, entendido el primero como la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente y el segundo como la reacción ante una agresión injusta con iguales características de actualidad o inminencia, entonces se aplicaron estas nociones para la protección del Estado.

El fin último del estado de excepción es proteger a la persona y permitir la convivencia pacífica y ordenada de la sociedad. Los límites del estado de excepción son los que se han pactado en las diferentes constituciones además de los límites que se imponen en los estados constitucionales, esto es que se respeten los derechos fundamentales de las personas, la separación de poderes.

Nuestra Constitución se rige por los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad y se debe declarar bajo las causales de agresión, conflicto armado, desastre natural, calamidad pública y conmoción interna.

Principio de necesidad

Este principio significa que la adopción del estado de excepción por el gobierno sea la única manera de solventar la crisis por la que está pasando el país. Esto deja ver que no se puede resolver la crisis mediante los procedimientos regulares para este fin.

Por ejemplo en caso de un desastre natural que ocasione graves daños materiales y existan desaparecidos, la respuesta del Gobierno debe ser oportuna y rápida por lo que debe movilizar los la fuerza militar y destinar recursos para la compra de medicinas y el tratamiento en general de los heridos, la búsqueda de los desaparecidos y la reconstrucción de sus viviendas. De seguirse los procedimientos regulares la respuesta no sería rápida y as vidas de las personas correrían grave peligro.

7. Dávalos, Daniela, Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Quito, 2008.

Principio de proporcionalidad

Significa que debe existir una equidad entre las medidas tomadas y la crisis que ocasionó la conmoción. En ningún caso las medidas pueden ser más lesivas para los derechos y la convivencia que las causas que intenta afrontar mediante el estado de excepción. La proporcionalidad en el derecho constitucional, responde especialmente a "la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa".

Según Javier Granja, son dos los elementos esenciales necesarios para entender el principio de proporcionalidad:

1. La libertad se perpetúa en la sociedad civil. El ser humano debe gozar de libertad plena para pensar, para proyectarse individual o colectivamente.
2. El Estado está facultado por el pacto civil para intervenir y restringir libertades, única y exclusivamente, en casos excepcionales.

La decisión valorativa que se debe hacer para realizar una correcta decisión sobre el método para restringir los derechos mediante un estado de excepción, no debe ser arbitraria; sino que debe seguir un complejo procedimiento de valoración. Se puede poner por ejemplo la ponderación que se realiza del derecho a la vida y el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, en un caso de conflicto armado interno es totalmente aceptable que se intercepte el correo de ciertas personas sospechosas porque mediante esas comunicaciones pueden estar tramando atentados que pueden poner en riesgo la vida de las personas.

Para ello se debe tomar en cuanta cuáles son los derechos que ameritan su suspensión debido a la emergencia y cómo se debe hacer para que la imposición de la restricción no atente el núcleo del derecho sino que al restringirlo, no reprimirlo, ayude a protegerlo y proteger otros derechos de la persona.

Principio de legalidad

La declaratoria de estado de excepción debe cumplir con los requisitos para su declaratoria que establece la constitución estos son agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad

pública o desastre natural; la declaración deberá hacerse por decreto ejecutivo y deberá contener la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el período de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan dentro de las 48 horas siguientes a la firma del decreto.

Según nuestra legislación tres son los órganos a los cuales se les debe informar para que realicen el control debido, la Asamblea Legislativa, a la Corte Constitucional y la corte interamericana de Derechos Humanos.

Principio de temporalidad

Toda medida de excepción debe tener una duración limitada según las exigencias de la situación que se quiere afrontar, como manda el art. 166 de la Carta Magna se deberá respetar el tiempo fijado para su duración que es de 60 días y puede ser renovado, si las causas de declaratoria subsisten, por 30 días más.

De no respetar este principio las normas de estado de excepción serían una cláusula de escape para alterar el régimen establecido de derechos humanos[8].

Principio de territorialidad

El estado de excepción puede ser declarado en todo o en parte del territorio de la nación, la declaratoria debe tener en dónde se regirá el régimen excepcional. Por ejemplo en un desastre natural es lógico que se declare el estado de excepción en el territorio que se vio afectado por el desastre natural pero ningún otro territorio más porque se estaría aprovechando de la situación.

En el último decreto de excepción se lee que se declara el estado de excepción dentro de una función del Estado, esto no es algo territorial y a mi forma de ver es una mala técnica y es un error formal de la declaratoria, pero el verdadero ámbito territorial es toda la república ya que así lo dice al final del texto del decreto.

8. Zovatto G., Daniel, Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina, libro digital disponible en: http://www.bibliojuridica.org acceso en:22/09/2011.

Principio de razonabilidad

Las medidas adoptadas deben guardar una conexión lógica y una relación de causalidad inmediata y directa. Implica también la posibilidad del control jurisdiccional y constitucional, tomando en cuenta todos los principios enunciados anteriormente. Según este principio la Corte constitucional, la Asamblea Legislativa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen facultades de control de la declaratoria y del actuar de los funcionarios durante este régimen.

III. Causales para declarar el estado de excepción

Agresión

La agresión es definida por la Asamblea General de las Naciones Unidas como el uso de fuerza armada de un Estado contra la soberanía, integridad territorial o independencia de otro Estado.

Conflicto armado

Es un enfrentamiento protagonizado por grupos disidentes o grupos que usando armas causen daños y muertes a la sociedad civil que cause desplazamientos y alarma dentro del pueblo.

Calamidad pública

La calamidad pública es una catástrofe extraordinaria que afecta a extensas zonas geográficas de un país y que exige la adopción de medidas rigurosas para contener su propagación, socorrer a los afectados y proceder a la reparación de los daños causados por la misma. Una calamidad pública puede ser una peste que requiera de medidas extraordinarias para evitar mayores daños.

Desastre natural

Son alteraciones del flujo natural de las fuerzas naturales las cuales causan daños a la comunidad. Estos daños deben ser solventados, según su

magnitud, deben ser solventados como rápidamente mediante medidas extraordinarias para evitar que los daños se propaguen y que más vidas se pierdan, para una definición precisa de lo que se considera como desastre natural[9].

Conmoción interna

Es una causal muy ambigua ya que no existe una forma de definirla con exactitud, yo creo que su definición queda a discreción del Presidente, como él califica una conmoción, aunque debe ser revisada por la Corte Constitucional, que por cierto no ha definido esta figura.

La Corte Constitucional realiza el control constitucional basándose en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta ley establece los parámetros para el control desde su artículo 119 hasta el 125. Según el art. 125 el principal objetivo de este control es garantizar el disfrute pleno de los derechos reconocidos por la constitución y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, este control será formal, material y podrá ser automático esto quiere decir que nadie tendrá que pedir su revisión, como es el caso del control político, y puede ser conocido de oficio por la Corte si el Presidente no le remite el decreto.

El control formal deberá observar, en la declaratoria, la identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca, su justificación de la declaratoria, el ámbito territorial y temporal, que los derechos que van a ser restringidos sean susceptibles de limitación. El control formal de las medidas verificará que el decreto de estado de excepción se haya ordenado mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico y que se enmarquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción.

En el control material, la Corte deberá observar que los hechos alegados en la declaratoria hayan ocurrido, que constituyan una de las causales enunciadas por la constitución en su artículo 164, que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario y finalmente que la declaratoria respete los límites tempora-

9. Ver Frederick C. Cuny, Disasters and prevention, Oxford University Press, Nueva York. 1983.

les y espaciales establecidos en la Constitución de la República. En cuanto a las medidas se observarán los principios de necesidad y proporcionalidad, que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas, que sean idóneas para enfrentar los hechos, que no se afecte el núcleo esencial de los derechos constitucionales y que no se genere un impacto mayor que las causales del estado de conmoción y finalmente que mediante el régimen adoptado no impida el normal funcionamiento del Estado.

El control político está cargo de la Asamblea Nacional, como manda la Ley Orgánica de la Función Legislativa. El decreto que declara el estado de excepción puede ser revocado por la Asamblea. Para hacerlo la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional deberá solicitar al Presidente de la Asamblea Nacional la revocatoria del decreto ejecutivo que declaró el estado de excepción, luego esta petición se debe poner a consideración del Pleno de la Asamblea Nacional, para que, en un solo debate y con mayoría absoluta se niegue la petición o revoque el decreto ejecutivo.

IV. Los estados de excepción en el Sistema de Naciones Unidas

En el Sistema de Naciones Unidas, los estados de excepción están regulados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo cuatro establece:

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación".

En este artículo se deja ver la naturaleza excepcional del estado de excepción y que su implementación haya sido por situaciones existentes que causen una desestabilización de la nación y con medidas que sean estrictamente necesarias (principio de necesidad). El artículo permite condiciona a que las medidas sean compatibles con el contenido del pacto, en ningún momento se puede tomar esta libertad que da el artículo como justificación para incumplir alguna de las obligaciones adquiridas mediante este Tratado, y que no sean discriminadoras en ningún sentido. En el numeral dos prohíbe que bajo un régimen excepcional se suspendan el derecho a la vida, a que nadie podrá ser torturado ni sometido a servidumbre o esclavitud, el derecho que tiene todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a un debido proceso en materia penal y el derecho a la libertad de conciencia y religión.

En la Observación General que hace la Asamblea de las Naciones Unidas para interpretar este artículo se dice que no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación pero establece ciertas situaciones que sí lo hacen. Durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, una catástrofe natural una manifestación en gran escala con incidentes de violencia, o un accidente industrial de grandes proporciones se permite la implementación de estados de excepción siempre que ayuden a proteger los derechos. Estas medidas tomadas deben limitarse a las circunstancias por lo tanto debe existir una relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción. La Asamblea también señala que se debe justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración

Se debe además informar a los Estados parte, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión, para que conozcan de los derechos que se están violentando, en opinión del Comité, de los derechos enunciados en el Pacto se pueden limitar, por ejemplo, el derecho a la libertad de circulación (art. 12) o la libertad de reunión (art. 21) generalmente basta en esas situaciones.

Los organismos y mecanismos de control mediante los cuales se realiza el control internacional de los estados de excepción varían en razón del país, cambian teniendo en cuenta si un país es miembro o parte del tratado.

V. El control de convencionalidad: los estados de excepción en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27, regula la suspensión de garantías como se transcribe a continuación:

"Artículo 27.-Suspensión de garantías.-

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia);

18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

El primer inciso del artículo tiene el mismo contenido y muy parecida redacción al inciso primero del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se pueden reconocer los principios de notificación, a los Estados Parte, la limitación territorial y temporal, a la no discriminación, de motivación y el de proporcionalidad[10], de intangibilidad[11], pero no dice nada del principio de proclamación, que sí lo hace el Pacto internacional.

La Convención Americana señala tres causales: la guerra, peligro público y una emergencia que ponga en peligro la seguridad o la independencia de la nación; a mi forma de ver la tercera causal estaría muy bien encuadrado dentro de la teoría de la Seguridad de la Nación y analizándola desde ese punto de vista sería muy lógica pero si se hace una interpretación textual es una causal abierta que da mucha libertad a los Estado a definir qué puede poner en peligro su vida. Lo peligroso de esta situación es nuestra realidad latinoamericana en donde los gobiernos nunca han sido la imagen de rectitud e incorruptibilidad sino que en ocasiones han jugado con la vida política, social y económica del país para la consecución de sus objetivos. Por esto las causales enunciadas en el Pacto Internacional son mucho más estrictas.

Ante las causales de "peligro nacional" y "otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado" la CIDH se vio en la obliga-

10. Al respecto la Opinión Consultiva 9 del la CIDH dice que ". Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.".
11. Respeto a los derechos fundamentales.

ción de analizarlos en su informe anual de 1985-1986 y decir que estas definiciones han sido completadas por la doctrina y la Comisión especial y que deben ser de real ocurrencia y nunca se puede aplicar un estado de excepción de manera preventiva.

En la opinión consultiva No. 8 del 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió la siguiente cuestión *"¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana?"*.

La Corte Interamericana dijo que en caso de una guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, el derecho a la libertad personal, puede transitoriamente suspenderse y que la autoridad tiene el derechos de disponer el arresto temporal de una persona fundada en que su actuar puede constituir un peligro para la independencia o la seguridad del Estado.

La Corte para definir si el hábeas corpus puede ser o no suspendido realiza una serie de consideraciones. Primero comienza por diferenciar entre obligaciones contraídas, suspensión de los derechos y derecho de suspensión, dice también que ningún Estado puede violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Lo derechos que se refieren a la integridad de la persona, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6) y el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9). Está, además, prohibida la suspensión de la libertad de conciencia y de religión (art. 12); de la protección a la familia (art. 17); del derecho al nombre (art. 18); de los derechos del niño (art. 19); del derecho a la nacionalidad (art. 20) y de los derechos políticos (art. 23), no pueden ser restringidos ni suspendidos bajo ninguna circunstancia.

El hábeas corpus, como se ha regulado en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, tutela de manera directa la integridad y la libertad personales contra detenciones ilegales y arbitrarias mediante el amparo del Juez

que puede revisar la legalidad y las condiciones de la detención, si existe tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o cualquier otra forma en la que peligre la vida o integridad de la persona.

Por lo que, al ser una garantía que protege a la persona en contra de la tortura u otras tratas denigrantes de la persona, y al ser éstas garantías que no se pueden suspender mediante un decreto de estado de excepción ni mediante ningún otro medio; la Corte considera que es de mayor importancia proteger la libertad personal de la persona que su actuar basados en su supuesta peligrosidad lo que lleva a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 además de servir para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

En la Opinión Consultiva No. 9, la Corte Interamericana realiza un análisis sobre las garantías judiciales si se pueden suspenderse y bajo las condiciones que se debe dar una suspensión. Concluye que las garantías judiciales indispensables no son susceptibles de suspensión, considerando los contenido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (que se analizó exhaustivamente en la Opinión Consultiva No. 8), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que estuviere destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

Incluye dentro de las garantías judiciales indispensables los procedimientos judiciales previstos en el derecho interno de los Estados Partes que sirven para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

VI. Los estados de excepción en el derecho comparado

Perú

En la Constitución Política del Perú de 1993 su Capítulo VII establece el denominado Régimen de Excepción, artículo 137, mediante el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por

plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. En este país existen dos regímenes que se pueden adoptar según las cusas de conmoción, estos son:

1. *Estado de emergencia:* En caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio.
   El plazo del estado de emergencia no puede exceder de 60 días, si se desea una prórroga se puede decretar de nuevo.
2. *Estado de sitio:* En caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, su duración no puede ir más allá de los 45 días. De decretarse una prórroga se requiere aprobación del Congreso.

Como en nuestro país los decretos de estado de emergencia deben hacerse mediante un Decreto Supremo, que equivale a nuestro decreto ejecutivo porque es una declaración del poder Ejecutivo, no se pueden restringir otros derechos más allá de los que permite la Constitución y siempre deben estar lo suficientemente bien motivados.

Se deben respetar los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, intangibilidad.

Chile

El sistema chileno prevé cuatro regímenes de estado de excepción:

1. *Estado de asamblea:* debe ser declarado por el Presidente con acuerdo del Congreso Nacional de Seguridad, y se utiliza cuando ocurre una guerra externa.
2. *Estado de sitio*: se declara por guerra interna y lo hace el Presidente con acuerdo del Congreso.
3. *Estado de excepción:* lo declara el Presidente con acuerdo del Congreso Nacional de Seguridad y solamente en situaciones de grave alteración del orden público y daño o peligro para la seguridad nacional.

4. *Estado de catástrofe:* la puede decretar el presidente solo y por situaciones de calamidad pública.

La constitución chilena resguarda la independencia de las funciones por lo que las medidas de privación de libertad no se pueden aplicar a los jueces ni parlamentarios.

A diferencia de nuestro sistema es pueden realizar detenciones arbitrarias y por lo tanto garantías como el hábeas corpus no surten efecto durante estos regímenes, otra diferencia es que los decretos de catástrofe y asamblea no tienen plazo sino que subsisten hasta que las condiciones que los originaron desaparezcan y los estados de sitio y emergencia tienen una duración de 90 días prorrogables.

Con relación a los derechos restringidos el régimen chileno es mucho más severo que el nuestro porque además de coincidir en los derechos que se pueden vulnerar con el estado de excepción, se puede, en el estado de asamblea, por ejemplo, se puede restringir el derecho al trabajo y a la libertad personal, en el estado de emergencia se restringe el derecho al libre tránsito por el territorio y establecer limitaciones a la propiedad.

Colombia

En Colombia según la Constitución Política De 1991 se pueden establecer tres modelos de estados de excepción.

1. *Estado de guerra exterior:* el hecho habilitante es una agresión de un Estado extranjero o viceversa. el Presidente de la República debe hacer la declaratoria apoyado con la firma de todos los ministros, previa autorización del Senado en el caso de que Colombia realice el ataque pero si la nación colombiana es la amenazada lo podrá declarar el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros. No se señala límite expreso en cuanto al ejercicio de las funciones legislativas por parte del Presidente y durará tanto como dure el estado de conmoción.
2. *Estado de conmoción interior:* se da por grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. Puede ser declarada en todo o parte del terri-

torio y durará noventa días prorrogables hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

3. *Estado de emergencia:* Presidente, con la firma de todos los ministros cuando existe una perturbación o amenaza en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o una grave calamidad pública y su plazo es el mismo que para el estado de conmoción interior.

Al igual que en nuestro país, el Presidente debe justificar la relación existente entre los hechos que causaron la perturbación, las razones de fondo para declararlo y las medidas legislativas tomadas para superarlo. La diferencia es que en la declaratoria de estado excepción el Presidente puede dictar decretos Legislativos que tienen igual jerarquía que la ley.

VII. Análisis del decreto de estado de excepción en la función judicial

Según Nicole Questiaux, quien se desempeñó como Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre estados de excepción, su declaratoria se desvía cuando se alteran las instituciones de Estado y cuando se da una regresión del principio de legalidad.

Las más comunes son el uso de la fuerza y que el Ejecutivo maneje la justicia. El uso de la fuerza se da cuando se dispone de la fuerza pública para que realice toques de queda, arrestos y en general que tengan un control coactivo de la sociedad civil; en cuanto a la justicia en América se han utilizado los tribunales militares para juzgar a civiles, en las dictaduras militares era muy común esta práctica, dentro de estos procesos se violentaba el derecho a un juez imparcial y a una debida defensa del imputado ya que los juicios era una forma de imponer la condena que ya estaba decidida de una manera que parecería más legal.

Como ya lo mencionamos, los estados de excepción en este país no se han usado para una verdadera protección de los derechos humanos y preservación del régimen democrático.

Nuestro ordenamiento sólo permite el uso de los estados de excepción cuando existe una verdadera situación excepcional y real, que existe, que pone en peligro la vida de la nación y no para prevenir un mal como es el caso de Colombia y Perú por ejemplo.

Los gobiernos ecuatorianos han aplicado este sistema especial en demasiadas ocasiones y en muchas de ellas no ha existido una real ocurrencia de la causal que invocan para justificar los estados excepcionales. La historia de nuestro país no ha tenido sucesos tan violentos como la de otros países de la región. Por ejemplo Colombia ha tenido una historia muy difícil debido al surgimiento del negocio de la droga, los carteles del narcotráfico en busca del poder y el control del negocio y para llegar a tenerlo han sumergido a todo el sistema en la violencia. Han establecido sistemas de extorsión y chantaje para conseguir favores, han infiltrado la policía y la política, y al enfrentarse entre carteles se han realizado muertes violentas y ataques con bombas y tiroteos en lugares públicos que siempre tuvieron daños colaterales; debido a esto el sistema penal y las políticas de control de la violencia han sido mucho más radicales y fuertes que en el Ecuador y por eso se permite que el estado de excepción se imponga como manera preventiva y que se permita que el Ejecutivo tome medidas más radicales que las permitidas por nuestra Constitución.

El estado de excepción decretado en la función judicial del 5 de septiembre de 2011, ha sido realizado con la ambigüedad que se ha hecho en muchas de las declaratorias anteriores. La causal que se invoca es la de conmoción interna que es muy abierta y además el Presidente reconoce que todavía no ha ocurrido la conmoción lo que no daría validez a la declaratoria porque al invocar una causal, por ambigua que sea está permitida, admite que no existe.

Además la supuesta conmoción es fácilmente solucionable con medidas ordinarias como el contrato de personal que se dedique únicamente a la clasificación y organización del archivo y las causas. Como se emplea los funcionarios que están contratados para hacer otras cosas para organizar las causas se les obliga a trabajar por más tiempo, atentando contra su derecho al trabajo y al tiempo libre que están reconocidos en la Constitución y no se pueden restringir en un estado de excepción.

Al obligar a que trabajen jornadas extraordinarias, los funcionarios se desgastan y no cumplen sus funciones con la misma eficiencia que lo harían normalmente además esta medida impide el normal funcionamiento de la función judicial porque el archivo no está abierto al público.

En su declaratoria no dice nada acerca de de los derechos que se irán a restringir por lo que no debería restringir ninguno pero como establecimos antes podría considerarse que restringe algunos.

Dentro de los principios reconocidos internacionalmente y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional está el de separación de poderes y con este decreto se lo quebranta porque existe temor de que sea utilizado para remover jueces, elegir más jueces temporales, entre otros.

A pesar de todas las razones anteriormente expuestas la Corte Constitucional dio dictamen de constitucionalidad favorable a este decreto de excepción. Para este órgano la causal enunciada por el Presidente en su declaratoria, grave conmoción interna, tiene su fundamento en "que es de evidente conocimiento público" que la función judicial no cuenta con sistemas informáticos apropiados que permitan generar una información sólida para una planificación estratégica universal, que al faltar procesos de modernización no se han alcanzado los resultados esperados, que la falta de tecnología ha causado que la administración de justicia no sea de forma oportuna, que no existe coordinación entre las diferentes instituciones de la función judicial y todo esto causa un represamiento de un millón doscientas mil causas. También dice que "dicha declaratoria surge como consecuencia surge como consecuencia del grave deterioro del servicio público de justicia, o cual viene generando conmoción grave en la sociedad, desestabilizando el adecuado funcionamiento del Estado ecuatoriano, crisis que redunde en la afectación del derecho de todos los habitantes del Ecuador".

