

# **La garantía jurisdiccional de la constitución**

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

**XII Encuentro Iberoamericano  
de Derecho Procesal Constitucional**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.)**

**Tomo 2**



**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**



LA GARANTÍA JURISDICCIONAL  
DE LA CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

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

# LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

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

XII ENCUENTRO IBEROAMERICANO  
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR  
(coord.)

Tomo II

*Catálogo general de publicaciones oficiales*

<https://cpage.mpr.gob.es>

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

De esta edición, 2023:

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.gob.es>

Twitter @cepcgob

NIPO papel: 091-23-022-0

NIPO PDF: 091-23-023-6

ISBN papel obra completa: 978-84-259-2009-7

ISBN papel volumen 1: 978-84-259-2010-3

ISBN papel volumen 2: 978-84-259-2011-0

ISBN PDF obra completa: 978-84-259-2006-6

ISBN PDF volumen 1: 978-84-259-2007-3

ISBN PDF volumen 2: 978-84-259-2008-0

Depósito legal: M-31722-2023

Realización: Crisol C. G., SL

Alejandro Ferrant, 9

28045 Madrid

Impreso en España - *Printed in Spain*

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





# ÍNDICE

## TOMO II

### CAPÍTULO X

#### PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

PRESENTACIÓN .....	607
<i>Encarnación Carmona Cuenca, profesora de la Universidad de Alcalá</i>	
PROPUESTAS CONCEPTUALES, PROCESALES Y COMPARATIVAS PARA INCREMENTAR LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO .....	613
<i>Juan Manuel Acuña, profesor de la Universidad Panamericana</i>	
IMPORTANTES AVANCES EN TORNO A LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y CUESTIONES CONEXAS .....	641
<i>Víctor Bazán, profesor de la Universidad Católica del Cuyo</i>	
ELEMENTOS PARA DISCUTIR LA INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CASOS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES QUE INVOLUCREN PRESUPUESTOS PÚBLICOS .....	671
<i>Rodrigo Gutiérrez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM</i>	
BALANCE Y DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES .....	683
<i>Juana María Ibáñez Rivas, investigadora del Groupe D'Études en Droit International et Latino-américain de La Sorbonne</i>	

LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU AFIRMACIÓN FRENTE A DERIVAS NEUTRALIZADORAS.....	705
<i>Luis Jimena Quesada, catedrático de la Universidad de Valencia</i>	

CAPÍTULO XI

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES  
Y CONFLICTOS COMPETENCIALES ENTRE ÓRGANOS Y PODERES  
DEL ESTADO

PRESENTACIÓN.....	725
<i>Emilio Pajares Montolío, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	
EL PRETERIDO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN ABSTRACTA DE CONTROL NORMATIVO EN LA CONSTITUCIÓN CHECOSLO- VACA DE 1920 .....	731
<i>Joaquín Brage Camazano, magistrado (España)</i>	
LA ACCIÓN DE CONTROL DE LA LEY EN EL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA .....	741
<i>Ana Carmona Contreras, catedrática de la Universidad de Sevilla</i>	
DOS ASPECTOS QUE ENRIQUECEN EL MARGEN DE ACCIÓN DE LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD: EL USO DE LAS «SENTENCIAS INTERPRETA- TIVAS» Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS POR DÉFICITS DE DELIBERACIÓN EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA.....	761
<i>Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, exmagistrado del Tribunal Constitucio- nal del Perú</i>	
LA CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL: CONTENIDOS Y ALCANCES A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2021 .....	783
<i>Marcos del Rosario Rodríguez, coordinador de la Carrera de Derecho del ITESO, Guadalajara</i>	

CAPÍTULO XII

IN MEMORIAM: PABLO PÉREZ TREMP S (1956-2021): LEGADO A LA  
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN: PABLO, JURISTA EUROPEO E IBEROAMERICANO .....	797
<i>Luis López Guerra, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	