Entonces nos debemos preguntar: ¿no hemos estado viviendo un estado de grave conmoción interna durante los últimos 50 años?, ¿si estos problemas han sido y son de dominio público por qué todos los ecuatorianos hemos sido tan negligentes de no resolverlo?, ¿si es un problema netamente de tecnología y de coordinación no se lo puede solventar por una vía ordinaria?

La Corte Constitucional entonces declara que la causal para decretar el estado de excepción existe y que está correctamente fundamentada porque los hechos han tenido real ocurrencia y también señala que han sido declarados con las formalidades del caso. También señala que esta "crisis" por la que pasa la nación no puede ser solucionada con las mediadas ordinarias, pero no da las razones por las cuales son necesarias sino que hace un recuento de las preguntas del referendo y consulta popular relacionadas con el Consejo de la Judicatura, además declara que las medidas tomadas son estrictamente necesarias sin decir el porqué y sólo desarrolla un párrafo de sin mucho sentido sobre este tema tan importante.

De igual manera trata mucho otros problemas jurídicos en escuetos párrafos en donde no se analiza profundamente las razones sino que se justifica de manera simple el decreto. Por ejemplo podemos citar en la página trece del dictamen acerca de la causalidad dice: "Asimismo resulta evidente que existe conexión de causalidad entre los hechos que motivan la declaratoria de estado de excepción y las medidas dictadas, para hacer frente a la situación de crisis de la función judicial; así, la Corte afirma que existe relación inmediata entre los hechos y las medidas adoptadas", esta fue la transcripción de todo el análisis de la Corte sobre este problema.

Sobre el problema más importante, la separación de poderes, la Corte dice que no existe violación a este principio porque dice que no se da "interferencia alguna, menos aún violación a su independencia" porque, dice la Corte, es facultad constitucional del Presidente declarar estados de excepción (lo que no tiene ninguna relevancia ni justifica por qué no se afecta al principio), continúa diciendo, que se ha dejado intactas las facultades de los órganos de justicia y que el Presidente no puede nombrar jueces ni mucho menos. También la Corte considera que la independencia entre funciones no significa "desconexión entre ellas, pues implicaría el inadecuado funcionamiento del Estado".

En realidad este decreto carece de validez formal y material y la Corte Constitucional debió haber resuelto de esta manera ya que ésta es la encargada de resolver estas circunstancias, pero no lo hizo de esta manera sino que le dio la razón al Ejecutivo atentando contra los principios del Estado de Derecho. Es tan atentatorio de derechos que el presidente del Colegio de Abogados del Guayas, Juan Vizueta, anunció que el gremio planteó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en rechazo al estado de excepción que decretó el gobierno a la Función Judicial.

Algo rescatable de la sentencia es el voto salvado de los jueces Hernando Morales y Alfonso Luz Yunes. Estos jueces resuelven que bajo ninguna circunstancia la situación por la que pasa la función judicial puede ser considerada como una situación que ponga en peligro a la estabilidad del Estado y por lo tanto no constituye una grave conmoción interna y que el hecho de que "pueda ocurrir" la conmoción contradice el artículo 121 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

También se considera, en el voto salvado, que bien se pudo haber superado esta supuesta crisis por medios regulares como la contratación de más jueces, el mejoramiento de infraestructura y tecnología, además de que el decretar la movilización en todo el territorio nacional de los funcionarios de la función Judicial se lo podría haber hecho mediante una resolución del Consejo de la Judicatura Transitorio sin necesidad de que se lo haga por decreto de estad excepción. Los jueces señalan, también, que los fondos para esta tarea de reestructuración pudieron haber sido entregados por el Ministerio de Finanzas.

Además, se señala en el voto salvado, que en los sesenta días que se decretaron como duración para el estado de excepción se pudo haber hecho el trámite para conseguir los recursos necesarios, hacer concurso de méritos y oposición para contratar a más jueces y hacer los concursos de licitación para la adquisición de nueva infraestructura y tecnologías necesarias para dar un correcto servicio de administración de justicia.

El voto salvado concluye con un dictamen que califica al decreto de estado de excepción como inconstitucional en su forma y contenido.

VIII. Conclusión

El estado de excepción es un régimen extraordinario y por lo tanto se aplica en situaciones que no se pueden solucionar por los métodos ordinarios, pero en este país, y especialmente en este gobierno, se ha usado como un método para evadir los procesos regulares y por temas meramente económicos en los que el ejecutivo utiliza este régimen para facilitar la ejecución de sus objetivos.

El Presidente de la República para enfrentar una situación excepcional puede decretar estado de excepción, pero para hacerlo debe cumplir con los objetivos descritos en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional La Corte Constitucional debe efectuar un control de constitucionalidad formal y material de la declaratoria y de las medidas adoptadas al ejecutarlo, apegado a derecho, que verifique que el Presidente de la República al expedir el decreto cumpla los requisitos formales del decreto señalados en el artículo 120 de la Ley, que los hechos alegados en la motivación del decreto hayan tenido real ocurrencia, que exista una causal bien sustentada, que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución.

En nuestro caso la Asamblea Nacional debe hacer un adecuado control político, la Corte Constitucional un cuidadoso control constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos un oportuno control convencional.

El Presidente de la República debe cumplir con las notificaciones a los organismos internacionales y la Corte Constitucional debe controlar la constitucionalidad del decreto, haciendo un profundo examen de la situación. Debe poner especial atención en las causales que motivan la declaratoria de estado de excepción, pues se debe recordar que la causal válida para decretar estado de excepción es la conmoción interna, no una situación que describa una "conmoción eterna" como lo señala el profesor Juan Pablo Aguilar.

Bibliografía

Constitución de la Repùblica de Ecuador.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Polìtica de Perú.

Constitución Política de Chile.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Observación general sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos. 31 de agosto del 2001.

Opinión Consultiva Oc-8/87 Del 30 de Enero de 1987, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 8 (1987), Solicitada Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva Oc-9/87 Del 6 De Octubre De 1987, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 9 (1987), Solicitada Por El Gobierno De La República Oriental del Uruguay.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

"En Ecuador plantean demanda en la Corte Interamericana por estado de excepción en la Función Judicial", disponible en: http://andes.info.ec

DÁVALOS, Daniela: "Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo", en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Quito, 2008.

GRANJA, Pedro Javier: *El principio de proporcionalidad*, disponible en: http://www.derechoecuador.com, acceso en: 15/10/11.

OCHOA, Ana María: *Sobre el estado de excepción como cotidianidad: cultura y violencia en Colombia* disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar acceso en:22/09/2011.

RÍOS, Lautaro: *Los estados de excepción constitucional en Chile*, disponible en: http://redalyc.uaemex.mx, acceso en: 20/09/11.

S.D. "¿Qué es la protección civil?", disponible en: http://www.pcivilalmendralejo.com acceso en:22/09/2011

SÁNCHEZ GIL, Rubén: *El principio de proporcionalidad*, disponible en: http://www.bibliojuridica.org, acceso en: 15/10/11

ZAMBRANO Carlos: "Los Derechos Humanos durante los Estados de Excepción", disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com acceso en:22/09/2011.

ZOVATTO G., Daniel: *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, libro digital disponible en: http://www.bibliojuridica.org acceso en:22/09/2011.

¿CRISIS DEL IUSPOSITIVISMO?: APROXIMACIONES DESDE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL PENSAMIENTO LATINOAMERICANO

Francisco PUENTE[1]

I. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución del 2008, el debate jurídico en el Ecuador se ha centrado en la reflexión acerca del advenimiento de un cambio de paradigma o nuevo paradigma constitucional denominado neo-constitucionalismo, que consiste fundamentalmente en la verificación de importantes modificaciones operadas sobre el modelo del Estado constitucional con sus implicaciones en la Teoría del Derecho (Carbonell, 2003).

Sin embargo, la mayoría de estos debates han sido reducidos a la temática de la aplicabilidad práctica de tecnicismos que podrían tener como resultado la relativización de la seguridad jurídica como baluarte del positivismo. Así, la discusión en el derecho procesal acerca del rol del juez que pasaría de garantista a activista, o la interpretación constitucional axiológica e integral vs la interpretación literal, son algunos ejemplos.

En este contexto, el análisis jurídico reduccionista, ha dejado de lado la relevancia que supone el quehacer político y el pensamiento sociológico, pese a ser un profundo dinamizador de la producción legislativa, en la medida en que la realidad social y sus relaciones jurídico-políticas informales son las gestoras, propugnadoras o detractoras empíricas de todo el bagaje técnico-formal que constituye la legislación latinoamericana, donde el derecho es el espacio en que convergen el poder y el saber; los mismos que han sido

1. Alumno de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

trasladados desde la modernidad europea hasta su aplicación colonial, primero, y al desarrollo económico[2], después, en Latinoamérica.

Frente a este panorama se hace impostergable el acercamiento crítico de la ciencia jurídica a la realidad social ecuatoriana, para cuyo análisis pretendo adoptar una perspectiva epistemológica del Sur, que consiste en el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales excluidos silenciados y marginados desde el Sur. Para ello se parte de dos premisas: a) la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo y, b) la diversidad del mundo es infinita (De Sousa Santos, 2010: 43). Con estos elementos proyectaré un acercamiento hacia el derecho y su posible emancipación en el contexto del paradigma neoconstitucional.

II. Los pilares del derecho liberal revisados

Con la consolidación de las luces de la razón europea a partir del siglo XVIII se despliega una nueva concepción de ser humano-hombre, de conocimiento y verdad, y de las relaciones hombre-naturaleza. El triunfo del positivismo sobre le iusnaturalismo conlleva la implantación de un marco homogenizador de la actividad humana direccionado a la realización de una idea de perfección basada en el constante progreso del hombre libre; en el ámbito jurídico esta doctrina supone el monopolio de la producción jurídica en manos del Estado Nación, el mismo que tiene por función la garantía del respeto a la normativa por él producida. En términos teóricos y prácticos en este momento se experimenta un paso de la producción normativa, sustentado en una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes (Ferrajoli, 2001:15), sin un monopolio fijo, que busca

2. A partir de la segunda década del siglo XX, con la Constitución de 1929, en la historia del Ecuador se inscribe una marcada tendencia del Estado a la implementación de políticas públicas direccionadas al crecimiento continuo y sostenido de la economía nacional, lo que supone ajustes legales e institucionales hechos para dar incentivos al fomento e innovación de inversiones con el propósito de crear un eficiente sistema de producción y un sistema de distribución para los bienes y los servicios; pero el crecimiento del aparato burocrático la deficiencia en el sistema educativo y el endeudamiento público dificultan esta tarea en la práctica.

la justicia relativa de acuerdo a las costumbres y necesidades de cada pueblo, a una producción normativa válida, dependiente de la forma de su producción, aunque no necesariamente justa, unificadora de la mayor cantidad de pueblos posible, que ve en el Estado el monopolio de producción legislativa, sustentado en la idea de soberanía y limitación del poder.

En esta perspectiva, el derecho es universal y válido en la medida en que guarde correspondencia con las formas de producción legislativas establecidas por el/los Estado/s, lo que hace que la ciencia jurídica deje de ser inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, explicativa de un objeto (Ferrajoli, 2001): el Derecho.

Así, los pilares del Derecho liberal son: a) Principio de legalidad; b) Igualdad formal ante la ley; y, c) el respeto y protección de los derechos individuales y civiles. Estos principios se van consolidando y perfeccionando a través del aparato institucional y creación doctrinal, cuyo punto más alto lo vamos a encontrar en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen que implanta una visión estrictamente científica del derecho con procesos de producción y sistematización autónomos e independientes de otras ciencias sociales.

Tras la II Guerra Mundial, Europa vive un proceso de constitucionalización de su sistema jurídico[3], donde las condiciones de validez de las leyes dependen no únicamente de la forma de su producción sino de su coherencia con los principios constitucionales (Ferrajoli, 2001:18).

Las reflexiones filosóficas contemporáneas han criticado esta visión moderna (liberal y constitucional) pues advierten que las categorías epistemológicas y cognoscitivas que han sustentado la reducción, que occidente ha consolidado, del derecho, en la medida en que se ha positivizado un catálogo de principios regulativos, es una interpretación idealista de la realidad (Reyes, 2002), pues se piensa a la justicia en la medida de lo que la abstracción universalista establece, mas no concede importancia teórica a la situación concreta. De ahí que la creación jurídica al ajustar la realidad a normas abstractas y previamente incorporadas desmentiría la experiencia (Benjamin, 1973) de los conflictos sociales y de las condiciones fácticas de las partes en controversia.

3. Ejemplos de este proceso son los textos fundamentales de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976), y España (1978). En ellos se subordina la legalidad a Constituciones rígidas, superiores jerárquicamente a las leyes y con normas que determinan su validez.

De igual modo, cuando el positivismo jurídico apela a la legitimidad (Norma hipotética fundamental) fundada en la soberanía de la nación, primero, y luego del Estado, está remitiéndose a valores superiores como: lo bueno o malo, justo e injusto; esto se traduce en discusiones legislativas acerca de si es justo o no establecer tasas fijas al interés de las inversiones o se debería dejar al mercado que las regule libremente, o si es bueno o malo permitir el aborto, o si es justo o no la discriminación positiva. La dificultad estriba fundamentalmente en la circunstancia de que la existencia, contenido y jerarquía de esos llamados valores superiores sólo es perceptible de una manera personal e intuitiva, dado que cada persona tiene su propia idea sobre ellos, cuya exactitud no puede demostrar a los demás observadores; enfrentamos así al relativismo axiológico (Nieto, 2007:43).

III. Fundamentos del Neoconstitucionalismo ¿Progreso o Retroceso?

Una de las críticas fundamentales en que se apoya el neoconstitucionalismo, para desarrollar su propuesta, es la tesis expuesta por Ronald Dworkin, que se centra en la demostración de que en la práctica la separación entre moral y derecho no es tan clara como pretende el positivismo, haciendo la distinción entre normas, directrices y principios; dando a estos últimos una singular importancia al momento de resolver situaciones concretas de acuerdo a sus peculiaridades, dando que constituyen mandatos de optimización sin una determinación estricta sino siempre maximalista, garantizando una resolución en justicia o en equidad (Dworkin, 2002).

El Estado Constitucional de Derecho[4] incorpora estos principios en su ordenamiento jurídico, haciéndolos el eje fundamental de la actividad del Estado, de ahí su directa e inmediata aplicación; para ello se requiere de la fijación de algunas pautas que permitan valorar la importancia relativa de

4. La distinción entre Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho, como lo analiza Ferrajoli, consiste en que en el primero, la producción jurídica está de hecho, aunque no de derecho, sometida a las libertades fundamentales, separación de poderes, etc.; mientras que en el segundo estos principios se han positivizado en Constituciones rígidas, trasladando formalmente su cumplimiento a todos los poderes públicos e instituciones, y no dejándolo a sus espontáneo respeto por parte de jueces y legisladores. Adicionalmente, el Estado Constitucional de Derecho ha incorporado Tribunales o Cortes que ejercen control jurisdiccional de constitucionalidad.

cada derecho respecto a su vulneración en cada caso, para expandir su ámbito de protección tanto como sea posible sin perder de vista la compatibilidad entre derechos (Carbonell, 2008). Para evitar la arbitrariedad de los operadores de justicia, sobre todo en los Estados latinoamericanos, el neoconstitucionalismo propone la instrumentalización de la ley de ponderación que se resume (Alexy, 2008) en tres pasos: en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Este paradigma jurídico ve en la democratización del Estado y en la centralidad de las garantías[5] su punto de reflexión. Sin embargo, ante sus postulados, ya se han expuestos críticas que la condenan a la ineficacia y distorsión del principio de legalidad, pues la fuerza socialmente integradora del Derecho no puede fundarse solamente en decisión, sino que se es fruto del pacto que el positivismo del Derecho hace con la pretensión de legitimidad (Habermas, 1998).

IV. Emancipación estructural del Derecho en el Ecuador

Las cartas supremas de nuestros días, contienen todas ellas un amplio catálogo de derechos fundamentales, pero su aplicación práctica ha dejado y sigue dejando mucho que desear. Esto dirige nuestra atención a la institucionalidad política y su concepción acerca de los principios y procedimientos utilizados en la resolución de conflictos sociales.

Ante la crisis de representación política, en la que el espacio democrático se ha visto restringido a reivindicaciones coyunturales, durante los últimos años se ha verificado un desplazamiento del núcleo de esta legitimidad democrática, que ha pasado del poder legislativo hacia el poder judicial

5. La Constitución ecuatoriana (2008), en su Título III, establece garantías: a) normativas; b) de políticas públicas; y, c) jurisdiccionales. Abarcando los tres escenarios en donde el Estado es directamente responsable de su actuación respecto a posibles afectaciones a los particulares.

(Ávila, 2008). De ahí la importancia y la expansión de las atribuciones de la Corte Constitucionalidad en cuanto a interpretación, control, jurisdicción y expedición de sentencias vinculantes.

La postulación de la centralidad de los derechos fundamentales y de las garantías políticas, normativas y jurisdiccionales en un contexto en el que el Estado declara el respeto promoción y garantía de otros sistemas jurídicos como el Derecho indígena, implica una desmonopolización de la administración de justicia en la institucionalidad del Estado, lo que da paso al concurso de ciertos principios que nacen de otras formas de entender y recrear la vida. Esto involucra la apropiación del espacio democrático y de legitimidad por parte de otros sectores de la población, en la medida en que la autonomía de actuación frente a la potestad de resolución de conflictos sociales empieza a obedecer a otros principios y procedimientos en consonancia con una realidad, durante mucho tiempo, ocultada y excluida.

A mi juicio, esta visión en la que el espectro de democratización se amplia, desmonopolizando la administración de justicia, nos introduce en un proceso de apertura a otras formas de entender y resolver los conflictos sociales, acerca el derecho a la realidad y cuestiona los valores que han regido una visión unidireccional del Derecho. Ante ello el diálogo y consenso político será el que defina la plena garantía de los derechos fundamentales y el rol dinámico del Estado, acercando el Derecho a un ideal de justicia cuya base sea el que hacer democrático

Bibliografía

ÁVILA, Luis Fernando, El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas, en: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador, 2008.

BENJAMÍN, Walter, Experiencia y Pobreza, en: Discursos Ininterrumpidos, Ed. Taurus, Madrid-España, 1973.

CARBONELL, Miguel, Nuevos tiempos para el Constitucionalismo, en: Neoconstitucionalismo(s), Ed. Trotta, S.A., Madrid-España, 2003.

CARBONELL, Miguel. El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, en: El Principio de Proporcionalidad y La Interpretación Constitucional, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador, 2008.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur, Ed. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima-Perú, 2010.

DWORKIN, Ronald, Los Derechos en serio, Ed. Ariel, Barcelona-España, 2002.

HABERMAS, Jurgen, Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Ed. Trotta, Madrid-España, 1998.

NIETO, Alejandro, Crítica de la Razón Jurídica, Ed. Trotta, Madrid-España, 2007.

REYES, Manuel, ¿Existe un espacio propio Latinoamericano?, en: América Latina: un espacio cultural en el mundo globalizado, Ed. Convenio Andrés Bello, Bogotá-Colombia, 2002.

¿PUEDE LA FE APORTAR ALGO AL DERECHO?

LA RESPUESTA DE LA TEOLOGÍA JURÍDICA

Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA[1]

I. Planteamiento del tema

Una vez más volvemos a formular aquella vieja pregunta: ¿puede la fe aportar algo al Derecho? Las respuestas dadas a lo largo de la historia han sido muy variadas, según quién las haya respondido y de qué postulados haya partido. Intervienen, pues, factores subjetivos y objetivos. Subjetivamente resulta evidente que un ateo no responderá lo mismo que un creyente. Un ateo no es "neutro": al contrario, es una persona que adhiere al credo ateo con inusitada fuerza, en reacción al creyente. Y dentro de los creyentes la posición que se adopte dependerá del credo que cada uno profese. Objetivamente la respuesta cambiará en función del ángulo desde el cuál se la afronte: histórico, científico, sociológico, etc.

Pese a la multitud de variables nadie duda en responder que sí, que la fe efectivamente ha influido en el Derecho. Esto es un hecho irrefutable. Me refiero a cualquier fe, no solo la católica. Quizá no todos estén de acuerdo en que el aporte haya sido siempre benéfico, pero que ha habido aporte, parece innegable. Basta dar una ojeada a cualquier libro de historia del Derecho, aunque sea superficial, para percatarse en seguida de que muchas instituciones, principios, normas han nacido por razones religiosas.

1. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de la Comunicación Universidad de Los Hemisferios.

La respuesta que suele darse a nuestra pregunta es de *corte histórico*: sí, la fe puede aportar algo al Derecho y, de hecho, se han constatado puntos de discontinuidad histórica al respecto. Testimonio de ello es la fe cristiana, que en pocos siglos caló en el Derecho romano; luego dotó de nuevos conceptos, reglas y principios al derecho germánico y al feudal; y a partir del siglo XI, a través de las Universidades europeas «*uno y otro derecho*» (el civil y el de la Iglesia), la fe cristiana puso los cimientos bajo los cuales se estructuraron los grandes sistemas jurídicos.

Otra posible respuesta a la pregunta inicial podría ser la del *totalitario*: sí, la fe aporta un dolor de cabeza, aporta algo que debemos controlar. En buenos términos un honesto *político* vería en la fe algo "a ordenar", un objeto "regulable": las religiones, los credos, los actos de piedad, las costumbres religiosas, etc. Esa regulación acabaría formando un Derecho estatal sobre las religiones, que si quiere ser justo debe respetar la libertad religiosa.

No obstante, cuando uno se pregunta si la fe puede o no aportar algo al Derecho, lo que generalmente se piensa es en la posibilidad de que la fe proporcione principios, valores, instituciones, normas o conceptos al Derecho. Y esto es justamente lo que nos interesa. ¿Qué puede aportar? ¿Cómo? ¿Hasta dónde? ¿Cuáles serían los límites de tal aportación? Todas estas preguntas están entrelazadas y suponen un tema, un método y una ciencia. Según Polo, método y tema son solidarios: con un método se accede a un tema y no a otro; y viceversa, los diversos temas exigen diversos métodos. Por ello, primero necesitamos dilucidar cuál es la ciencia que mejor puede contestarlas. *A priori* descartamos el derecho canónico, que no trata sobre los aportes al derecho civil, y también la filosofía del derecho, porque le falta asumir el dato concreto de la fe. Debemos recurrir a una ciencia que parta de la fe, una ciencia teológica que tenga por objeto el derecho. Por eso considero que la primera ciencia llamada a dar una respuesta completa a estas interrogantes es la *teología jurídica*.

La cuestión de la "teología jurídica" no es nueva[2]. Sin embargo, la expresión ha llegado a ser equívoca y hasta polémica. No raras veces se ha

2. Sobre esta ciencia hablan muchos autores. V. gr. F. PUY, «Teología del derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada 1964, pp. 9-49; J. BRUFAU PRATS, «Entre la filosofía jurídica cristiana y la teología del derecho», en BONILLA HERNÁNDEZ (ed.) *Salamanca y su proyección en el mundo*, pp. 345-354; L. VELA SÁNCHEZ, en C. CORRAL-J M. URTEAGA EMBIL (eds.), *Diccionario de derecho canónico*, Tecnos, Madrid 2000, pp 659-661; A. M. ROUCO-VARELA, «*¿Filosofía o Teología del Derecho?. Ensayo de una res*

tachado de «teología del Derecho» al Derecho canónico, al Derecho natural o a cualquier Derecho cristiano, dejando caer implícitamente que tales ramas no pueden llamarse «derecho» en sentido propio. Ya en ámbito católico la Teología del Derecho suele tratar solo del derecho canónico, no del civil. Por el contrario, para muchos teólogos protestantes –especialmente los alemanes de postguerra– la teología jurídica constituye el fundamento del mismo Derecho estatal. Por ello me veo obligado a delimitar aunque sea brevemente los contornos de esta ciencia.

Al hilo de esta delimitación iremos respondiendo *cuáles* son los límites de este aporte (al revisar el objeto de la ciencia) y *cómo* la fe puede aportar datos jurídicos (al ver el tema de las fuentes y del método). De estos antecedentes deduciremos al final *qué* datos concretos puede aportar la fe al derecho.

II. Delimitación de la teología jurídica

Ciencia es un *conocimiento cierto por causas*. Clásicamente las ciencias se han delimitado distinguiendo su objeto material, su objeto formal *quo* y *quod*. Artigas sostiene que este esquema sigue siendo válido, aunque prefiere utilizar otro que se traslapa con el anterior, para afinar conceptos[3]. Y es que, en efecto, la doctrina clásica no acabó de definir bien el objeto formal *quo*, que un poco borrosamente incluiría dos elementos a los cuales la epistemología contemporánea ha dedicado muchas páginas: las fuentes y el método científico.

Artigas ha observado que la delimitación de los objetivos es extremadamente importante para la ciencia. «Para que una disciplina científica progrese es necesario, ante todo, que se consiga "construir" su objeto por vez primera»[4]. Tomando en cuenta estas advertencias, procederemos a analizar la cuestión del nombre de la ciencia, sus objetos, fuentes, método y contenido.

---

puesta desde el Derecho Canónico», en *«Wahrheit und Verkündigung». Miscelánea en honor de M. Schmaus, München 1967*, 1967-1741; P. GHERRI, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Lateran University Press, Roma 2004, pp. 321, entre otros. Lo que más hay son investigaciones que, sin entrar al tema de la autonomía científica, tratan de temas teológico-jurídicos, como los estudios de la *Instituciones jurídicas en la Biblia* de LARREA HOLGUÍN.

3. M. ARTIGAS, *Filosofía de la ciencia*, EUNSA, Ansoáin 1999, p. 131.

II.1 Denominación

En principio «teología jurídica» y «teología del derecho» son expresiones equivalentes. La primera denominación se usa más en la lengua portuguesa. En español, italiano, alemán e inglés se prefiere hablar de «teología del Derecho».

La palabra «derecho» alude al elemento nuclear, a la cosa justa; por extensión «derecho» se atribuye analógicamente a la ley, que es una causa del derecho, y también al derecho subjetivo. Por otro lado, lo «jurídico» comprende estos elementos y los demás de la relación jurídica (sujetos, cosa, relaciones, circunstancias, etc.). Aunque reconozca la equivalencia de los términos, me inclino por usar el de «teología jurídica».

II.2 Objeto material

«El objeto material es el tipo de seres que son estudiados por una ciencia; por ejemplo, los vivientes en el caso de la biología, o los cuerpos celestes en el caso de la astronomía»[5].

Algunos autores católicos han negado la posibilidad de que la Teología pueda tener por objeto el Derecho. Supuestamente una "teología jurídica" sería una *contradictio in terminis*[6]: o es derecho, o es teología, pero es imposible que sea las dos cosas. Llegan a esta conclusión luego de contrastar el significado que tienen esos términos en la teología protestante. La única posibilidad teológica sobre el derecho desembocaría necesariamente en una Teología del Derecho eclesial. Otros lo piensan distinto.

4. *Ibíd.*, p. 125. Para una profundización en los objetos material y formal cfr. *mutatis mutandis* E. MOLANO, «La Teología del Derecho canónico, nueva disciplina», en *Ius Canonicum*, 92 (2006), pp. 485-519.
5. M. ARTIGAS, p. 131.
6. Por ejemplo, W. STEINMÜLLER ha dicho que «una Teología católica del Derecho que tenga estatuto propio no solo no existe prácticamente de hecho, sino que aunque su legitimidad queda negada por principio (...) el Derecho pertenece a la naturaleza humana; se encuadra por tanto en la Filosofía y no en la Teología». ID., *Evangelische Rechtstheologie*, Böhlau, Köln-Graz 1968, p. 7.

Ante esta negativa inicial, vale recordar con Santo Tomás que la teología goza de un amplísimo espectro que abarca tanto las ciencias especulativas, como las prácticas[7]. Todo lo divino y todo el universo creado cae bajo su mirada. Luego, también tiene por objeto al *homo viator* socialmente organizado, relacionado jurídicamente con sus iguales, en quien rige la *lex naturae* y la *lex gratiae*. Ambas leyes tienen su componente jurídica, a la cual de ahora en adelante llamaremos *derecho natural* y *derecho sobrenatural*. El primero es la *res iusta* que versa sobre los bienes naturales; el segundo sobre los bienes sobrenaturales.

Son dos derechos estrechamente relacionados. En última instancia ambos forman un solo *corpus iuris personae*, que es justamente el objeto material de nuestra ciencia. Un solo objeto material que versa sobre dos tipos de bienes: naturales y sobrenaturales.

II.3 Objeto formal *quod* (perspectiva)

El objeto formal *quod* es la perspectiva formal, el ángulo de vista desde el que se considera el objeto material. «Es posible estudiar un mismo objeto material bajo diferentes perspectivas, que darán lugar a ciencias diferentes. Los vivientes son estudiados por la biología desde el punto de vista de la ciencia experimental, y por la filosofía de la naturaleza desde el punto de vista filosófico»[8].

En el caso de la teología, la «*ratio formalis sub qua consideratur*» (bajo la cual se analiza el objeto material) es la perspectiva de Dios. Ella analiza todo según Dios, ya sea considerado en sí mismo, ya como principio, ejemplo o fin de todo lo creado. Es la «*ratione Deitatis*» de la que habla el Aquinate, quien significativamente pone a Dios como «sujeto» de la ciencia sagrada[9]. Siendo Dios la Causa Suprema y Universal, la razón formal teológica heredará una universalidad semejante.

Al comparar las diversas ciencias, Artigas hace una observación que nos servirá más adelante. Si nos atenemos a su objeto, dice, «la metafísica en el nivel natural y la teología en el sobrenatural (...) son ciencias en sentido

7. Cfr. *Summa Th.* I, q. 1, a. 4.
8. *Ibidem*.
9. Cfr. *Summa Th.* I, q.1 a.7.

más profundo que las ciencias experimentales, ya que se refieren a las causas últimas de la realidad»[10]. En el fondo, la profundidad del punto de vista teológico se debe a la profundidad del mensaje revelado. «Con esta Revelación se ofrece al hombre la verdad última sobre su propia vida y sobre el destino de la historia»[11].

Aplicando lo dicho a la teología jurídica, tenemos que esta ciencia analiza el *corpus iuris personae*, la *res iusta*, desde el punto de vista de las causas últimas divinas. ¿Puede extrañarnos que la ciencia sagrada se preocupe de algo tan mundano como la ley humana, promulgada quizá por un inicuo legislador? Algún escándalo se ha suscitado con esto. Al paso ha tenido que salir Osuna, aseverando que no debería extrañarnos el aspecto teológico bajo el cual la Suma Teológica estudia la Ley. «A Santo Tomás no le interesan las leyes como realidad cultural de los pueblos, ni como ordenamiento que está en función de los sistemas políticos, sino sólo "desde Dios, quien así nos instruye hacia el bien"»[12].

II.4 Objeto formal *quo*

Por objeto formal *quo* se entiende el medio a través del que se conoce la materia de estudio. Según Artigas, «es la perspectiva en la que nos situamos en cada ciencia, y de algún modo viene a ser el tipo de recursos que se utiliza: por ejemplo, la filosofía se despliega a la luz de la razón natural, mientras que la teología, además de utilizar la razón, se basa en el contenido de la revelación sobrenatural»[13].

La teología no es una simple creencia, ni el hábito de la fe, ni un credo que se confiesa; es ante todo ciencia, un *conocimiento cierto por causas*, un conocimiento que parte de la fe. De hecho, es la ciencia que busca entender la fe, hasta donde le resulte factible a la razón humana. Este es el objeto formal *quo* de la teología: la razón ilustrada por la fe.

10. M. Artigas, p. 140.
11. Juan Pablo II, Enc. *Fides et ratio*, 14-IX-1998, n. 12§2.
12. A. Osuna Fernández-Largo, en su introducción a la *Summa Th.* I-II, qq. 90-97, en *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, 4ª ed., BAC, Madrid 2001, p. 694.
13. M. Artigas, p. 131.

Por tanto, la teología jurídica tiene como objeto formal *quo* la razón en cuanto busca conocer el *corpus iuris personae* contando con el dato de la fe. Es la «*fides quaerens intellectum*» jurídica.

Ha de destacarse que tal objeto presupone los artículos de la fe. ¿De cualquier fe? Sí, pero a condición de la verdad del artículo de fe invocado, verdad necesaria para iluminar la ciencia. No estamos defendiendo ningún relativismo religioso. Ciertamente sólo una fe –la verdadera– posee la totalidad de sus artículos verdaderos; sin embargo, otras religiones también cuentan con elementos de verdad, pocos o muchos, que iluminan la razón, que aportan luz a la ciencia[14]. Por ello cabe realizar una teología jurídica de cada religión, que será tanto más acertada, cuantos más elementos de verdad posea. Actualmente ya se han elaborado algunas investigaciones de este tipo en el ámbito protestante[15], en el islámico[16] y algo en el judío. Pienso que de procederse con rigor y honestidad científica, la teología jurídica llegará a ser un lugar de encuentro de las diferentes religiones, especialmente en lo que se refiere al derecho natural. Sus conclusiones serán la piedra de toque que certifique los elementos de verdad de cada religión, pues «por sus frutos los conoceréis» (*Mt* 7, 16).

Decíamos que el objeto formal *quo* presupone los artículos de la fe. ¿Dónde los encontramos? En las fuentes de Revelación, parcialmente compartidas por los judíos y protestantes. De ellas tratamos a continuación.

II.5 Fuentes teológicas

Como cualquier rama teológica, la teología jurídica realiza su estudio a partir del dato suministrado por las siguientes fuentes:

14. Cfr. *Lumen Gentium*, n. 8§2; JUAN PABLO II, Carta Apost. *Tertio Millennio Adveniente*, 10-XI-1994, n. 38§2.
15. En el ámbito protestante ELLUL, HECKEL, WOLF y DOMBOIS se han esforzado por buscar para el Derecho una fundamentación teológica. También WALTER SHÖNFELD ha tratado de basar el Derecho sobre el precepto del amor cristiano creando así una «Teología del Derecho». Cfr. W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft* (1951).
16. Frutos de esas investigaciones teológico-jurídicas son la Declaración del Cairo (1990) y la Carta Árabe de Derechos humanos (1994), que aún no han entrado en vigor. El texto de la Declaración hace continuos reenvíos al Corán para la definición jurídica de los derechos humanos. La Carta es de corte más occidental y solo hace al inicio una referencia general al Corán.

(i) *Fuentes de fe.* Son la Escritura, la Tradición apostólica y el Magisterio. Las dos primeras compendian la totalidad de la Revelación, aquel «depósito sagrado de la palabra de Dios, confiado a la Iglesia»[17].

(ii) *Fuentes corroborantes.* Estas no entregan misterios nuevos a la fe, sino que ayudan a comprender lo que nos ha sido revelado. Se trata esencialmente de la vida santa de la Iglesia, cuyas virtudes son fruto del mensaje divino; estudiándola de manera indirecta llegamos al mensaje divino. Aquí encontramos el *sensus fidei*, la liturgia, la vida de los santos y el derecho canónico.

(iii) *Fuentes científicas.* Son directas o indirectas. La doctrina teológica es fuente directa; las ciencias de auxilio (antropología, sociología, psicología, etc.) son indirectas. La teología se sirve de sus conclusiones para elaborar el pensamiento teológico.

A continuación revisaremos las dos primeras clases de fuentes bajo la óptica de nuestra ciencia.

a) Las Escrituras

Juan Pablo II decía que la Escritura «no es solamente punto de referencia para la Iglesia. En efecto, la "suprema norma de su fe" (Const. dogm. *Dei Filius*, 21) proviene de la unidad que el Espíritu ha puesto entre la Sagrada Tradición, la Sagrada Escritura y el Magisterio de la Iglesia en una reciprocidad tal que los tres no pueden subsistir de forma independiente»[18]. De aquí extraemos un par de consecuencias, una metodológica y otra jurídica.

La Sagrada Escritura no es un texto aislado, unas palabras que aparecieron en el aire y que misteriosamente han perdurado hasta nuestro siglo. No. Es necesario leerla, estudiarla y creerla en la unidad de contexto y forma en que fue pronunciada. «Hay que leerla e interpretarla con el mismo Espíritu con que se escribió para sacar el sentido exacto de los textos sagrados, hay que atender no menos diligentemente al contenido y a la unidad de toda la Sagrada Escritura, teniendo en cuenta la Tradición viva de toda la Iglesia y la analogía de la fe. Es deber de los exegetas trabajar según estas

17. Concilio Vaticano II, const. dogm. *Dei Verbum*, n. 10.
18. Juan Pablo II, Enc. *Fides et ratio*, 14-IX-1998, n. 55§3.

reglas para entender y exponer totalmente el sentido de la Sagrada Escritura, para que, como en un estudio previo, vaya madurando el juicio de la Iglesia. Por que todo lo que se refiere a la interpretación de la Sagrada Escritura, está sometido en última instancia a la Iglesia, que tiene el mandato y el ministerio divino de conservar y de interpretar la palabra de Dios»[19].

Hemos leído que para la Iglesia la Sagrada Escritura es la «suprema norma de su fe»[20]. Estando en el vértice más alto, marca un fin teológico y jurídico, y contiene un núcleo duro a respetarse en el ordenamiento jurídico. No toda la Escritura es Derecho, pero tiene una indiscutible parte o dimensión jurídica que toca descubrir. Ya volveremos sobre el tema cuando hablemos del método.

Sabemos que «toda la Escritura es divinamente inspirada y útil para enseñar, para argüir, para corregir, para educar en la justicia, a fin de que el hombre de Dios sea perfecto y equipado para toda obra buena» (*2 Tim* 3, 16-17). Con lo cual, la Escritura es fuente inspiradora, modelo de *lo justo*. En términos más jurídicos diríamos que, entre sus diversas funciones, está la de ser principio del Derecho, tanto sustancial como hermenéutico.

b) La Tradición Apostólica

La fe no nos ha llegado por la vía de la intuición o de la ciencia infusa, sino por la Encarnación. El Hijo de Dios se encarnó, vivió, murió y resucitó, enseñando con palabras y gestos aquello que habíamos de creer. Los Apóstoles no captaron el mensaje evangélico leyendo libros, sino oyendo, viendo *y conviviendo* con el Salvador. A diferencia de muchos fariseos, que también *vivieron con* Cristo de una manera más o menos cercana, los Apóstoles, movidos por el Espíritu Santo, aceptaron plenamente la Palabra. Si no la hubieran aceptado, no nos hubiera llegado. Por consiguiente, «este Evangelio, prometido antes por los Profetas, lo completó Él y lo promulgó con su propia boca, como fuente de toda la verdad salvadora y de la ordenación de las *costumbres*. Lo cual fue realizado fielmente, tanto por los Apóstoles, que en la predicación oral comunicaron con ejemplos e *instituciones* lo que habían recibido por la palabra, por la convivencia y por las obras de Cristo, o habían aprendido por la inspiración del Espíritu Santo, como por

19. Concilio Vaticano II, const. dogm. *Dei Verbum*, n. 12§3.
20. La máxima se repite literalmente en varios documentos magisteriales. Cfr. Const. dogm. *Dei Filius*, 21; JUAN PABLO II, Enc. *Fides et ratio*, 55§3.

aquellos Apóstoles y varones apostólicos que, bajo la inspiración del mismo Espíritu, escribieron el mensaje de la salvación»[21].

Obsérvese que la Tradición comprende *mensaje, costumbres* e *instituciones*. Si ya la Escritura tenía una dimensión jurídica, mucho más la Tradición, con auténticas costumbres e instituciones jurídicas (obviamente, no solo, ni principalmente jurídicas). Muchas cosas que hoy tenemos serían inimaginables si no nos hubieran llegado por tradición: la forma esencial de los sacramentos, la Liturgia de las horas, varias funciones y competencias de la jerarquía eclesial, etc. Todo ello tiene su componente jurídica. Una clarísima costumbre jurídica *secundum legem* –de derecho divino– que viene de la primera cristiandad, y que hoy ha sido ratificada con mayor solemnidad 22, es la costumbre de no ordenar mujeres.

«Esta Tradición, que deriva de los Apóstoles, progresa en la Iglesia con la asistencia del Espíritu Santo (...)»[23]. Junto a la Escritura, la Tradición también fue confiada al Magisterio de la Iglesia para que la preservara y la transmitiera intacta a las generaciones de todos los tiempos. Sin esa asistencia divina la transmisión completa del mensaje resultaría simplemente imposible. Por tanto, no resulta extraño que un Pontífice haya exclamado «la Tradición soy yo»[24], pues si alguien está asistido para interpretar correctamente la Tradición ese es el Romano Pontífice.

c) El Magisterio de la Iglesia

Desarrollaremos ahora algunos aspectos jurídicos de la noción, competencia y clases de Magisterios.

(i) *Noción*. Por Magisterio se entiende la misión conferida por Cristo a los Apóstoles y a sus sucesores para que en su nombre y con su autoridad, propongan y conserven la verdad revelada. Desde la muerte de los apóstoles este *munus* esencial a la Iglesia lo ejerce el Colegio Episcopal. Por extensión también se llama Magisterio a los actos, la doctrina y los documentos producidos en el ejercicio de este *munus*.

21. Concilio Vaticano II, const. dogm. *Dei Verbum*, n. 7.
22. Cfr. Juan Pablo II, Carta Apost. *Ordinatio Sacerdotalis*, 22-V-1994, n. 4.
23. Concilio Vaticano II, const. dogm. *Dei Verbum*, n. 8§2.
24. «Tras la publicación de las memorias de Mons. Vincenzo Tizzani (1809-1892) ha quedado confirmada históricamente la célebre frase pronunciada por Pío IX el 18 de julio de 1870: "la Tradición soy yo"». V. Cárcel Ortí, *Historia de la Iglesia*, t. III, Madrid 2003, p. 160.

Interesa a la ciencia del Derecho destacar que este *munus* ha sido instituido por una "autoridad legítima", la de Cristo: el Magisterio participa ontológica y directamente de la máxima autoridad instituida en la tierra. De ahí que se pueda calificar de "auténtico" al Magisterio. Sus interpretaciones son "auténticas", "autoritativas". Se trata de una potestad muy excepcional, de un poder único sobre la verdad[25], desconocido en el mundo civil y en la clásica tripartición de poderes estatales.

Un acto magisterial es una proposición de la verdad, una enseñanza realizada con autoridad. Comporta en el maestro el derecho inviolable y el grave deber de enseñar, y en el discípulo el derecho a ser instruido y el deber de aceptar tales enseñanzas[26].

(ii) *Competencia*. Afirmamos que la Iglesia tiene competencia natural, sobrenatural, jurídica y teológica, para pronunciarse sobre el derecho natural y sobre el derecho sobrenatural. Y esto por varios títulos.

El primer título es de índole gracioso y requiere de la fe: solo la Iglesia cuenta con una asistencia especial del Espíritu Santo para conservar intacto el depósito de la fe[27], en donde encontramos verdades de derecho natural y sobrenatural. El segundo título radica en su experiencia milenaria: la Iglesia ha adquirido una extensa sabiduría –también jurídica– que puede transmitir a las naciones. El tercero es porque goza de la libertad de expresión común a toda persona. Por último, en el ámbito del derecho sobrenatural –no del derecho natural– la Iglesia cuenta con un cuarto título de potestad: ella ha sido constituida en autoridad para atar y desatar (cfr. *Mt* 16, 18-19), para *concretar* el derecho sobrenatural en cada época histórica. Revisemos ahora estos títulos desde diferentes enfoques.

25. «La misión del Magisterio es la de afirmar (...) el carácter definitivo de la Alianza instaurada por Dios en Cristo con su pueblo, protegiendo a este último de las desviaciones y extravíos y garantizándole la posibilidad objetiva de profesar sin errores la fe auténtica, en todo momento y en las diversas situaciones. De aquí se sigue que el significado y el valor del Magisterio sólo son comprensibles en referencia a la verdad de la doctrina cristiana y a la predicación de la Palabra verdadera». Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 14§2.
26. Cfr. V. Proaño Gil, voz "Magisterio Eclesiástico", en GER, Pamplona 1991; C. J. Errázuriz, *Il munus docendi ecclesiale*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 139.
27. «Por voluntad de Cristo la Iglesia católica es la maestra de la verdad, y su misión consiste en anunciar y enseñar auténticamente la verdad, que es Cristo, y al mismo tiempo declarar y confirmar con su autoridad los principios de orden moral que fluyen de la misma naturaleza humana». Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Dignitas personae*, 8-IX-2008, n. 10. Cfr. Decl. *Dignitatis humanæ*, n. 14.

Visto teológicamente, los tres primeros títulos son manifestación del *munus docendi* eclesial, de la función de enseñar qué es el derecho (natural y sobrenatural). En cambio el cuarto título, que aplica solo al derecho sobrenatural, exige el ejercicio del *munus regendi* necesario para concretar el derecho eclesiástico.

Visto filosóficamente, Santo Tomás decía que «una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras: bien como una *conclusión* de sus principios, bien como una *determinación* de algo indeterminado o común»[28]. Esta distinción, que Finnis considera un aporte de primera magnitud al mundo jurídico, resulta clave para entender la competencia eclesial sobre el derecho[29]. Un ejemplo de *conclusio* se da en el matrimonio: quien entiende la naturaleza sexuada humana, rápidamente concluye que el matrimonio necesariamente debe ser heterosexual. Un ejemplo de *determinatio* se da en el tránsito: la autoridad puede elegir circular por el carril derecho o por el izquierdo, pero no por ambos a la vez. La Iglesia sólo es competente para concluir qué es derecho natural, para esclarecer la verdadera *res iusta naturalis*. En cambio, sí tiene potestad para concluir y para determinar la ley sobrenatural; cuando elige entre las diferentes opciones justas sobrenaturales, lo hace *con autoridad eclesial*, constituyendo la verdad jurídica.

Visto jurídicamente, corresponde a la autoridad eclesiástica emitir dos tipos de interpretaciones auténticas sobre la verdad jurídica: una hecha con una autoridad meramente eclesial sobre el derecho meramente eclesiástico, y otra de orden superior sobre la totalidad del *corpus iuris personae* (derecho natural y derecho sobrenatural).

Visto en positivo, el Código de Derecho Canónico declara que «compete siempre y en todo lugar a la Iglesia proclamar los principios morales, incluso los referentes al orden social, así como dar su juicio sobre cualesquiera asuntos humanos, en la medida en que lo exijan los derechos fundamentales de la persona humana o la salvación de las almas»[30].

28. *Summa Th.* I-II, q. 95, a. 2 sol..
29. Cfr. J. FINNIS, «Natural law – Positive law», en *Simposio Internazionale Evangelium Vitae e Diritto*, Roma, 25-V-1996. Precisamos que la distinción ya se había esbozado con anterioridad. Por ejemplo, en la *Summa de Bono* (1242 aprox.) san Alberto Magno había distinguido tres tipos de derecho natural: el derecho *essentialiter*, que son los primeros principios prácticos, el derecho *subpositive*, que son las conclusiones inmediatamente conexas a los primeros principios, y el derecho *particulariter*, que son determinaciones particulares debidas a la voluntad positiva del legislador (tract. V, q. 1, a. 3).

Visto en negativo, la Iglesia carece de competencia para la *determinatio* del espacio jurídico abierto en el derecho meramente natural[31], aunque eventualmente pueda *sugerir* soluciones a los problemas sociales. «Al Magisterio no le compete pronunciarse sobre temas que no pertenecen a la fe o la moral; sobre ellos no tiene asistencia alguna del Espíritu Santo»[32].

(iii) *Clases de Magisterio.* La doctrina canónica relativa al *munus docendi* ha sido prolija en formular diversas clasificaciones de los tipos de Magisterio a efectos de determinar cuál es el grado mínimo de asentimiento exigido al fiel. Esto ahora nos trae sin cuidado. Nuestra preocupación actual es la de dilucidar cómo el Magisterio es fuente de conocimiento teológico, es decir, dónde encontrarlo[33]. Me explico.

Tanto la Biblia, como la Tradición y la Iglesia son infalibles[34]. Si uno de los tres no lo fuera, la Revelación cristiana no nos hubiera llegado intacta. Sin embargo, tanto "los textos" el Magisterio como "los libros" de la Biblia deben leerse en su contexto. Por ello, lo más correcto es decir que la fe verdadera, infalible, comprende el conjunto Biblia-Tradición, custodiado por el conjunto del Magisterio. Mas puede darse, y se da, que muchos documentos y alocuciones episcopales, aisladamente considerados, no sean infalibles, o incluso no lleguen ni siquiera a ser Magisterio. A nosotros nos interesa dilucidar qué fuentes orales o escritas son Magisterio auténtico, y cuánta certeza proporcionan a la ciencia.

30. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 747§2. Cfr. c. 768§2.
31. «La Iglesia no tiene soluciones técnicas que ofrecer y no pretende "de ninguna manera mezclarse en la política de los Estados" (PABLO VI, Carta enc. *Populorum progressio*, 13). No obstante, tiene una misión de verdad que cumplir en todo tiempo y circunstancia en favor de una sociedad a medida del hombre, de su dignidad y de su vocación» (BENEDICTO XVI, Enc. *Caritas in veritate*, 29-VI-2009, n. 9.2). Y ello porque la Iglesia «ha recibido como don la verdad última sobre la vida del hombre» (JUAN PABLO II, Enc. *Fides et ratio*, 14-IX-1998, n. 2). Como dice el Concilio, «realmente, el misterio del hombre sólo se esclarece en el misterio del Verbo encarnado» (GS 22).
32. J. A. SAYÉS, *La Iglesia de Cristo*, Palabra, Madrid 1999, p. 340. Muchos documentos magisteriales y varios autores como Sayés implícitamente incluyen dentro de la ley moral al derecho natural. Vale aclararlo porque muchos no comparten esta subsunción inmediata del derecho en la moral.
33. Es menester distinguir el discurso teológico, que intenta discernir metodológicamente las fuentes de fe para comprenderlas mejor y ver su alcance, del acto de fe cristiano. Quien tiene fe nunca duda del Magisterio, y así debe ser. El verdadero teólogo tampoco lo cuestiona buscando enrevesadamente la frase donde la Iglesia se ha equivocado, pero en su estudio puede formularse diversas cuestiones con ángulos distintos a los del acto de fe, como por ejemplo la cuestión de la certeza de una carta arzobispal.

El análisis necesita partir de tres ideas medulares: que la autoridad admite grados, que la certeza admite grados y que la universalidad admite grados. Comencemos por la primera. Un pronunciamiento hecho «con la autoridad de Cristo» –conforme exige todo acto magisterial– requiere necesariamente un acto intencional, una voluntad de implicar a Cristo, voluntad que puede ser mucha, poca, virtual o ninguna, en cuyo caso simplemente no habría acto magisterial. Pienso que a estos fines (los de determinar cuán implicada está la autoridad de Cristo) se aconseja revisar, entre otras cosas, quién es el obispo que habla (Romano Pontífice o no), el tono con que se expresa, su preparación profesional, lo estudiado del asunto, su grado de intervención en la elaboración del documento; la novedad o antigüedad del tema, la frecuencia con que se repite el mensaje, las circunstancias diversas en que se ha pronunciado; el medio, el lugar y el público al que está dirigido[35]. Así, un papa filósofo tendencialmente usará mejor el lenguaje técnico filosófico, y menos el jurídico. Algo similar pasará con el papa jurista, teólogo, ingeniero o ecónomo.

La segunda idea medular alude a los grados de certeza de los actos magisteriales aisladamente considerados. Ya nos vienen a la cabeza algunos actos magisteriales infalibles (v. gr. los pronunciados *ex cathedra*) de los que estamos absolutamente seguros de su infalibilidad, sin necesidad de contrastarlos con el resto del Magisterio. Y eso justamente comporta la infalibilidad: una garantía para la razón, un punto conquistado, incuestionable, que proporciona una «certeza absoluta», «definitiva»[36]; añadamos incluso que toda posible duda acerca de la verdad del hecho o de la insubsistencia del contrario es totalmente excluido.

Otros actos magisteriales *aisladamente considerados* no nos proporcionarán la misma seguridad. Las más de las veces nos darán una certeza menor (no mínima, no «probable», no «cuasi-certeza»), una *certeza moral*. Pío XII la ha definido en su célebre discurso de 1942, donde daba a los jueces de la Rota Romana las indicaciones oportunas para juzgar la intangible verdad del matrimonio. Ahí explicaba que «entre certeza absoluta y cuasi-certeza o pro-

34. Cfr. *Summa Th.*, II-II, q. 1, a. 9, donde el Aquinate confirma que «la Iglesia universal no puede errar porque está gobernada por el Espíritu Santo, que es Espíritu de Verdad».
35. Cfr. *Lumen Gentium*, n. 25§1.
36. Se habla de «certeza» o de «definitividad». Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *Il munus docendi...*, pp. 126. Desarrollamos aquí el primer concepto recurriendo a la hoy ya clásica distinción tripartita de certeza formulada por Pío XII en 1942 para efectos judiciales.

babilidad está como entre dos extremos la *certeza moral* (...). Del lado positivo, ésta se caracteriza por el hecho de excluir toda duda fundada o razonable, y considerada así se distingue esencialmente de la cuasi-certeza mencionada; por el lado negativo, deja en pie la posibilidad absoluta de su contrario, y en ello se diferencia de la certeza absoluta. La certeza de que hablamos ahora es necesaria y suficiente para dictar una sentencia»[37]. Pienso que esa misma certeza moral se aplica a la generalidad de actos magisteriales simples. Lógicamente, la certeza moral también admite gradación, pues no contraría a la razón que la certeza moral oscile entre la "cuasi-certeza absoluta" y la "cuasi-probabilidad". Por la naturaleza de la misión de la Iglesia y de la potestad recibida, su Magisterio –si de verdad lo es– siempre ofrecerá un alto grado de certeza moral, cuando no absoluta. Si ella faltase, la Iglesia no podría cumplir su misión. Tal certeza es parangonable a la alcanzada por las ciencias humanas o a la requerida para dictar sentencia. En varios procesos reservados a la Santa Sede sobre cosas santas e intangibles (v. gr. algunos de nulidad de matrimonio, de penas mayores o de beatificación[38]) para poder juzgar basta haber adquirido cualquier certeza moral; si la decisión resulta negativa, la causa eventualmente podrá revisarse si aparecen nuevas y graves pruebas[39]. En contraste, la potestad magisterial no estila revisar sus posturas, sino ratificarlas, justamente por la alta certeza de haber alcanzado la verdad.

La tercera idea medular trataba sobre la mayor o menor universalidad del acto magisterial. Cuando un obispo redacta un documento magisterial (carta, encíclica, etc.), generalmente escribe juzgando el *hic et nunc*, con el lenguaje y el bagaje cultural adquirido hasta ese momento, dirigiéndose a un público concreto[40]. Ese será el público que gozará de mayor certeza moral

37. Pío XII, discurso a la Rota Romana, 1-X-1942, n. 1. En idéntico sentido, JUAN PABLO II, discurso a la Rota Romana, 4-II-1980, n. 5§1.
38. Cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La certezza morale nelle cause di canonizzazione, specialmente nella dichiarazione del martirio*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 645-670.
39. Sobre el juzgamiento meramente formal, no material, de la validez del matrimonio, cfr. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS LEGISLATIVOS, Instr. *Dignitas Connubii*, 15-I-2005, arts. 290 y 301.
40. En consonancia la Congregación para la Doctrina de la Fe ha señalado que «ha podido suceder que algunos documentos magisteriales no estuvieran exentos de carencias. Los pastores no siempre han percibido de inmediato todos los aspectos o toda la complejidad de un problema. Pero sería algo contrario a la verdad si, a partir de algunos determinados casos, se concluyera que el Magisterio de la Iglesia se puede engañar habitualmente en sus juicios prudenciales, o no goza de la asistencia divina en el ejercicio integral de su misión. En realidad el teólogo, que no puede ejercer bien su tarea sin una cierta competencia histórica, es consciente de la decantación que se realiza con el tiempo. Esto no debe entender-

acerca de la verdad de lo enseñado, pues se trata de un juicio magisterial que parte de sus circunstancias. Al resto de gentes y de generaciones dará una certeza semejante, en la medida en que los datos no cambien; si cambiasen convendrá que el Magisterio se pronuncie nuevamente, actualizando y precisando la doctrina que hunde sus fundamentos en un depósito inalterable e infalible.

Si un mismo magisterio se repite en diferentes épocas y circunstancias, tal hecho certificará que el mensaje cuenta con una mayor universalidad. Pero el Magisterio también puede sentar en un solo acto una doctrina válida para las generaciones de todos los tiempos, mostrando así la universalidad y certeza absoluta de esa doctrina.

Tomando en cuenta estas tres ideas medulares veremos ahora cuánta certeza proporciona cada clase de Magisterio.

(iii-a) *Clasificación según la definitividad.* Hay un Magisterio que es infalible por sí sólo y otro que no lo es. No nos extenderemos aquí por lo sencillo del asunto, porque ya hemos definido la infalibilidad y porque retornaremos sobre el tema. Baste anotar que nunca daremos gracias suficientes por este inestimable don que excede absolutamente las fuerzas de la inteligencia humana y que solo se entiende por una especial asistencia del Espíritu Santo[41]. A una declaración formalmente infalible corresponde una certeza absoluta, válida para todos los tiempos y para todas las generaciones.

Igual certeza nos otorgan las definiciones «definitivas», como veremos *ut infra*. En cuanto al resto de actos magisteriales, habrá de hacerse un análisis particularizado. En principio, considerados aisladamente solo proporcionan una alta certeza moral.

(iii-b) *Según el contenido.* El Magisterio puede versar sobre el depósito de la fe, sobre verdades necesariamente conexas a él, o sobre otras mate-

se en el sentido de una relativización de los enunciados de la fe. El sabe que algunos juicios del Magisterio podían ser justificados en el momento en el que fueron pronunciados, porque las afirmaciones hechas contenían aserciones verdaderas profundamente enlazadas con otras que no eran seguras. Solamente el tiempo ha permitido hacer un discernimiento y, después de serios estudios, lograr un verdadero progreso doctrinal». Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 24.

41. Cfr. *Lumen Gentium*, n. 18 y 25.

rias de fe y costumbres[42]. Cuando el Magisterio de la Iglesia propone un dato como Revelado, ya solemnemente, ya a través del magisterio ordinario y universal, podemos tener la certeza absoluta de su verdad. Conciente de ello, la Iglesia exige de sus fieles un acto de fe teologal, sin el cual no es posible permanecer en comunión con la Iglesia[43].

«Asimismo se han de aceptar y retener firmemente todas y cada una de las cosas sobre la doctrina de la fe y las costumbres propuestas de modo definitivo por el magisterio de la Iglesia, a saber, aquellas que son necesarias para custodiar santamente y exponer fielmente el mismo depósito de la fe»[44]. Para poder proponer una verdad semejante, el Magisterio debe contar primero una muy fuerte autoconciencia de la verdad de lo afirmado, de tal manera que pueda exigirlo a los fieles de todos los tiempos. Luego, también aquí nosotros contamos con una certeza absoluta.

Por último, «cuando el Magisterio aunque sin la intención de establecer un acto "definitivo", enseña una doctrina para ayudar a una comprensión más profunda de la Revelación y de lo que explicita su contenido, o bien para llamar la atención sobre la conformidad de una doctrina con las verdades de fe, o en fin para prevenir contra concepciones incompatibles con esas verdades, se exige un religioso asentimiento de la voluntad y de la inteligencia. Este último no puede ser puramente exterior y disciplinar, sino que debe colocarse en la lógica y bajo el impulso de la obediencia de la fe»[45]. Obediencia inteligente, añadamos, que vislumbra que tal acto magisterial nos proporciona una certeza moral, tornando en irrazonable el dato contrario.

Obviamente, para que sea verdadero Magisterio, deberá tratar sobre la fe y las costumbres de la Iglesia. Si versase sobre una materia totalmente

42. Santo Tomás diferenciaba dos contenidos de fe que exigian diferente grados de asentimiento. Cfr. *Summa Th.* II-II, q. 2, aa. 5 y 6, donde distingue las verdades primeras de la fe, que son los artículos, donde el cristiano está obligado el hombre a creerlas explícitamente, y otras verdades de fe que está obligado a creerlas no de manera explícita, sino implícita, o en disposición de ánimo. «En todo caso, solamente está obligado a creerlas de manera explícita cuando le conste que está contenido en la doctrina de la fe» (a. 5 sol.). Para constatarlo sirve mucho el Magisterio auténtico.
43. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, nn. 750§1 y 1364§1; Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 23§1.
44. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 750§2. Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, nn. 16§1 y 23§2.
45. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 23§3. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 752 y *Lumen Gentium*, n. 25.

ajena, meramente temporal y política, tal juicio se pronunciaría sin la autoridad recibida de Cristo[46].

(iii-c) *Según la persona y el acto.* El Magisterio es un *munus* episcopal. Para que sea auténtico, debe estar involucrada la autoridad episcopal; no basta que intervenga el obispo en calidad de doctor privado.

El episcopado puede actuar a través de su Cabeza, colegialmente o por medio de los obispos que enseñan dispersos por el mundo. Estos son los tres sujetos magisteriales. En cuanto a los actos, pueden ser singulares o colegiales, solemnes u ordinarios.

La infalibilidad y las definiciones definitivas se dan solo a nivel de Iglesia Universal, que es la única llamada a transmitir la palabra de Dios a todas las generaciones. Especialmente estas competen: (i) al Romano Pontífice cuando da una sentencia «en calidad de maestro supremo de la Iglesia universal»[47]; (ii) al Colegio Episcopal reunido en concilio ecuménico; y, (iii) al Colegio Episcopal cuando en su magisterio ordinario y universal define una verdad.

El magisterio meramente ordinario, aisladamente considerado, no proporciona una certeza absoluta, sino una certeza moral más o menos alta, dependiendo de quién sea el sujeto magisterial, del público al que está dirigido (grado de universalidad) y de otras circunstancias. Por ejemplo, se valorarán más, por las circunstancias extraordinarias, los radiomensajes de Pío XII de Navidad que otros radiomensajes; los discursos de los pontífices a la ONU, que a otros organismos; las alocuciones dadas cuando había un tema álgido que resolver, que las dominicales de la Plaza de San Pedro, etc., sin perjuicio de que todo magisterio pontificio posee *per se* un alto grado de certeza moral.

Como se sabe, es de la esencia del Magisterio la comunión con el Romano Pontífice, sin la cual no existiría verdadero magisterio[48]; quien no está unido a la autoridad de Pedro, tampoco está unido a la autoridad de Cristo con la que se imparte el auténtico Magisterio. En estricta hermenéutica, para que el magisterio ejercido por los obispos esparcidos por el mundo

46. Cfr. C. J. Errázuriz, *Il munus docendi...*, p. 128.
47. *Lumen Gentium*, n. 25§3.
48. Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 19.

sea fuente de conocimiento teológico, debe constatarse su comunión con el pensamiento pontificio. En definitiva, resulta lógico suponer una mayor certeza gnoseológica en el magisterio petrino.

Hacemos una breve reseña sobre los actos de la Curia Romana, que aunque son fundamentalmente administrativos, alguna parte llevan en el *munus docendi*. Todos los Dicasterios de la Curia Romana están presididos por miembros del episcopado, a los cuales el Romano Pontífice les ha asignado vicariamente una misión universal. Consiguientemente, bien por ser obispos, bien por ayudar al Pontífice, son eventuales sujetos de la potestad magisterial[49]. Mención aparte merece la Congregación para la Doctrina de la Fe, de quien se ha afirmado que por tradición y por derecho participa especialmente de la potestad magisterial[50].

Resulta claro que las instrucciones, notas, declaraciones, etc. emitidas por un Dicasterio de la Curia Romana no valdrán lo mismo si son o no son aprobadas por el Santo Padre. ¿Qué valor magisterial poseerán si lo son? La respuesta dependerá mucho de varios factores: del nivel de involucramiento del Pontífice en la elaboración del documento, tanto en el proyecto como en su versión final; de si lo aprueba de forma general o específica, de si la aprobación es anterior o posterior a la última redacción, de si lo hace *ex certa scientia* o no[51]. De todas estas consideraciones depende el grado de certeza moral inherente a los documentos doctrinales de la Curia Romana.

En lo relativo a las Conferencias Episcopales recordamos que para que sus declaraciones doctrinales constituyan magisterio auténtico, «es necesario

49. *In recto* no ostentan tal potestad de magisterio universal a título personal, ni como jefes del Dicasterio. Cuando la tienen está implicado siempre el Romano Pontífice y la pertenencia del obispo al Colegio Episcopal.

50. En este sentido, cfr. B. E. FERME, «La competenza della Congregazione per la dottrina della Fede e il suo peculiare rapporto di vicarietà col Sommo Pontefice in ambito magisteriale», en *Ius Ecclesiae*, 9 (1999), pp. 456-458. Cfr. también Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 18.

51. Sobre las formas de aprobación, cfr. J.MIRAS-J. CANOSA-E. BAURA, *Compendio de derecho administrativo canónico*, EUNSA, Pamplona 2001, p. 88; V. GÓMEZ-IGLESIAS, «La "aprobación específica" en la "Pastor Bonus" y la seguridad jurídica», en *Fidelium iura* 3 (1993), pp. 362-423; RGCR, art. 125§2; Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1405§2. Algo semejante aplica a los obispos en lo relativo a las aprobaciones y a las licencias, donde las primeras involucran más la autoridad episcopal. Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *sobre algunos aspectos relativos al uso de los instrumentos de comunicación social en la promoción de la doctrina de la fe*, 30-III-1992, n. 7.

que sean aprobadas por la unanimidad de los miembros Obispos o que, aprobadas en la reunión plenaria al menos por dos tercios de los Prelados que pertenecen a la Conferencia con voto deliberativo, obtenga la revisión (*recognitio*) de la Sede Apostólica»[52].

(iii-d) *Según la solemnidad.* Magisterio solemne es aquel que a través del Romano Pontífice o del Concilio Ecuménico se ejerce de modo solemne sobre la Iglesia universal[53]. En el extremo opuesto encontramos al Magisterio ordinario, que pueden ejercerlo los tres sujetos magisteriales. El Papa o el Colegio de Obispos ejercitan este magisterio ordinario cuando obran extraconciliarmente[54].

¿Añade algo la solemnidad a la certeza? Parece que sí, que la solemnidad misma es fuente de certeza. Pero atención, la solemnidad no certifica por sí sola la veracidad del mensaje; lo que principalmente asegura es que en la emisión del documento está fuertemente implicada la autoridad episcopal. Como afirma Errázuriz, las enseñanzas de un Concilio Ecuménico, por ejemplo, pueden no querer ser definitivos, ni infalibles (como sucedió en el último Concilio)[55]. En consecuencia, pienso que el grado de certeza de las declaraciones solemnes oscila entre certeza cuasi-absoluta y la absoluta, según haya o no enseñanzas definitivas o infalibles.

d) La vida de la Iglesia

Recientemente Benedicto XVI ha afirmado que «la santidad de la Iglesia representa una hermenéutica de la Escritura de la que nadie puede prescindir»[56]. Y es que, en efecto, sigue siendo valido el viejo dicho: *viva lectio est vita bonorum*[57]. La fe deja una notable huella en la vida de los cris-

52. Juan Pablo II, Carta Apost. *Apostolos suos*, 12-V-1998, art. 1. Cfr. también nn. 12, 18, 20 y 22, y Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 19.
53. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 337§1.
54. Cfr. C. J. Errázuriz, *Il munus docendi...*, pp. 128-129, quien nos previene de confundir Magisterio solemne–no solemne, con Magisterio infalible–Magisterio simplemente auténtico.
55. C. J. Errázuriz, *Il munus docendi...*, p. 129. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 750.
56. Benedicto XVI, Exhort. postsinoidal *Verbum Domini*, 30-IX-2010, n. 49. En el n. 48 había resaltado que «la interpretación más profunda de la Escritura proviene precisamente de los que se han dejado plasmar por la Palabra de Dios a través de la escucha, la lectura y la meditación asidua».
57. Gregorio Magno, *Moralia in Job*, 24, 8, 16.

tianos (especialmente de los más santos) y de toda la comunidad eclesial. Sus contenidos se reflejan transparentes en una vida virtuosa. Por eso es lícito al teólogo transitar dos caminos: estudiar la fe para hacerla vida, estudiar la vida para comprender la fe.

Cuando hablo de vida de la Iglesia me refiero al *sensus fidei*, a la liturgia, a la vida de los santos y al derecho canónico, de los que pasaré solo una rápida revista. Estos son, según la expresión de Melchor Cano, «lugares teológicos». Su estudio nos lleva indirectamente al mensaje divino. No aportan «ninguna nueva revelación pública dentro del depósito de la fe»[58], solo corroboran la fe desde diferentes ángulos de vista; por eso son fuentes corroborantes, no constituyentes de la Revelación.

Acerca de la liturgia y del *sensus fidei* deberían escribirse sendas tesis doctorales, que ahora ahorraré al lector. Valga para muestra de botón citar una frase que siempre me ha llamado la atención y que repetimos en todos los Prefacios de la Misa: «*vere dignum et iustum est, aequum et salutare, nos tibi semper et ubique gratias agere*». ¡Cuánto merecerían ser estudiadas estas palabras desde una perspectiva teológico-jurídica! Más interesante aún es descubrir la dimensión jurídica del *sensus fidei*, que a más de ser fuente corroborante de conocimiento teológico, también se constituye en fuente de derecho sobrenatural[59], ya en su calidad de concepción jurídica, ya como *auctoritas*[60].

Sobre la vida de los santos invocaré, por sus implicaciones jurídicas, el clásico ejemplo del Aquinate. El santo se pregunta si el hombre debía sufrir los ultrajes que le sean inferidos, conforme al precepto: «si alguien te golpe-

58. *Lumen Gentium*, n. 25§4. Cfr. Conc. Vaticano I, Const. dogm. *Pastor Aeternus*, n. 4.

59. Sin duda lo nuclear de la dimensión jurídica del *sensus fidei* es de derecho divino inalterable, al que los fieles solo podrían adherir; se trata de un núcleo indisponible, inmutable, sobre el que únicamente caben declaraciones de derecho. Aún así, probablemente el *sensus fidei* admite alguna circunstancialidad; entonces sucedería lo mismo que sucede con el Magisterio, que siendo principalmente declarativo de derecho, eventualmente puede determinarse algún espacio jurídico abierto.
Esta postura difiere de la mantenida por la escuela de Mörsdorf, porque aquí el *sensus fidei* no se ve como costumbre jurídica, sino como concepción jurídica.

60. Me atengo aquí a la definición de *auctoritas* dada por Álvaro D'Ors en 1968, que desde entonces es la que generalmente conservó: «la autoridad es el saber socialmente reconocido y la potestad es el poder socialmente reconocido» (A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona 1968, p. 10). Cfr. R. DOMINGO, *Teoría de la "Auctoritas"*, EUNSA, Pamplona 1987, p. 49.

are una mejilla, muéstrale la otra» (*Mt* 5, 39). La solución la da mostrando la vida de un santo muy especial, del Santo por antonomasia, Jesucristo. Contesta: «el hombre debe estar dispuesto a obrar así si fuese necesario, pero no siempre está de hecho obligado a proceder de tal manera, puesto que ni el mismo Señor lo hizo, sino que, después de haber recibido una bofetada, preguntó: ¿por qué me hieres?»[61].

Hay santos que por situación en la sociedad, profesión o mentalidad ofrecen un aporte más sustancial al mundo jurídico. Piénsese en Tomás Moro o Raimundo de Peñafort. De Josemaría Escrivá se ha elaborado una interesante investigación sobre su prudencia jurídica[62]. Estudios como este interesan mucho a nuestra ciencia.

Finalmente recordamos algo que va siendo moneda común: que el derecho canónico es un lugar teológico, una fuente de conocimiento teológico[63]. Para la Teología, que desde siempre se ha preocupado por el comportamiento justo de la comunidad cristiana, esto no representa ninguna novedad. ¡Cuántas costumbres, normas catequéticas, litúrgicas, permisos... han sido objeto de gruesos tratados teológicos! ¡Cuántas páginas no ha merecido la potestad pontificia o episcopal, o cualquier otro aspecto del *munus regendi*!

Precisemos que el derecho estatal no es fuente teológica. El derecho canónico lo es, pero solo en cuanto «las normas canónicas son sólo la expresión *jurídica* de una realidad *antropológica y teológica* subyacente»[64].

II.6 Metodología

Siendo la teología jurídica «teología», su método será el teológico. No obstante, por ser «jurídica», algún matiz jurídico tendrá. La razón es muy sencilla: «los métodos utilizados por la ciencia son los medios que emplean para conseguir sus objetivos. Por tanto, el método de las ciencias se caracte-

61. *Summa Th.* II-II, q. 72, a. 5 sol. Cfr. *Jn* 18, 23.
62. Cfr. A. DE FUENMAYOR, «La "prudentia iuris" de Mons. Josemaría Escrivá de Balaguer er su tarea fundacional», en *Ius canonicum*, 63 (1992), pp. 23-37.
63. Cfr. E. MOLANO, p. 489 y P. GHERRI, parte V, *passim*.
64. JUAN PABLO II, Discurso a la Rota Romana, 27-I-1997, n. 3§2.

riza en función de sus objetivos»[65]. Al ser *lo jurídico* el objeto material de la teología jurídica, su método –que es medio– quedará marcado por el derecho.

No vale la pena enfangarnos ahora en este asunto general, que, por lo demás, adquirirá buenas luces cuando estudiemos en concreto la metodología de nuestra ciencia. Pasemos mejor a ver los primeros pasos del método teológico-jurídico:

a) Revisión de las fuentes teológicas

La teología puede mirar al derecho (canónico o estatal) con el fin de analizarlo, de darle una justificación más profunda, de juzgarlo o de esclarecer una verdad jurídica. Cualquiera de estos fines presupone un juicio de razón, un juicio que el teólogo realizará no con los parámetros del mismo derecho, sino bajo la luz de la fe. Por eso, el primer paso de una investigación teológica-jurídica es indagar casa adentro qué fuentes teológicas hablan o están relacionadas con el derecho. Si no existieran, la teología no tendría nada que ofrecerle al derecho, no habría ni siquiera posibilidad de diálogo entre ambas ciencias.

Lamentamos mucho que, con la salvedad del derecho canónico, el resto de las ramas del derecho haya perdido el recurso a las fuentes de la Revelación, a los Padres de la Iglesia y a los cánones de los Concilios, etc. Desde Graciano, pocos se han dedicado a esta productiva tarea, quizá por la visión positivista del Derecho que hoy cunde, a la que nada dicen las antiguas *auctoritates*.

b) Discernir los géneros literarios

Un craso error de muchas teologías jurídicas (v. gr. la islámica, y algo la judía) es equiparar absolutamente el Libro Sagrado con un libro jurídico. En esta mentalidad, todas las prescripciones de la Torah o del Corán pasan inmediatamente a considerarse derecho divino, con todas sus características de eternidad, inmutabilidad, indisponibilidad, etc. Para algunos judíos ortodoxos no hay diez mandamientos, sino más de seiscientos.

Ello se debe principalmente a un error de método. Ciertamente las Escrituras, la Tradición y el Magisterio muestran una dimensión jurídica,

65. M. ARTIGAS, p. 123.

pues tanto la Iglesia como el hombre son seres intrínsecamente jurídicos; pero a la vez es evidente que la Biblia no es un código de derecho.

El problema es sin duda más complicado. Si bien la dimensión jurídica alguna vez aparece explícitamente en el texto sagrado, la mayoría de las veces está solo de forma implícita. Los diez mandamientos son una manifestación privilegiada del derecho natural, no así el libro del profeta Ageo. Con lo cual, para encontrar la fuente teológico-jurídica habrá que discernir el género literario de cada mensaje.

La primera lectura ha de intentarse según el sentido literal de las palabras[66]. Sin embargo, algunos documentos *prima facie* ya nos muestran su tono o perspectiva peculiar. Por ejemplo, cabe presumir la naturaleza teológico-moral de los documentos que conforman el *corpus* de la doctrina social de la Iglesia, aunque quepa alguna excepción. En cambio, se presumirá el género jurídico si el documento contiene cánones, artículos, mandatos, sanciones, etc. o si contiene términos jurídicos, si juzga en razón del derecho natural (no solo de la ley moral natural). Un ejemplo de fisonomía jurídica lo trae la Carta de los derechos de la familia[67].

Además de la clasificación general del documento, convendrá entrar al detalle de cada frase, de cada párrafo, de cada punto. No pocas veces dentro de un documento de naturaleza moral encontraremos elementos explícitos de Derecho. Esto pasa en *Evangelium Vitae*. Aunque su género es fundamentalmente teológico-moral, encontramos en la Encíclica consideraciones explícitamente jurídicas sobre la cláusula de conciencia oponible a la autoridad, sobre los límites de la ley civil[68], e incluso hasta se realiza una confirmación solemne de que «la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral», para recordar en seguida que «nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante»[69].

66. Sobre el alcance del sentido literal bíblico, que analógicamente pueden extenderse a otras fuentes teológicas, cfr. Pío XII, Enc. *Divino afflante Spiritu*, 30-IX-1943, nn. 15-19, 23 y 32; Benedicto XVI, Exhort. postsinoidal *Verbum Domini*, 30-IX-2010, n. 33 y 37.
67. La misma Carta indica en el preámbulo que «este documento no es una exposición de teología dogmática o moral sobre el matrimonio y la familia». Fue emitida el 22-X-1983 por el Pontificio Consejo para la Familia, a petición del Sínodo de los obispos reunidos en Roma en 1980 y de Juan Pablo II, según consta en la Exhort. Apost. *Familiaris consortio*, n. 46. En sus 12 artículos es prácticamente igual a cualquier declaración de derechos humanos.
68. Cfr. EV, n. 71.

c) Analizar lo jurídico

Una vez discernido el mensaje con género literario jurídico, habrá que indagar si está vigente. Quizá se trate de un derecho histórico que rigió en un pueblo durante unos pocos años. Otras veces nos encontraremos ante proposiciones de validez universal, para todo tiempo y nación, como lo son los diez mandamientos o buena parte de la Carta de derechos de la familia. Estaremos, por tanto, ante un punto explícito de derecho natural.

Si al leer el libro sagrado aparecen mensajes jurídicos no aplicables a los no creyentes, seguramente estemos frente a una disposición de derecho sobrenatural.

d) Discernir y modalizar lo no jurídico

Lo normal será que la fuente teológica no venga en género literario jurídico. ¿Qué hacer con ella? ¿Descartarla? No. Antes conviene indagar si tiene alguna dimensión jurídica. Por ejemplo, hay muchos textos de la Escritura que hablan de la libertad del hombre, de sus límites y de su razón de ser; aunque no sean del género jurídico, a nadie escapa su posible consecuencia jurídica. Otros textos *prima facie* carecerán de tal dimensión y posiblemente habrá que descartarlos.

Si intuimos que en un texto hay algo de jurídico nos puede ayudar preguntarnos por el tipo de aporte que eventualmente puede ofrecer al Derecho: ¿define la naturaleza humana, sus relaciones sociales, o algún presupuesto normativo? ¿Trata sobre los fines del Derecho? ¿Constituye un valor jurídico o forma parte del bien común? ¿Contiene una norma hermenéutica o algún otro principio del Derecho? ¿Acaso no contendrá implícitamente una norma sobre lo justo? ¿Aparecen al menos implícitamente los elementos esenciales de la *res iusta*[70]? Si la respuesta a alguna de estas preguntas es positiva entonces estamos ante un texto de consecuencias jurídicas.

69. EV, n. 57.

70. La *res iusta* no se da sin: (i) una cosa exterior, repartible y distribuida; (ii) varios sujetos; (ii) relacionados en distinta y complementaria situación respecto de la cosa debida. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho natural*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona 2001, pp. 41 y 52. «El campo del derecho, en efecto, es el de la tutela del interés y el respeto exterior, el de la protección de los bienes materiales y su distribución según reglas establecidas» (CDSI 390).

Identificado el texto a continuación debemos «modalizarlo»[71] en clave jurídica. Revisaremos cuánto ofrecen los hallazgos teológicos a la noción jurídica de naturaleza o de relación humana, o a la delimitación del presupuesto normativo; cuánto a la teleología y a la axiología jurídica; cuánto vale como principio general del Derecho y qué líneas normativas ofrece.

En ocasiones el mismo Magisterio explica la dimensión jurídica de su mensaje. Es el caso del «derecho a la inmunidad de coacción externa en materia religiosa» declarado en la *Dignitatis humanae*. Ahí se apunta que «aunque la Revelación no afirme expresamente el derecho a la inmunidad de coacción externa en materia religiosa, sin embargo manifiesta la dignidad de la persona humana en toda su amplitud, demuestra el proceder de Cristo respecto a la libertad del hombre en el cumplimiento de la obligación de creer en la palabra de Dios, y nos enseña el espíritu que deben reconocer y seguir en todo los discípulos de tal Maestro»[72]. Otras veces es menos explícito. Por ejemplo, aunque el decr. *Apostolicam actuositatem* no hable en términos rigurosamente jurídicos, de él se desprende un derecho subjetivo del fiel a ejercitar los carismas recibidos[73].

La modalización del texto de consecuencias jurídicas representa un trabajo arduo y problemático. Sin embargo, alguna vez es más llevadero. Pienso sobre todo en los lugares donde hallamos preceptos morales negativos, que generalmente contienen efectos jurídicos. Acorde con ello Juan Pablo II ha afirmado que «los mandamientos de Dios nos enseñan el camino de la vida. Los *preceptos morales negativos,* es decir, los que declaran moralmente inaceptable la elección de una determinada acción, tienen un valor absoluto para la libertad humana: obligan siempre y en toda circunstancia, sin excepción»[74]. Tal condicionamiento absoluto parece jugar también en terreno jurídico[75].

71. La expresión la he tomado de J. OTADUY, «sub c. 19», en A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (eds.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, I, Pamplona 2002, p. 389, donde sostiene que «no se puede invocar el Derecho divino con carácter de suplencia (o de interpretación) desde una concepción ilimitada, prepositiva y sin modalizar (la doctrina evangélica, los preceptos del Decálogo, los principios del obrar moral, etc.)».
72. Conc. Vat. II, declaración *Dignitatis humanae*, 7-XII-1965, n. 9§1.
73. Cfr. Decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 3d. En este sentido, cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa...*, p 201.
74. EV, n. 75.

e) Confrontación de fuentes

Si en nuestra labor investigativa aparecen dos fuentes contradictorias deberemos decantar por la fuente más certera, por la más fidedigna, por la más relacionada con el objeto de nuestra ciencia (el derecho). Teniendo en cuenta esto y aplicando lo que antes hemos estudiado sobre la certeza de las fuentes teológicas, deducimos las siguientes reglas de preferencia:

- Se preferirán las proposiciones de contenido jurídico directo por encima las de contenido jurídico indirecto.
- Se preferirán las proposiciones de contenido jurídico preciso sobre el impreciso.
- Se preferirán las proposiciones de contenido jurídico dadas por el Magisterio más autorizado, que las del menos autorizado.
- Se preferirán las proposiciones de contenido jurídico relacionadas más estrechamente con el depósito de la fe.

f) Elaboración de la doctrina teológica

Quizá el lector se haya percatado de que hasta ahora el método diseñado eventualmente puede servir también al derecho canónico. Es verdad. Hasta ahora solo hemos desarrollado el primer paso de la investigación[76]: una metodología de selección y tratamiento de fuentes teológico-jurídicas, que posiblemente servirá a varias ciencias sagradas que tengan por objeto lo jurídico.

A partir de este momento cada ciencia sagrada volará hacia su tierra, leerá todo el material recopilado según sus objetivos: el teólogo mirará la *res iusta* desde la perspectiva de las *causas últimas divinas*: analizará los fines jurídicos últimos de la misión de la Iglesia, los medios salvíficos externos y distribuibles instituidos por Dios, etc. Al canonista también le interesará esto,

75. Sobre los actos absolutamente prohibidos por los preceptos primarios de la ley natural, cfr. C. MASSINI CORREAS, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, EUNSA, Navarra 2006, pp. 66-67. Adicionalmente estudia otros casos en que la ley moral juega en el campo del Derecho, como el de la justificación de las sanciones penales o los límites de la ley. Cfr. pp. 97 y ss.
76. Suelen distinguirse, también para el área jurídica, tres pasos en la investigación: (i) la elección y definición del tema; (ii) la recopilación del material de trabajo; y, (iii) el estudio del material, que lleva a las conclusiones. Cfr. E. SASTRE SANTOS, *Metodología giuridica*, 2ª ed, EDIURCLA, Roma 2002, *passim*.

pero en la medida en que configure su propio orden social justo; él estudiará lo justo concreto desde sus *causas inmediatas*. No olvidemos que el Derecho es una ciencia práctica y que su método está enfocado a concluir qué es «lo suyo», cuál es el derecho *hic et nunc*, quién debe pagar a quién, quién está obligado, cuándo, dónde y cómo[77].

En esta fase investigativa es muy importante formular teorías, construcciones científicas, y comprobarlas. Recordamos que Artigas decía que «para que una disciplina científica progrese es necesario, ante todo, que se consiga "construir" su objeto por vez primera», cosa en la que nos hemos empeñado en la primera parte del presente trabajo. «Es necesario, además, proponer teorías acerca de ese objeto y comprobar la validez de las teorías (...). La comprobación de la validez de las teorías es crucial en el desarrollo de la ciencia»[78]. Justamente esto es lo que hemos procurado hacer al plantearnos la pregunta inicial de este estudio, cuya respuesta abordaremos de lleno en el capítulo siguiente.

¿Cómo se comprueban las teorías o construcciones teológicas? Muy simple: contrastando sus conclusiones con la realidad. Al hombre la realidad le viene dada por la evidencia de los sentidos, de los argumentos o de Revelación. Si una conclusión estuviera en desacuerdo con las leyes de la física, con la Escritura, la Tradición o el Magisterio, entonces probablemente esa teoría carecería de fundamento o estaría poco desarrollada. Como dice la instr. *Donum veritatis*, «en todo caso no podrá faltar una actitud fundamental de disponibilidad a acoger lealmente la enseñanza del Magisterio, que se impone a todo creyente en nombre de la obediencia de fe. El teólogo deberá esforzarse por consiguiente a comprender esta enseñanza en su contenido, en sus razones y en sus motivos. A esta tarea deberá consagrar una reflexión profunda y paciente, dispuesto a revisar sus propias opiniones y a examinar las objeciones que le hicieran sus colegas»[79].

Más adentrados en la investigación teológica podrá suceder que una fuente arroje conclusiones de derecho natural que parezcan contradecir el

77. Cfr. E. LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Aranzadi, Pamplona 1969, p. 104; J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona 1963, p. 59. Ello no obsta para que en las diferentes ramas del Derecho se dé un diverso grado de abstracción. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., EUNSA, Pamplona 2000, pp. 596-599.

78. M. ARTIGAS, p. 125.

79. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instr. *Donum veritatis*, 24-III-1990, n. 29.

resultado de derecho sobrenatural arrojado por otra fuente. Se tratarán de contradicciones siempre aparentes, porque la realidad es solo una y una sola es la verdad. Quizá lo que se encuentre en conflicto sean nuestros esquemas mentales sobre la realidad de uno y otro derecho. Entonces habrá que afirmar que:

(a) La gracia presupone la naturaleza, el orden sobrenatural presupone el orden natural, el ordenamiento jurídico sobrenatural presupone el ordenamiento jurídico natural.
(b) La gracia perfecciona la naturaleza y aporta una *res iusta* nueva[80];
(c) La fe auxilia la razón: Cristo revela el hombre al hombre (GS 22); y,
(d) Uno y otro derecho son establecido por la misma Autoridad en un único acto eterno, lo cual *a priori* confiere a ambos derechos un mismo rango jerárquico.

En fin, debemos partir del hecho indubitable de que Dios no se contradice: cuando se revela no puede mentirse, ni mentirnos. Con esta confianza avanzaremos seguros procurando resolver las aparentes contradicciones.

II.7 Contenido

El tratado de toda ciencia comienza con un apartado epistemológico y luego se adentra en sus objetivos. Lo mismo la teología jurídica. A estas alturas huelga decir que nuestros objetivos comprenden el derecho natural y el sobrenatural. Con todo, lo recuerdo, porque flota en el ambiente la tentación de excluir del campo teológico el derecho natural, el derecho civil o el derecho canónico[81]. Sin menoscabar la legitimidad de realizar estudios más especializados, considero que conviene no perder la perspectiva conjunta y coordinada del derecho natural y sobrenatural.

80. La vida sobrenatural cuenta con potencias, hábitos y actos propios que *se añaden* a los de la vida natural. Por eso, «se distingue la ley antigua de la ley natural, no como totalmente extraña a ésta, sino como una adición de la misma. Y como la gracia presupone la naturaleza, así la ley divina presupone la ley natural», (*Summa Th.* I-II, q. 99, a. 2, ad 1).
81. Sobre la exclusión del derecho natural y del derecho estatal ya me he referido al principio de esta investigación. Un ejemplo de exclusión práctica del derecho canónico lo tenemos en F. D'AGOSTINO, *Il Diritto come problema teologico*, Recta Ratio, Torino 1995, donde no se menciona.

Por su amplitud de miras, la teología puede emitir un juicio sobre cualquier realidad jurídica, general o particular, real o teórica. Hervada distingue cuatro niveles de conocimiento de la realidad jurídica: (i) el nivel fundamental, que se mueve en el grado máximo de abstracción en el plano ontológico o metaempírico; (ii) el científico (o «ciencia jurídica» en sentido estricto), caracterizado por ser un conocimiento fenoménico que partiendo de las causas próximas y captables por los sentidos, elabora un esquema conceptual de la realidad jurídica; (iii) el casuístico jurídico, que siendo menos abstracto y más práctico, busca sintetizar las conclusiones derivadas de los niveles anteriores para resolver casos pasados o futuros; y, (iv) el prudencial, que se mueve en el campo de las decisiones[82]. Estimo que la teología jurídica se moverá en paralelo a estos cuatro niveles de conocimiento y, a la vez, en paralelo a todas las ramas del Derecho[83], pero siempre desde su perspectiva formal. Artigas parece sugerirlo cuando ha afirmado que la teología (junto con la metafísica) es una ciencia "sapiencial", llamada a unificar y a dar coherencia a todo el conocimiento humano (lo que resulta posible solo desde la perspectiva de las causas últimas)[84].

Me abstendré de hacer una clasificación más concreta de contenidos porque las clasificaciones podrían ser infinitas. En cambio, sí advertiré que algunos esquemas facilitan mucho el enfoque teológico, como el célebre de la Suma Teológica del Aquinate. Una clasificación basada en el esquema de causas trasluce bien la perspectiva teológica: Dios como causa final (que comprende la *salus animarum* como suprema ley del *corpus iuris personae*, el principio *pro Deo*, etc.), Dios como causa eficiente de la *lex naturae* y de la *lex gratiae*, Dios como causa ejemplar del orden jurídico, de los sujetos de derecho, de lo justo, etc. Luego vendría el análisis de las causas segundas del Derecho (v. gr. la libertad del hombre, la potestad de las autoridades para crear leyes, etc.), jerárquicamente subordinadas a la Causa primera[85].

82. J. HERVADA, *Lecciones...*, pp. 596-599.
83. No es baladí confrontar la relación Derecho–Teología del derecho, con la relación Moral-Teología moral. Los cuatro niveles del conocimiento apenas descritos también aparecen en la ciencia moral y en la teología moral. Igual en nuestra materia. Por ejemplo, si la teología casuística moral da su opinión teológica sobre la bondad de acciones, relaciones, normas u organizaciones humanas concretas, otro tanto hará la teología jurídica, no sobre la bondad, sino sobre la justicia.
84. Cfr. M. ARTIGAS, pp. 140 y ss.
85. En la metafísica es controvertida la adjudicación de la causalidad a Dios. Sin entrar al fondo del asunto, solo apunto que hablamos en un sentido analógico o diverso, pues es evidente que las cuatro causas clásicas no se dan lo mismo en el universo, que en Dios. Interesante son los matices formulados a la causalidad trascendental (causalidad eficiente

Dentro de la amplia temática de la teología jurídica hay un tema que sin duda ocupa un puesto privilegiado y que ha sido el motivo que nos ha llevado a escribir este artículo: el tema de los aportes posibles de la fe al mundo jurídico. La teología jurídica debe orientar sus mejores esfuerzos para ofrecer al Derecho conclusiones que le permitan desarrollarse como ciencia jurídica, humanizar el ordenamiento jurídico y cristianizar la sociedad. Si las conclusiones de la teología jurídica son suficientemente nítidas[86], ellas constituirán un patrimonio común a la Teología y al Derecho, un rico acervo que cada ciencia analizará desde su perspectiva.

En general, las conclusiones de la teología jurídica pueden ser: definiciones de la naturaleza humana o del mundo creado, de sus propiedades esenciales o de otro presupuesto normativo (máxime en el campo sobrenatural); fines y valores humanos que constituyan fines y valores jurídicos, por ejemplo, por formar parte del bien común[87]; aclaraciones sobre los principios generales del Derecho, a los que se llega de forma más fácil desde la teología; la determinación de preceptos de naturaleza, de derechos subjetivos naturales, obligaciones, etc. Evidentemente la teología jurídica no solo tratará de estas cosas, que son solo conclusiones, sino que abarcará toda su fundamentación última, los aspectos relacionados con la salvación, etc. Pero esto será lo más interesante que podrá ofrecer al Derecho, tema del que pasamos a ocuparnos inmediatamente.

III. Posibles aportes de la fe al Derecho

Ha llegado el momento de responder la pregunta inicial: ¿puede la fe aportar algo al Derecho? Después de lo examinado la respuesta técnica resulta muy sencilla: sí, la fe aporta una fuente de Derecho. Esto es mucho más que atribuirle a la fe un mero papel orientativo o ejemplar del Derecho[88].

divina) por F. Ocáriz en ID., *Naturaleza, Gracia y Gloria*, EUNSA, Pamplona 2000, pp. 20-22.

86. Nítidas para los juristas, expresadas en su lenguaje y usando sus conceptos. Muchas veces convendrá que tales conclusiones se redacten bajo la técnica legislativa, lo que facilitaría la abstracción y precisión propia del Derecho. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones...*, pp. 618-620.

87. Recordamos que la clásica definición de ley incluye el bien común como causa final. Algo semejante se predica de toda relación social, incluida la jurídica. Luego, los valores desempeñan un importantísimo rol en el ordenamiento jurídico y en todo tipo de derecho.

Se trata de una fuente de derecho absolutamente peculiar, caracterizada por su autoridad y por su altísimo grado de certeza, mucho mayor al de otras fuentes del Derecho como la jurisprudencia, la doctrina o la costumbre. Al jurista le ayuda a ir rápidamente a la verdad jurídica, a identificar la cosa justa *de forma fácil, rápida y sin mezcla de error*[89]. La fe le permite al Derecho, como a toda ciencia, adelantar audazmente en sus conocimientos, le plantea nuevos desafíos. Cuando la ciencia se mira en el espejo de la fe descubre sus imperfecciones, y entonces puede solucionarlas. En una palabra, la fe es el *rodrigón* del Derecho, aquel palo guía que le permite a cualquier rama del árbol crecer segura, recta y con garbo.

Dada esta primera contestación genérica, pasamos a ver cómo opera esta fuente de Derecho en el ámbito natural y en el sobrenatural.

III.1 Aportes al Derecho natural

En el derecho natural la fe será una fuente de conocimiento jurídico «adicional», declarativa, no constitutiva ni determinativa de derecho. Será fuente de Derecho por la vía, no tanto de la «potestas», como de la «auctoritas». La razón seguirá siendo capaz de descubrir la *res iusta iuris naturalis* sin el auxilio de la fe, aunque, sin duda, sola deberá transitar un camino más tortuoso, lento y con riesgos de error. Bien puede decirse que la fe es el intérprete auténtico del derecho natural.

Descendiendo al detalle, conviene distinguir la forma en que funcionan las diversas fuentes de la fe. La Escritura, la Tradición y el Magisterio están inspirados por el Espíritu de Verdad, que en el fondo es el garante de la certeza de nuestra fe. Las tres fuentes nos proporcionan una interpretación auténtica de la verdad jurídica, pero cada una a su modo. Buenos ejemplos son los diez mandamientos, el principio de igualdad que despuntó en el derecho eclesial en los primeros tiempos[90] y la actual doctrina social de la Iglesia[91].

88. Por eso nos parece insuficiente la afirmación de que «non spetta alla teologia andare in soccorso delle buone ragioni del diritto naturale»; «il compito della teologia non è quello di rendere pensabile il diritto naturale, ma quello di offrire al diritto positivo un orizzonte di senso». F. D'Agostino, «La teologia del diritto positivo: annuncio cristiano e verità del diritto», en Simposio Internazionale Evangelium Vitae e Diritto, Roma, 23-25-V-1996, n. 4.

89. Cfr. Concilio Vaticano I, const. Dei Filius, n. 2.

De las tres fuentes, la que mejor se adecua al lenguaje y perspectiva de cada época es el Magisterio, que no hace sino reproponer la doctrina de siempre a todas las generaciones. Cuando habla de derecho natural hace una interpretación auténtica, dictada con la autoridad del Creador de la naturaleza humana[92]. Se trataría de una interpretación auténtica hecha «per modum magisterium», según la expresión acuñada por varios magistrados de la Rota Romana y de la Signatura Apostólica (v. gr. Stankiewicz, Burke).

Otra peculiaridad del Magisterio es su versatilidad: puede pronunciarse en abstracto o en concreto. La doctrina social de la Iglesia es un pronunciamiento general y abstracto de la realidad. En cambio, la «denuncia profética»[93] que condena en razón de justicia la actuación de un gobierno o de un funcionario, es un pronunciamiento sobre un aspecto concreto de la realidad, una interpretación auténtica de la doctrina tradicional *ad casum*.

Hemos visto que no corresponde al Magisterio auténtico la *determinatio* de soluciones positivas para el orden temporal; su misión es la de *concluir* cuáles son los límites del derecho natural. «Otra cosa es que ofrezca esas soluciones, o apoye tales o cuales iniciativas, en virtud del influjo o autoridad moral que posee y para ayudar a la paz y el progreso. Al decir que en sentido estricto "no puede" dar soluciones, más allá de la ley divina, lo que se quiere afirmar es que carece de potestad de magisterio para ello; en otras palabras, que la solución que ofrece no vincula la fe ni el pensamiento del fiel. La ley natural contiene tan sólo un número limitado de preceptos. Sobre esta base, Dios ha dotado a la sociedad civil del poder de autorregularse

90. Muchos siglos antes de la abolición de la esclavitud se admitieron esclavos dentro de la jerarquía eclesiástica. Paradigmático es el caso del santo Papa Calixto (217-222), que era esclavo, hijo de esclava; luego de su liberación fue ordenado diácono y elegido Papa. Cfr. J. LORTZ, *Storia della Chiesa in prospectiva di storia delle idee*, I, Edizioni Paoline, Milano 1992, p.178; J. ZEILLER, «La sede romana», en R. FARINA, (ed.), *Storia Della Chiesa*, II, Torino 1972, pp. 577-578.
91. Comúnmente se acepta que, aunque la naturaleza de la doctrina social de la Iglesia es teológica-moral, abriga un importante componente de derecho natural. Cfr. M. PAGANELLA, *La dottrina sociale della Chiesa & il diritto naturale*, Milán 2009, *passim*, que cita en apoyo numerosas alocuciones pontificias, a las que nos remitimos.
92. En esta línea, Llobell sostiene que «la dichiarazione magisteriale, pur non avendo una valenza giuridica formale, ha il valore di evidenziare il diritto divino, il quale ha valore giuridico in sé» (J. LLOBELL, «Note a proposito dell'ultimo Discorso di Giovanni Paolo II alla Rota Romana (29 gennaio 2005) e del volume *"Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)"*», en *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 547-564.
93. Sobre la denuncia profética cfr. J. HERVADA, «La relación Iglesia-mundo», en *Vetera et Nova*, EUNSA, I, Pamplona 1991, pp. 703-723.

mediante la ley positiva o ley humana. Esta autonomía se funda en que las soluciones e iniciativas que no son de ley natural no son necesariamente únicas (...). No es otra cosa que el fundamental principio de autonomía de lo temporal»[94].

Por ser derecho divino, la dimensión jurídica de la fe se configura como norma de mayor rango jerárquico, enquistándose en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Representa el núcleo más duro de los derechos fundamentales y de los derechos humanos; incluye los principios más primigenios del Derecho, capaces de llenar cualquier laguna normativa; contiene los dogmas y valores más esenciales del derecho constitucional, que fundan y orientan el derecho positivo. Como toda norma suprema, la fe presenta un amplio espacio jurídico de libertad donde el derecho positivo puede *determinarse*[95] y fija los límites últimos de todo ordenamiento jurídico[96]. Estamos, pues, ante el núcleo duro del derecho constitucional: el derecho natural constitucional.

La teología jurídica, desde su perspectiva de las causas últimas divinas, está bien provista para estudiar el bloque de constitucionalidad, que, a su modo, es causa última del ordenamiento jurídico.

Hemos de reconocer que una teología del derecho natural convencerá más al cristiano, que al no creyente. Como dice Messner, «el jurista cristiano reconocerá sin limitación alguna la religión en general y la religión revelada en particular como fuente originaria y poder sancionador del Derecho natural. Por el contrario, se dificulta el acceso al Derecho natural a aquel que se encuentra alejado del mundo de creencias cristianas cuando se interpreta a partir de verdades de fe teológicas (reducción del Derecho natural a la Teología) y no a partir del conocimiento racional (...). Cierto es, sin embargo, que no hay ninguna verdadera objeción contra una "teología del Derecho natural" que encierra una rica problemática de carácter material, epistemológico y metodológico»[97].

94. J. HERVADA, *ibid.*, p. 1143.
95. Bajo estos términos, la denuncia profética vendría a ser una suerte de sentencia de un alto tribunal que juzga si el caso concreto se acomoda a los imperativos de la justicia constitucional natural.
96. La citada Carta de los derechos de la familia recoge implícitamente este razonamiento. Al inicio señala que sus artículos «en algunos casos, conllevan normas propiamente vinculantes en el plano jurídico; en otros casos, son expresión de postulados y de principios fundamentales para la elaboración de la legislación y desarrollo de la política familiar».

A los no creyentes convendrá mostrar que la Iglesia es una institución con una larga experiencia[98] jurídica, que acopia una jurisprudencia bimilenaria, que por tanto está moralmente autorizada para expresar su opinión jurídica, y que también, como todo grupo humano, ella cuenta con el derecho de libertad de expresión. No obstante, lo que realmente les convencerá no serán los títulos de competencia para hablar de derecho, sino la fuerza de la misma verdad, los aportes efectivos que la teología haga a la ciencia del Derecho.

III.2 Aportes al Derecho sobrenatural

En el derecho sobrenatural la fe, a más de ser fuente de conocimiento de derecho, es también fuente constitutiva de derecho. Sin ella no podríamos ni siquiera captar la *res iusta iuris sopranaturalis* que esencialmente está enraizada en los sacramentos[99]. En definitiva, sin fe no hay sacramentos y sin sacramentos no hay derecho sobrenatural.

En cuanto fuente de conocimiento de derecho, cabe aplicar lo dicho acerca del derecho natural: la fe nos proporciona una interpretación auténtica del derecho sobrenatural, tanto general y abstracta, como concreta *ad casum*. En adición, la fe y la teología están llamadas a definir varias cuestiones nucleares del Derecho sobrenatural: el concepto de diócesis, de ordenación presbiteral, de sacramento, etc.; la organización fundamental de la Iglesia universal, de la parroquia, etc. De hecho, el Código de Derecho Canónico vigente sería impensable sin un Concilio Vaticano II: «en cierto modo puede concebirse este nuevo Código como el gran esfuerzo por traducir al lenguaje *canonístico* esa misma doctrina, es decir, la eclesiología conciliar. Y aunque es imposible verter perfectamente en la lengua *canonística* la imagen de la Iglesia descrita por la doctrina del Concilio, sin embargo el Código ha de ser referido siempre a esa misma imagen como al modelo principal cuyas líneas debe expresar él en sí mismo, en lo posible, según su propia naturaleza»[100].

97. J. MESSNER, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho natural*, Rialp, Madrid 1967, p. 351.
98. El ser «experta en humanidad» fue justamente el título de competencia en el que PABLO VI se amparó para dirigir su magisterio a la humanidad entera. Cfr. Discurso a la ONU, 4-X-1965, nn. 2 y 3. Cfr. también CDSI, nn. 61 y 560.
99. Cfr. J. HERVADA, «Las raíces sacramentales del derecho canónico», en *Vetera et Nova*, I, pp. 297-319.

En cuanto fuente constitutiva de derecho sobrenatural observamos que quien se pronuncia con la autoridad de Cristo (cosa natural al Magisterio y a la Escritura) es a la vez rey, profeta y sacerdote: sus juicios sobre la verdad jurídica no solo «concluyen» qué es derecho, sino también «determinan» los espacios jurídicos abiertos. En realidad existe una «conexión intrínseca de las normas jurídicas con la doctrina de la Iglesia»[101]. Por esto los Papas han repetido que «en realidad, la interpretación auténtica de la palabra de Dios que realiza el Magisterio de la Iglesia tiene valor jurídico en la medida en que atañe al ámbito del derecho, sin que necesite un ulterior paso formal para convertirse en vinculante jurídica y moralmente. Asimismo, para una sana hermenéutica jurídica es indispensable tener en cuenta el conjunto de las enseñanzas de la Iglesia, situando orgánicamente cada afirmación en el cauce de la tradición. De este modo se podrán evitar tanto las interpretaciones selectivas y distorsionadas como las críticas estériles a algunos pasajes»[102].

Llobell ha concretado cuatro formas en que la doctrina magisterial opera dentro del ordenamiento canónico: (i) es una interpretación auténtica de las normas canónicas; (ii) contiene la mente del legislador; (iii) llena las lagunas de ley; (iv) excepcionalmente incluso sanciona una ley canónica. Sostiene que si una sentencia de un tribunal eclesiástico contradijera el Magisterio, incurriría en una «*violatio adlocuotinis*» susceptible de impugnación[103]. Confrontando esto con lo visto *ut supra*, tenemos que, en tanto las funciones mencionadas se limiten a concluir el derecho, no requerirán el ejercicio de la potestad legislativa; viceversa, si producen regulación «ex novo» será necesaria una participación más conciente y voluntaria de la autoridad para producir derecho (para determinarlo). Generalmente habrá que presumir alguna intención regulativa en las alocuciones públicas dirigidas específicamente a los tribunales, dicasterios y funcionarios eclesiásticos.

100. Juan Pablo II, Const. Apost. *Sacrae disciplinae leges*, 25-I-1983. Como se ve, entre teología y derecho canónico hay diversas relaciones: una de *aprendizaje*, en donde la teología lo analiza como *locus theologicus*; otra de *juzgamiento*, donde la teología juzga la justicia del derecho canónico vigente *hic et nunc*; y otra de *aporte*, donde la teología proporciona sus conclusiones al mundo canónico, que es a la que aquí nos referimos.
101. Juan Pablo II, Discurso a la Rota Romana, 29-I-2005, n. 6§1.
102. *Ibidem*, n. 6§§3-4; Benedicto XVI, Discurso a la Rota Romana, 26-I-2008.
103. Cfr. J. Llobell, *passim*. En similar línea cfr. G. Comotti, *Considerazioni circa il valore giuridico delle allocuzioni del Pontefice alla Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), pp. 3-20. En contra, cfr. la introducción de U. Navarrete hecha a la obra *Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2003)*, Libreria Editrice Vaticana, Vaticano 2004, pp. 10-11.

¿Pertenece la dimensión jurídica de la fe al orden constitucional del derecho sobrenatural? En principio sí[104], siempre que: (i) sea propiamente fe; y, (ii) la dimensión jurídica venga dada por la vía de la *conclusio* (no de la *determinatio*)[105]. Es constitucional por las mismas razones antes argüidas para el derecho natural: fija los límites legales, señala los valores y fines del derecho, etc. Pero existen otras razones. En la Revelación está compendiada la voluntad de Cristo de fundar su Iglesia, voluntad que es propiamente un acto del poder constituyente originario. En adición, Hervada ha afirmado que «la posición constitucional de los miembros del Pueblo de Dios tiene una raíz ontológico-sacramental»[106]. En efecto, el derecho constitucional más medular de toda constitución es de base ontológica.

A la par del derecho natural, la dimensión jurídica de la fe también constituye el núcleo duro del derecho sobrenatural. Tan duro es, que aunque algún día formalmente se promulgase una ley constitucional en la Iglesia, las Escrituras, el Magisterio, la doctrina de los Concilios válidos, etc. seguiría estando por encima de esa ley fundamental.

A lo largo de este trabajo de intento hemos distinguido el «derecho sobrenatural» del «derecho canónico» o «eclesiástico». Hay una razón de fondo. Con Rouco Varela consideramos al derecho canónico como una especie de derecho sobrenatural, sin duda la especie *princeps*. Sin embargo, me separo de él cuando afirma que el derecho canónico es «la única versión histórica y categorialmente disponible del Derecho sobrenatural»[107]. Soy de la opinión de que toda comunidad cristiana que celebre válidamente cualquier sacramento tiene una cosa justa, alrededor de la cual se tejen múltiples rela-

104. La función constitucional del derecho divino ha sido resaltada por varios autores. Cfr. S. GHERRO, *Diritto Canonico. I. Diritto Costituzionale*, 3ª ed., CEDAM, Padua 2006, cap. II y III; E. MOLANO, *El Derecho constitucional y la estructura de la Iglesia*, en *Ius Ecclesiae*, 95 (2008), pp. 91-116; con matizaciones, J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, EUNSA, Pamplona 1987, pp. 89-92.

105. Naturalmente los actos o pronunciamientos sobre el derecho meramente eclesiástico no son de fe, ni pertenecen *necesariamente* al orden constitucional. Hacemos esta puntualización porque por la intrínseca unión de las funciones sacerdotales no siempre resulta fácil distinguir el ejercicio del *munus regendi* de los actos de Magisterio auténtico.

106. J. HERVADA, *Elementos*..., p. 95. Repárese, sin embargo, que nuestro concepto de constitución es ligeramente diverso, en cuanto incluye junto a los derechos nativos humanos, los fines, valores y principios constitucionales.

107. A. M. ROUCO VARELA, «¿Filosofía o Teología del Derecho? Ensayo de una respuesta desde el Derecho Canónico», en L. (ed.), SCHEFFCZYK (ed.), *Wahrheit und Verkündigung. Michael Schmaus zum 70. Geburtstag*, Manchen-Paderborn-Wien 1967, II, p. 1733.

ciones jurídicas. Mientras más de los siete sacramentos admitan y más elementos de verdad posean, más amplio será su derecho sobrenatural. ¿A quién escapa la dimensión jurídica existente en las comunidades ortodoxas, anglicanas o incluso en varias iglesias protestantes? Lutero quemó el *Corpus Iuris Canonici*, pero nunca pudo ponerle fuego a la justicia que intrínsecamente existe en los sacramentos y en la misma comunidad cristiana.

Termino redimensionando la mentada afirmación de Rouco Varela. El derecho canónico no es solo el analogado principal del derecho sobrenatural, sino de todo derecho. Por su cercanía a las fuentes de fe él es el primero en empaparse del mensaje evangélico, en cristianizarse, en humanizarse. No en vano Juan Pablo II lo ha puesto como modelo ante las naciones, como «*speculum iustitiae*»[108]. Por consiguiente, pesa sobre los canonistas la responsabilidad de que siempre sea imagen fiel de lo justo.

108. Cfr. Discursos de JUAN PABLO II a la Rota Romana de 17-II-1979, n. 1, y de 26-I-1989, n. 10.



NUESTROS PRODUCTOS:

cepnet

www.cep.org.ec
e-cep
e-books legales

DOCTUS

OBRAS DE DOCTRINA

OBRAS ACTUALIZABLES

Jurisprudencia

LEGISLACIÓN CODIFICADA

Acuña E2-02 y Agama.
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256
E-MAIL: ventas@cep.org.ec WEB: www.cep.org.ec
Apartado 172100186
Quito - Ecuador



Una completa colección de toda la información legal integrada en un CD que Ud. debe aprovechar

Software Legal CEP-NET

- Contiene toda la información legal actualizable en un solo formato tal como: códigos y leyes con su normatividad debidamente concordada, doctrina, jurisprudencia, diccionarios e información práctica; creando de esta forma una herramienta de consulta ágil, actualizada, dinámica y amigable que le permitirá optimizar su tiempo en las búsquedas jurídicas y efectuar de manera eficiente sus consultas legales.
- Es un software de fácil instalación, por materias sectores legales, con el objeto de que usted pueda seleccionar sus compras de acuerdo a sus necesidades
- Las licencias otorgadas tienen vigencia para actualización durante un año, vía web o CD.

e-cep
E-BOOK LEGAL

Si desea comprar un libro digital e-cep ingrese a las siguientes librerias virtuales:

http://ebookcep.libri.mx
http://ebook.cep.org.ec

Si desea conocer más acerca de los e-books libros digitales ingrese a:

www.todoebook.com/info/info.aspx

más información en
www.cep.org.ec

Quito: Acuña E2-02 y Agama telf.: 2221711
Guayaquil: Centro Comercial Garzocentro 2000 Ofc: 901 telf: 2279 035
Cuenca: Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf: 2837281
email: ventas@cep.org.ec

5.

EN HOMENAJE AL DR. JUAN LARREA HOLGUÍN (1927-2006)

EL JUICIO REIVINDICATORIO[1]

Juan LARREA HOLGUÍN[2]

El Código de Procedimiento Civil dedica secciones especiales para diversos juicios de singular importancia, como los de partición, los posesorios, los relativos a servidumbres, a la expropiación, a las pruebas del estado civil, etc., pero no contiene ninguna disposición que se refiera específicamente a la reivindicación. Resulta evidente que esta acción judicial debe tramitarse según las reglas del juicio ordinario.

La frecuencia con que se plantean esta clase de litigios es tal que se puede hablar de un "juicio de reivindicación", teniendo en cuenta que la abundante jurisprudencia ha configurado algunas características que pretendo resumir a continuación. Expondré lo relativo a la demanda, las excepciones, la reconvención, las pruebas, algunos casos especiales y la ejecución de la sentencia.

Como en estas *litis* se discute sobre la propiedad, lo primero que aparece con evidencia es que se debe determinar claramente el objeto al que se refiere la demanda cuyo dominio reclama el actor contra un demandado que está en posesión de esa cosa. Si no se especifica e individualiza suficientemente la cosa reclamada, el juez debe rechazar la demanda. Antes de dar trámite al asunto, el juzgador puede ordenar que se determine mejor, que se aclare la demanda.

1. Artículo publicado en homenaje póstumo al cumplirse cinco años del fallecimiento de Monseñor Juan Larrea Holguín, excelso jurista.
2. (1927 – 2006) Fundador Corporación de Estudios y Publicaciones. Vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral, Asesor de la Presidencia de la República, Asesor de la Corte Suprema de Justicia. Fue miembro de las Academias de la Lengua, de Historia, de Historia Eclesiástica, de la Junta Consultiva de Relaciones Exteriores. Catedrático de las Universidades Católica y Central de Quito, de la Católica de Santiago de Guayaquil, del Instituto de Altos Estudios Nacionales, de la Academia de Diplomacia. Recibió las distinciones de Doctor "Honoris Causa" de la Universidad Católica de Guayaquil, el Premio Tobar del Municipio de Quito y el Premio Nacional Eugenio Espejo. Fue el primer Vicario Castrense de las Fuerzas Armadas, Obispo Auxiliar de Quito, Obispo de Ibarra, donde funda el seminario Nuestra Señora de la Esperanza; Arzobispo de Guayaquil.

La duda sobre la identidad del objeto puede surgir posteriormente, esto es, cuando el demandado pretenda -y tal vez, demuestre- que lo que él posee es una cosa distinta de la demandada, total o parcialmente. Entonces, tampoco tendrá éxito la demanda, que será rechazada por el juez en la sentencia. Muchísimos fallos de las diversas Salas de la Corte Suprema coinciden en esta invariable conducta de rechazar la acción cuando no ha logrado demostrar el actor que lo que reclama es lo mismo que posee el demandado[3].

Si no se allana el demandado, puede contestar con la negativa simple y pura de todo lo afirmado en la demanda, con lo cual la carga de la prueba recae íntegramente en el actor. Lo más frecuente es, sin embargo, que el demandado oponga excepciones dilatorias y perentorias, que, si entrañan hechos positivos, tendrá que demostrar él, salvo que se presuman o que sean aceptados también por el actor.

Entre las excepciones perentorias, varias veces se ha planteado la de *litis* pendencia, pero no siempre con acierto. Efectivamente, no puede alegar el demandado que se está tramitando otro juicio igual, si la otra controversia se refiere a la posesión. Ciertamente el propietario está reclamando que se le devuelva la posesión de lo que es suyo, pero su pretensión se basa en la propiedad y ante todo la acción resguarda la propiedad misma, de modo que no se admite tal excepción en estas circunstancias[4].

Entre las excepciones perentorias resultan muy frecuentes estas tres: negativa de que el reclamante sea dueño o tenga derecho de reivindicar; negativa de que el demandado sea poseedor; falta de determinación o identificación de la cosa reclamada.

Evidentemente, de las tres mencionadas excepciones, la primera suele ser la más grave, la de fondo, y sobre este asunto se centran la mayor parte de las sentencias así como en el análisis de las pruebas sobre la propiedad.

3. La falta de claridad en la demanda puede también referirse al derecho mismo que se reclama éste debe ser el de propiedad u otro derecho real (menos el de herencia), y no puede confundirse la reivindicación con una acción posesoria, en la que se reclama precisamente la posesión y no la propiedad, así resolvió la Primera Sala en juicio 359 Robinson-Casco de 16 de diciembre de 1981. En cuanto a la falta de determinación de la cosa, ya se citaron antes varias sentencias y hay muchísimas más, como simple ejemplo, véase una de la Tercera Sala Guamán-Ullaguari, de 30 de julio de 1992.
4. En el sentido indicado, Sentencia de la 4ª Sala, juicio 240 Ruiz-Ganciano, de 22 de junio de 1982; de la 5a Sala, juicio Guerrón Asencio, sentencia de 26 de abril de 1989.

De esto se dirá algo, más adelante.

Respecto de la negación de ser poseedor, hay múltiples actitudes en los demandados: algunos niegan rotundamente esa calidad, sin más explicaciones; otros, pretenden estar solamente en tenencia de la cosa, en virtud de un contrato con el mismo demandante o con otra persona; hay quienes, cumpliendo el mandato legal, señalan en nombre de quien tiene la cosa; finalmente, otros aceptan ser poseedores y, frecuentemente, sostienen que les asiste derecho para poseer, o aun, sustentan su posesión en la pretensión de ser propietarios. Se dan casos de contradicción -con bastante frecuencia-, pues, el demandado que niega ser poseedor no puede al mismo tiempo reclamar indemnizaciones por mejoras introducidas en la cosa, las cuales se reconocen por el derecho a favor del poseedor[5].

Además de contestar con sus excepciones, el demandado puede reconvenir, es decir, contrademandar al actor, reclamando la propiedad. La reconvención, resulta una verdadera acción declarativa de dominio. Lógicamente, el actor tiene que contestar a la reconvención y podrá entonces, oponer a su vez, sus propias excepciones. La sentencia debe resolver conjuntamente sobre la acción y la reconvención, considerando las excepciones de las dos partes litigantes y las pruebas de una y otra. Se han producido algunos casos de nulidad de lo actuado en juicio, por no haberse dado oportunidad al actor para presentar sus excepciones a la contrademanda, y también casos de nulidad de la sentencia, por no haber resuelto el juez sobre la reconvención[6].

Bien planteada la reconvención, permite una amplia discusión sobre el asunto fundamental de saber quién es el verdadero propietario. Pero el que reconviene ha de tener cuidado de no incurrir en contradicciones o en proponer excepciones incompatibles con la reconvención, así, es absurdo que un demandado sostenga, por una parte, que no es poseedor, y por otra, que pretenda haber adquirido la propiedad por prescripción adquisitiva, lo que supone el ser poseedor.

Tampoco se admite que a pretexto de reconvención, el demandado pretenda que el juez declare en la sentencia, que el título de propiedad del actor sea nulo, o que el demandante no tenga la calidad de heredero de quien fue

5. Ejemplo de contradicción en el demandado, en el juicio Iza-Capus, sentencia de la 1a Sala de 10 de junio de 1985.
6. Cfr. Juicio 49 de la 2ª Sala, Auto de 10 de marzo de 1972.

propietario, u otro asunto que constituye una cuestión previa y distinta del juicio de reivindicación[7].

Lo más decisivo en los juicios de reivindicación consiste en la prueba tanto del dominio como de la posesión (lo que entraña también el problema de la identidad de la cosa, que debe ser la misma poseída por uno y de propiedad de otro). Sobre las pruebas en juicios reivindicatorios, contamos con abundantísima jurisprudencia[8].

La prueba de la propiedad de los muebles puede consistir en declaraciones de testigos, documentos públicos o privados, como facturas comerciales, recibos, inventarios, marcas, sellos puestos en las cosas (incluso marcas tatuadas en el ganado), etc. No se excluye la posibilidad de la confesión judicial como prueba de la propiedad de estos bienes, y también caben presunciones judiciales, por ejemplo, por la comparación con otras cosas del mismo dueño con las cuales lo reivindicado forma un "juego" o conjunto. Para este efecto, suele tener importancia decisiva la inspección judicial, eventualmente con la intervención de peritos o procediendo a escuchar testimonios oportunos, con vista de lugares y cosas discutidos.

Si el bien reivindicado se ha adquirido por un modo originario, no traslativo del dominio, como la ocupación de cosas sin dueño o la accesión, caben también la prueba de testigos, los documentos privados, la observación actual de la cosa en la inspección judicial y ciertas presunciones. Puede verse un interesante caso de reivindicación de un terreno adquirido por aluvión, en el cual lo determinante de la sentencia dependió de la inspección judicial del sitio[9].

Las pruebas del dominio adquirido por sucesión por causa de muerte, consisten generalmente en testamentos y codicilos y, para las sucesiones intestadas, las partidas de nacimiento y de matrimonio, que demuestran la relación con el causante. Desde luego, se ha de probar el fallecimiento del *de cuius*, normalmente por la partida de defunción. Pero no se plantea en estos

7. Así se resolvió en Sentencia de la 5ª Sala de 2 de febrero de 1973, en sentencia de la 4a Sala, juicio 141, Valle-León, de 12 de mayo de 1976, y en varios otros similares.
8. En mi *Repertorio de Jurisprudencia*, en los 37 volúmenes publicados entre 1977 y 1995 se encuentran más de cuatrocientos resúmenes de sentencias sobre reivindicación, y en prácticamente todas ellas, el análisis de las pruebas del dominio y la posesión, ocupan un lugar destacado.
9. Sentencia de la 3ª Sala en Juicio Pérez-Espinoza, de 29 de enero de 1990.

juicios el derecho de herencia, que, si se discute, tendrá que ser resuelto en otro juicio que verse sobre ello.

La gran mayoría de los juicios reivindicatorios se refieren a inmuebles, edificados o no, tanto urbanos como rurales. En la generalidad de los casos, estos bienes raíces se han adquirido por compraventa y la consiguiente tradición de la cosa, es decir, por escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El título más frecuente es, pues, el de compraventa y se materializa –título cartulario–, en la escritura inscrita.

Pero no hay que sacar la consecuencia de que siempre sea necesario tener un título de este género. Ya hemos mencionado los casos de ocupación y accesión, en los que no se da ningún título escrito; tampoco los hay, muchas veces, en las sucesiones intestadas; y aun hay otros casos, aunque más raros, como los de propiedades inmuebles adquiridas anteriormente al establecimiento del Registro de la Propiedad y que por lo mismo no tienen por qué estar inscritas: hay propiedades asignadas en la fundación de las ciudades en la época colonial, o concedidas por el Estado, de su patrimonio de tierras baldías, con anterioridad al Código Civil y al sistema de registro: esas propiedades tienen verdadero título, que puede ser el de donación, pero no "título cartulario", ni "título inscrito". Naturalmente, este caso se da casi exclusivamente con relación a personas jurídicas, ya que, tratándose de personas naturales, por lo menos se habrán producido una o más sucesiones por causa de muerte, después de la primera adquisición por concesión del Estado[10].

Parecidas reflexiones hay que hacer a propósito de la prueba de la propiedad del Estado, cuando ésta se refiere a la que le corresponde por Ley. El Estado es dueño de las tierras que no tienen otro propietario, pero no se podría presentar una verdadera y completa prueba de este hecho negativo: que no hay otro propietario; es más bien el mismo Estado el que delimita las áreas que se consideran baldías, y si alguien pretende tener dominio sobre ellas, tendría la carga de la prueba. Naturalmente, esto se aplica sólo a los inmuebles adquiridos por Ley, y no a los que haya recibido el Estado de otra manera, como por donaciones, herencias, dación en pago de impuestos, compras, etc. En todos estos otros casos, el Estado tendrá la carga de la prueba, respecto de su pretendida propiedad, de la misma manera que cualquier particular ciudadano.

10. Sobre este asunto me remito a mi libro: *Derecho Eclesiástico*, en el que se desarrolla ampliamente el tema Ibarra, 1983, pp. 171-183.

En todas las circunstancias anteriormente mencionadas, y en otras más, la prueba de testigos será muy útil para la perfecta determinación de la cosa, su situación y linderos, así como para establecer el estado en que se encuentra la cosa o en que se encontraba antes de la posesión por parte del poseedor contra el que se la reivindica. Pero los testigos, de ninguna manera pueden suplir o reemplazar a la prueba por medio de los correspondientes títulos que constituyen solemnidad esencial para la adquisición de inmuebles: escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, se produce diversas situaciones con relación a la prueba mediante títulos cartularios. Esquemáticamente, podemos plantear las siguientes: a) Ninguno de los litigantes, ni actor ni demandado, presentan títulos (en debida forma, escrituras inscritas y no declaradas nulas); b) Solamente el actor presenta título satisfactorio; c) Solamente el demandado tiene un título aceptable; d) Ambas partes tienen títulos, contrapuestos.

No hay mayor problema en los casos b) y c), ya que el juez dará la razón a aquella parte que es la única que prueba el dominio a su favor, sea actor o demandado, con la prueba apropiada y en debida forma, escritura inscrita en el Registro de la Propiedad.

En la primera hipótesis (a), el juez habrá de analizar el motivo por el cual no existen o no se han presentado los referidos títulos, por ninguna de las partes. Si es porque el bien procede de un modo que no requiere título, como en los casos de accesión, naturalmente no se puede exigir dicha prueba y tendrán que demostrarse los hechos que originan el derecho, por otros medios; por peritos, testigos, inspección judicial, presunciones, etc. Según estas otras pruebas, el juzgador dará la razón a quien haya demostrado tenerla.

El caso más difícil consiste en que ambas partes tengan títulos formalmente equivalentes, (caso d), por ejemplo, tanto el actor como el demandado han comprado la misma finca por medio de escritura pública. Aquí habría, en principio que establecer una serie de hipótesis subordinadas: ambas escrituras están inscritas, sólo una está inscrita, ninguna está inscrita. Se dará preferencia a aquella que únicamente esté inscrita, ya que sólo ella es apta para transferir el dominio según nuestro sistema. Si ambas están inscritas, evidentemente se ha cometido un error en el Registro de la Propiedad, porque no cabe que un mismo inmueble pertenezca en su totalidad a dos personas distintas, y el Registrador debió negarse a realizar la segunda inscripción (salvo

naturalmente, que se trate de transferencia de un primer propietario al segundo), pero esta nulidad de la segunda inscripción debería declararse en el juicio dirigido a ese efecto. En cambio, si ninguna de las dos escrituras está inscrita, realmente ninguna de las dos partes puede probar plenamente la propiedad (por la falta de inspección), y, en igualdad de circunstancias, el juez tendrá que dar la preferencia a quien posee la cosa, o a quien la posee con mejor derecho (si por parte de ambos hay señales de posesión), es decir, que el asunto tiene que resolverse con el complemento de otras pruebas que abonen a favor del uno o del otro[11].

La sintética explicación anterior debe entenderse con las lógicas modificaciones que derivan de múltiples situaciones más complejas que las planteadas esquemáticamente. Conviene revisar algunos casos especiales que se han presentado ante los tribunales.

Se ha litigado presentando el actor una escritura de compraventa del inmueble que pretende reivindicar, pero no inscrita todavía, verificándose la inscripción después de citada la demanda al poseedor. La Corte, rechazó, con toda razón, la demanda, porque el reivindicador realmente no era propietario al momento en que se trabó la *litis*, aunque llegara posteriormente a adquirir la cosa por la tradición producida por la inscripción tardía en el Registro de la Propiedad. Este actor se vería, sin duda en una dificultad, porque, si pretende salvar su dominio tendrá que iniciar nueva acción y corre el riesgo de que se presente la excepción de cosa juzgada, ante la que tendrá que demostrar que se funda en un hecho nuevo, posterior al primer juicio: la inscripción que le confirió el dominio[12].

Varios casos se han presentado de reivindicadores que fundan su derecho en una sentencia judicial previamente inscrita, sea un fallo reconociendo la adquisición por prescripción o en juicios entre herederos u otros similares. Naturalmente este título inscrito permite al actor triunfar y ver reconocido su derecho en el juicio reivindicatorio[13].

11. Puig Peña, F. *Compendio de Derecho Civil Español*, Vol. 2, pp. 115-123, plantea estos diversos cosos, según las disposiciones del Derecho español, que difieren un tanto del nuestro, aunque coincidimos en el análisis lógico.
12. Sentencia de la 1a Sala, juicio Saquipulla-Pastoizaca de 2 de diciembre de 1985.
13. Por ejemplo, Sentencia de la 3ª Sala, juicio Velasco-Toapanta, 6 de marzo de 1990.

En cambio, se ha rechazado al reivindicador que ha pretendido vencer al poseedor que tiene título inscrito, sin presentar el actor, a su vez, otro título inscrito (que pudo ser una sentencia anterior, que reconociera su derecho)[14].

Habiendo vendido una finca una persona hace, posteriormente, testamento y deja esa misma finca a un pariente. El testamento no altera la validez y eficacia de las escrituras anteriormente inscritas, de modo que no pudo el reivindicador, fundar en el testamento su falsa pretensión[15].

Una hijuela de partición debidamente inscrita, es título de propiedad suficiente, pero no se puede admitir una hijuela de partición no realizada por escritura ante notario, o por sentencia judicial –ambas inscritas–, sino meramente privada. Si una o más partes no tienen la libre disposición de sus bienes, la partición debe ser necesariamente judicial, y sin ese requisito la partición será ineficaz para conceder el dominio a cada copartícipe, sobre su respectiva cosa, y no podrían reivindicar con un título imperfecto[16].

En una sentencia se analiza el caso de que ambos litigantes han presentado títulos inscritos, y declara que debe darse preferencia al primeramente inscrito en el Registro de la Propiedad del respectivo cantón a que pertenece el inmueble. Tratándose de una partición, aclara, cada asignatario debe obtener la inscripción de lo suyo en el respectivo cantón, si están en varios cantones los bienes hereditarios. La sentencia no reconoce validez al título posteriormente inscrito, sino al primero[17].

Similar al caso anterior, es el de dos ventas sucesivas del mismo bien, realizadas por la misma persona, es decir, que después de haber vendido a una persona, vuelve a vender a otra. Naturalmente, no puede enajenar lo que ya dejó de ser suyo, y por tanto, si la primera venta se perfeccionó por la inscripción en el Registro, la segunda no tiene ningún valor[18].

14. Sentencia de la 2ª Sala, juicio Salcedo-Pilacuan de 22 de febrero de 1983.
15. Sentencia de la 2ª Sala, juicio Riofrío-Villavicencio, 23 de octubre de 1986.
16. Por ejemplo, juicio 293, sentencia de la 2 a Sala de 20 de diciembre de 1971. Otra, de la 5a Sala, juicio Delgado-Herederos de Chévez, 16 de abril de 1990.
17. Sentencia de la 1a Sala enjuicio Ortiz-Salesiana, 19 de enero de 1979.
18. Sentencia de la 1a Sala, juicio 438, Regalado-Ruiz, de 19 de setiembre de 1985.

El reivindicador debe guardar coherencia entre lo que demanda y lo que trata de probar. No se da esta coherencia, si el que pretende ser propietario aduce en la demanda que compró el bien, y luego aspira a demostrar su derecho mediante una escritura inscrita de donación, recibida de persona distinta del vendedor[19].

La falta de título cartulario, cuando debe haberlo, no puede ser suplida por ninguna otra prueba, así lo ha declarado varias veces la Corte Suprema[20]. Equivale a la falta de título, que el presentado sea defectuoso, por carecer de las solemnidades exigidas para que tenga valor. Desde luego, no sirve una copia simple, no autorizada por la firma del Notario, ni puede suplirse esta deficiencia con declaraciones de testigos[21]. Tampoco se puede fundar el derecho de propiedad en escrituras que no contienen el título de adquisición, sino otras determinaciones o contratos, como un acta transaccional por la cual se esclarecen los linderos de dos predios[22].

Desde luego, no se prueba el dominio por medio de una escritura de promesa de venta, aunque a esta pretendida prueba se agregue la confesión del vendedor en el sentido de que realmente vendió el inmueble y recibió el precio y entregó la posesión al comprador. Mucho menos, valdrá tal prueba, si la promesa de compraventa ni siquiera se hizo por escritura pública. Desgraciadamente, estos casos son muy frecuentes, por la ignorancia del derecho y muchas personas resultan perjudicadas[23].

Con relación a la falta de título, es necesario insistir en que el Estado o las entidades públicas, como los Municipios, no tienen que presentar títulos si se trata de bienes que no tienen otro propietario y por esto pertenecen por ley a la Nación; pero tampoco tienen que presentar título si se trata de bienes destinados al uso público, puesto que entonces es también evidente que se trata de bienes públicos, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, salvo que otra persona asuma la carga de la prueba respecto de que no son del

19. Sentencia de la 4ª Sala, juicio Lasso-Lozada, de 31 de octubre de 1975.
20. Sentencia de la 1ª Sala, juicio Gorozábal-García, 11 de noviembre de 1985. De la 3* Sala, juicio 166 Capa-Capa, sentencia de 15 de junio de 1984; otra de la misma Sala. Anangona-Otuña, de 14 de mayo de 1992. De la 5* Sala, Ramírez-Guerrero, de 23 de febrero de 1977.
21. Sentencia de la 5ª Sala, juicio 459 Palacios-Molina, de 22 de abril de 1992.
22. Sentencia de la 1ª Sala, Galán-Lema, de 1984.
23. Sentencia de la 3ª Sala, juicio 170 Tóala-Rodríguez de 20 de mayo de 1983; de la misma Sala, Cordero-Revelo, 13 de mayo de 1986. De la 5ª Sala, Falconí- Vinueza de 20 de marzo de 1989.

Estado. La prueba de que se trata de bienes de uso público, puede consistir perfectamente en testimonios[24].

Presentado en el juicio reivindicatorio un título apropiado, en debida forma y carente de defectos que lo harían incapaz de probar, hay que admitirlo como válido. Si la otra parte sostiene que es nulo, tendrá que demostrarlo y obtener sentencia que así lo declare. Ésta declaración de la nulidad de una escritura pública, según varias sentencias de la Corte Suprema, debe obtenerse en juicio separado, previamente al de reivindicación[25].

Mucho menos, no cabe discutir en un juicio de reivindicación la nulidad de un acto jurídico reconocido previamente como válido por sentencia judicial y que ha dado origen a un título que se presenta en debida forma. Así, en juicio el demandado impugnó inútilmente la validez de una escritura de venta de inmueble realizada por mujer casada, con autorización judicial constante en sentencia. Si la sentencia de autorización fue nula, debió impugnarse oportunamente y en otro juicio[26].

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio a título de heredero o de legatario. El título cartulario más frecuente consiste en un testamento, que es o se convierte en escritura pública (si inicialmente no lo ha sido), mediante las solemnidades de la apertura de la sucesión y del mismo testamento, en caso de ser cerrado. Si la sucesión es intestada, los herederos probarán su condición de tales con las partidas de registro civil que demuestren el matrimonio o el parentesco con el causante, dentro de los grados que la ley determina. Luego, suele procederse a la obtención de la sentencia de posesión efectiva de los bienes del fallecido, por parte de uno o más herederos y a la partición que también constará en escritura pública inscrita, si hay inmuebles, o en sentencia de partición que se protocoliza e inscribe. De suerte que todo el proceso de transferencia de bienes a poder de los sucesores, debe documentarse en la forma solemne, prescrita por la ley, lo cual da origen a los títulos escritos que servirán eventualmente a la reivindicación de uno o más bienes o de una parte de ellos.

24. Sentencia de la 4ª Sala, juicio 135 Lovato-Municipio de Quito, 10 de mayo de 1983.
25. Sentencia de la 3ª Sala, juicio Zarate-Aguilera de 6 de junio de 1985. De la 5ª Sala, juicios No 114 Dilorenzo-Palma, 25 de septiembre de 1989; Romo-Cajamarca, de 9 de marzo de 1990; Mayacela-Paz, 16 de febrero de 1990; Cevallos-Vinces de 27 de agosto de 1990.
26. Sentencia de la 4ª Sala, Mejía-Saeteros, 12 de marzo de 1990.

También en esta materia, se producen irregularidades, sobre todo por las particiones no solemnes y las asignaciones concretas de ciertos bienes a los herederos que, por concepto de su respectiva cuota, comienzan de hecho a tener objetos determinados. A veces, éstos los enajenan y terceras personas entran en posesión de ellos y llegan a adquirirlos por prescripción adquisitiva ordinaria, en virtud de su justo título.

La jurisprudencia ha reafirmado que, también en estos casos, se requiere demostrar el dominio mediante títulos inscritos, siempre que se trata de inmuebles. Quienes, sin la debida partición pretenden poseer una parte o un bien determinado, ejercitan la posesión en su propio nombre y en nombre de los coherederos, de modo que no pueden alegar prescripción adquisitiva contra ellos, ni tampoco ellos pueden reivindicar contra este tenedor, lo que pueden pedir es la partición y el reconocimiento y asignación de su respectiva parte. Sin embargo, se suele considerar poseedores de buena fe a los que detienen una cosa en virtud de esas particiones irregulares, debiendo demostrarse por la parte contraria, la mala fe si es que se pretende imputarla[27].

La jurisprudencia ha dejado muy firmemente establecido que el juicio de posesión efectiva de los bienes hereditarios no es más que de jurisdicción voluntaria, que no tiene por objeto determinar quien sea el propietario de los bienes y que su sentencia no constituye ningún título de dominio, aunque permite la enajenación de los bienes inmuebles. No se puede, por consiguiente, pretender reivindicar una finca fundándose en estas sentencias, ni tampoco cabe oponer como excepción al que reivindica, fundado en verdadero título de propiedad, el hecho de tener el demandado la posesión efectiva de los bienes por sentencia judicial. Esta sentencia sí permitirá probar la posesión[28].

En los juicios partitorios pueden resolverse cuestiones relativas a más de una sucesión hereditaria, cuando uno de los herederos a su vez ha fallecido, dejando herederos. También sucede que se aborden cuestiones no rigurosamente hereditarias, pero que no pueden separarse de la partición sucesoria, como las relativas a los derechos del cónyuge sobreviviente, no a título de herencia, sino de porción conyugal o de gananciales. Todos estos derechos

27. Auto de la 4ª Sala Salazar-Salazar de 31 de octubre de 1985. 3ª Sala, juicio 122, sentencia de 28 de junio 1985 Zeas-Chauca.
28. Sentencia de la 1ª Sala, juicio 218 Robayo-Tituaña, de 19 de julio de 1974. De la 5ª Sala, juicio 585, Espinosa-Azanza, de 15 de julio de 1992.

pueden originar el derecho de propiedad sobre un determinado bien, y la correspondiente sentencia de partición y la hijuela –que debe inscribirse, si hay inmuebles–, serán los títulos que deban presentarse para la reivindicación o para oponerse a ella[29].

Situaciones análogas a las descritas, se producen por las donaciones entre vivos. También éstas deben constar en escritura pública inscrita, si se refieren a inmuebles, además de que deben llenar otros requisitos como la insinuación judicial, si pasan de cierta cuantía, y debe constar la aceptación por parte del donatario.

Si faltan estos requisitos el título no será aceptado en un juicio de reivindicación[30].

Desde la vigencia de la Ley de Reforma Agraria de 1964, todas las reclamaciones jurídicas referentes a tierras rurales, deben realizarse contando con la intervención del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria "IERAC", hasta la derogación de dicha Ley y su reemplazo por la de Desarrollo Agrario, publicada en el Registro Oficial 461 del 14 de junio de 1994, y a su vez reformada ésta por Decreto Legislativo promulgado el 15 de agosto del mismo año; mediante estas dos disposiciones se crea el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario "INDA" que asimismo, debe intervenir como antes lo hacía el IERAC, en los asuntos relacionados con inmuebles rústicos.

El IERAC tenía atribuciones para realizar concesiones de tierras baldías a personas que las cultivaran; podía también resolver en forma judicial sobre el valor de títulos de propiedad agraria y se tenía que contar con el Instituto, en todo juicio tramitado ante los jueces ordinarios, sobre tierras rurales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en asuntos en que debía intervenir el IERAC, es abundante, y se puede sintetizar en las siguientes principales cuestiones:

29. Sentencia de la 1ª Sala Mayorga-García, septiembre de 1980, 4ª Sala, Contreras-Remache, de 17 de diciembre de 1979.
30. Sentencia de la 3ª Sala, juicio Reha-Brusil, de 18 de enero de 1989.

Si no se citó al IERAC, en los juicios en los que se debió contar con él, se produce la nulidad del juicio, que debe ser declarada por el juez o tribunal, incluso sin petición de parte. Pero no hay nulidad, si el IERAC, una vez citado debidamente, no comparece y no interviene de ninguna manera en el juicio[31].

Produciéndose el caso de que una persona ha demostrado por una serie ininterrumpida de traspasos legales de la propiedad, su dominio, que arrancaba del año 1925; en tanto que el demandado compró por escritura pública el mismo terreno al IERAC en 1962, sin que haya probado que el terreno vendido por el IERAC hubiera revertido al Estado, se reconoció el derecho del primero, reivindicante, y se consideró como poseedor de buena fe al demandado, para el efecto de las prestaciones mutuas[32].

En cambio, el hecho de que el IERAC haya concedido amparo posesorio a un individuo, no le constituye en propietario y, habiéndose intentado acción reivindicatoria contra él, el actor obtuvo el reconocimiento de su derecho, mientras que el amparo posesorio le sirvió para cumplir el segundo requisito de la reivindicación, es decir, que el demandado estaba en posesión de lo reivindicado[33].

Las actas de adjudicación de tierras rurales, conferidas por el IERAC, y debidamente protocolizadas e inscritas, se consideran títulos de propiedad suficientes para probar el dominio y poder reivindicar[34].

Una vez realizada una adjudicación por el IERAC, los sucesivos traspasos de la propiedad, deben realizarse legalmente, mediante títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, y contando con la autorización del mismo IERAC, en los casos en que la ley así lo exige, de modo que la falta de esta autorización vicia los títulos traslativos, y así se declara en un juicio reivindicatorio[35].

31. Como un ejemplo de numerosísimas resoluciones en este sentido: Juicio 158 Valladares-Cañar, Auto de la 4ª Sala de 27 de mayo de 1986.
32. Sentencia de la 2ª Sala enjuicio No 209, de 11 de septiembre de 1970.
33. 3ª Sala, juicio Garcés-Paspuel, sentencia de 27 de marzo de 1990.
34. Sentencia de la 5ª Sala enjuicio Quezada-Jadán, de 5 de febrero de 1991. De la 3ª Sala, Juicio Datán-Mancheno, sentencia del 1 de marzo de 1991.
35. 3ª Sala, juicio Duran-Rodas, sentencia de 2 de abril de 1992.

No se pueden alegar en una reivindicación, resoluciones del IERAC que no se demuestre que se refieren al preciso inmueble sobre el que se discute, o que no hayan sido debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad[36].

Se puede pedir la ejecución –en juicio ejecutivo–, de las resoluciones de carácter judicial de última instancia del IERAC, sin que se puedan oponer excepciones que no hayan nacido después de la ejecutoria de la sentencia[37].

En los juicios reivindicatorios, como ya hemos dicho, se requiere probar que el actor es el dueño y que el demandado está en posesión de la cosa reivindicada. La segunda de las mencionadas pruebas es necesaria solamente cuando el demandado niega ser el poseedor, puesto que si lo acepta, no hay controversia sobre este punto y se hace innecesaria la prueba.

Resulta frecuente que el demandado acepte, desde el primer momento, que está en posesión de la cosa, sobre todo cuando pretende incluso haberla adquirido por prescripción. Comete un grave error el demandado que contesta la demanda negando "todos" los fundamentos de hecho y de derecho del actor, para luego alegar que ha adquirido por prescripción, ya que hay contradicción entre la negativa de ser el poseedor y la pretensión de adquirir por prescripción, que se basa, como es evidente, en la posesión[38].

Si no existe la aceptación de parte del demandado de ser él quien posee, tendrá el actor la carga de la prueba, y podrá demostrar la posesión por medio de testigos, y documentos, pero, sobre todo, es importante la inspección judicial que en esta clase de juicios tiene valor sobresaliente. En prácticamente todos los numerosísimos juicios de reivindicación, se procede a la inspección judicial y en ella, la participación de peritos, para medir, identificar la cosa, y aclarar otros aspectos, suele ser prácticamente decisiva, aunque siempre, el juez tiene para apreciar el valor de los informes de los peritos. Es evidente que la prueba de la posesión lleva implícita la identificación perfecta de la cosa reivindicada, de lo cual ya hemos tratado[39].

36. 4ª Sala, juicio Bravo-Zambrano, sentencia de 29 de agosto de 1980.
37. 1ª Sala, juicio 224 Cedeño-Vélez, sentencia de 25 de julio de 1977.
38. Juicio 118 Baca-Municipio de Quito, sentencia de la 2ª Sala de 22 de abril de 1975.
39. Cfr. 3ª Sala, juicio Ramírez-Hernández, sentencia de 28 de noviembre de 1980, 1ª Sala No 202 Zapata-Rodríguez, de julio de 1981. 5ª Sala IERAC y otro, sentencia de 19 de febrero de 1990.

Desde luego, si el demandado ha obtenido una sentencia de amparo de la posesión u otra semejante en la que se le declare poseedor, no podrá luego oponerse con éxito a la reivindicación, negando ser el poseedor[40].

Hay lugar a presunciones sobre el hecho posesorio. Así, cuando el demandado ha celebrado un contrato de promesa de compraventa y se le ha entregado la cosa, razonablemente se presume que ha entrado en posesión de ella. Otro tanto, se puede suponer, cuando una persona ha comprado, por escritura pública, un inmueble, y luego no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, de modo que no ha recibido la propiedad de la cosa por tradición, pero será lo normal que sí haya entrado en posesión[41].

La excepción –y, a veces, la reconvención– por la que el demandado alega ser propietario del bien que se reivindica, suele ser frecuente. Conviene recordar que, en el caso de tener el actor un título inscrito, solamente podría el demandado alegar la prescripción ordinaria, si tiene él también un título inscrito. La prescripción extraordinaria sí surte efecto, aun contra título inscrito, bastando que el que pretende adquirir por usucapión demuestre que ha estado en posesión material de la cosa, sin violencia ni clandestinidad, y sin interrupción de su posesión ni reconocimiento del dominio ajeno, durante quince años. Por tanto, en los juicios de reivindicación, quien pretenda valerse de la usucapión para reivindicar, deberá obtener previamente sentencia que le reconozca la adquisición de la propiedad por prescripción. Y si se presenta la prescripción adquisitiva como excepción, el demandado debe probar todos los extremos que se acaban de recordar, pudiendo, a su vez, el actor impugnar la excepción o la reconvención, probando o que no ha tenido el demandado la posesión por el tiempo y con las cualidades que la ley exige, o que en alguna forma ha reconocido el derecho ajeno, o que se ha interrumpido la prescripción. Hay abundante jurisprudencia en este sentido[42].

40. 5ª Sala Salas-Goyes, sentencia de 2 de febrero de 1990.
41. 2ª Sala, juicio Torres-Vaca, 9 de mayo de 1986. 3ª Sala, juicio 116 Yépez-Arroba, sentencia de 21 de marzo de 1983.
42. Como ejemplos, citamos las siguientes: 1ª Sala: juicio 264 Iza-Capúa, de 10 de junio de 1985; Ulloa-Aveiga, sentencia 459 de 12 de septiembre de 1986; 2ª Sala, Pinto-Barrera, sentencia de 25 de octubre de 1983; 3ª Sala, Carrillo-Cabezas, juicio 19 sentencia de 5 de abril de 1983; juicio 294 Moreno-Municipio de Guayaquil; 17 de octubre de 1983; 3ª Sala, Álvarez-Chuquimarco, sentencia de 14 de marzo de 1991; 4ª Sala, juicio 354 Collaguazo-Bautista, sentencia de 28 de octubre de 1981; Sentencia No 20 Tocto-Barrionuevo de 31 de enero de 1977; 5ª Sala, juicio Montiel-Villacrés, sentencia 110 de 23 de octubre de 1986; juicio 502 Zambrano-Ávila, sentencia de 19 de junio de 1989.

Obtenida la sentencia que acoge la demanda de reivindicación, el vencedor puede obligar al demandado a que entregue la cosa, una vez cumplido el plazo que el juez le haya concedido. Si el perdedor se resistiera, se puede pedir la entrega del bien, mediante juicio ejecutivo. En este juicio el demandado no puede oponer excepciones sino las que tengan su origen en hechos posteriores a la ejecutoria de la sentencia de reivindicación. No cabe de ninguna manera, volver a litigar sobre asuntos ya tratados, o que, en todo caso, sean anteriores a la sentencia de reivindicación[43].

43. Cfr. Gaceta Judicial Serie XII, No 9, p. 1780.

Consejo Editorial y de Coordinación:

- Mauricio Maldonado Muñoz
- Diego Almeida Campana
- Juan Carlos Meza Aguinaga

"Sigan a ideas, no sigan a hombres. Fue y es siempre mi mensaje a los jóvenes. Los hombres pasan, las ideas quedan y se transforman en antorchas que mantienen viva a la política democrática".

Raúl Alfonsín

RUPTURA No. 54
AED - PUCE 2010

En esta edición participan:

Héctor FIX-ZAMUDIO, Miguel CARBONELL, Víctor BAZÁN, Domingo GARCÍA BELAUNDE, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Jorge W. PEYRANO, Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Hernán SALGADO PESANTES, Rafael OYARTE MARTÍNEZ, Santiago GUARDERAS IZQUIERDO, Agustín GRIJALVA, Sonia MERLYN SACOTO, Pablo ORTIZ GARCÍA, Sandro VALLEJO ARISTIZÁBAL, Salim ZAIDÁN, Mauricio MALDONADO MUÑOZ, David CORDERO HEREDIA, Christian PAULA AGUIRRE, Juan José ALENCASTRO, Ismael QUINTANA GARZÓN, Gabriel SANTELICES, Francisco PUENTE; y, en homenaje póstumo, un artículo de Juan LARREA HOLGUÍN.

AED

Con el apoyo de:

PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE

cep CORPORACION

Grant Thornton

Agencia Nacional de Tránsito

IZQUIETA MORA BOWEN

ISBN 978-9978-392-24-9
9789978392249