## ÍNDICE

EN MEMORIA DE PABLO PÉREZ TREMPs .....	801
<i>Luis Aguiar de Luque, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	
IN MEMORIAM PABLO PEREZ TREMPs .....	807
<i>Itziar Gómez Fernández, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	
LA AMISTAD Y EL CARIÑO NO PRESCRIBEN .....	813
<i>Rubén Hernández Valle, profesor de la Universidad de Costa Rica</i>	
EN MEMORIA A PABLO PÉREZ TREMPs .....	817
<i>Ana María Ovejero Puente, asesora en el Defensor del Pueblo</i>	
PALABRAS EN RECUERDO DE PABLO PÉREZ TREMPs .....	821
<i>Miguel Revenga Sánchez, catedrático de la Universidad de Cádiz</i>	
EN RECUERDO A PABLO PÉREZ TREMPs .....	825
<i>Roberto Romboli, profesor de la Università di Pisa</i>	
EN RECUERDO A PABLO PÉREZ TREMPs .....	827
<i>Alejandro Saiz Arnaiz, catedrático de la Universidad Pompeu Fabra</i>	

## CAPÍTULO XIII

### CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE EUROPIEDAD

PRESENTACIÓN .....	833
<i>Raúl Canosa Usera, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
CONTROL DE VALIDEZ Y MEDIACIÓN NORMATIVA .....	839
<i>Francisco Balaguer Callejón, catedrático de la Universidad de Granada</i>	
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIO- NAL ESPAÑOL .....	857
<i>Itziar Gómez Fernández, letrada del Tribunal Constitucional de España</i>	
¿HACIA UN CONTROL PREVENTIVO DE CONVENCIONALIDAD? EL PROTOCOLO 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	879
<i>Luis López Guerra, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid</i>	

## CAPÍTULO XIV

### COVID-19, PARLAMENTO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN .....	887
<i>Paloma Biglino Campos, catedrática de la Universidad de Valladolid</i>	

COVID-19, PARLAMENTO Y JUSTICIA CONSITUCIONAL.....	891
<i>Piedad García-Escudero Márquez, catedrática de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
PANDEMIA POR COVID-19 Y EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO .....	913
<i>Alfonso Herrera García, profesor de la Universidad Panamericana</i>	
LA PRIMERA LEGISLATURA DEL PRESIDENTE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRA- DOR Y LA ELECCIÓN INTERMEDIA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19.....	927
<i>Cecilia Mora-Donatto, investigadora del Instituto de Investigaciones Ju- rídicas de la UNAM</i>	
A VUELTAS CON EL VOTO PARLAMENTARIO TELEMÁTICO .....	943
<i>Rafael Rubio Núñez, catedrático de la Universidad Complutense de Ma- drid</i>	
<i>Carlos Fernández Esquer, profesor de la Universidad Nacional de Educa- ción a Distancia</i>	

## CAPÍTULO XV

### SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL: CONTENIDO, EFECTOS Y EJECUCIÓN

PRESENTACIÓN.....	965
<i>Francisco Javier Díaz Revorio, catedrático de la Universidad Castilla-La Mancha</i>	
LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO: CLASIFICA- CIONES Y TIPOLOGÍAS .....	977
<i>Giovanni A. Figueroa Mejía, profesor de la Universidad Iberoamericana</i>	
DOS TRANSFORMACIONES DIFERENTES EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTEN- CIAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES .....	997
<i>Javier García Roca, catedrático de la Universidad Complutense de Ma- drid</i>	
LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y TÉCNICA DE CONSTRUCCIÓN .....	1017
<i>Oswaldo A. Gozaini, profesor de la Universidad de Buenos Aires</i>	
EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN RUSIA .....	1033
<i>Argelia Queralt Jiménez, letrada del Tribunal Constitucional de España</i>	

CAPÍTULO XVI  
 IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y GRUPOS  
 EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

PRESENTACIÓN.....	1057
<i>Mariela Morales Antoniazzi, referentín de América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional</i>	
EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. RETOS ACTUALES .....	1067
<i>Encarnación Carmona Cuenca, profesora de la Universidad de Alcalá</i>	
LA DESVENTAJA ESTRUCTURAL EN EL EXAMEN DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE IDH .....	1081
<i>Laura Clérico, profesora de la Universidad de Buenos Aires</i> <i>Anabella Viscelli, investigadora UBACYT, Universidad de Buenos Aires</i>	
EL ENFOQUE DE DIFERENCIA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES .....	1097
<i>Ricardo Alberto Ortega Soriano, director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana</i>	
EN BUSCA DE LA TRANSFORMACIÓN: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS LGBTI.....	1109
<i>Flávia Piovesan, exvicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i> <i>Jessica Tueller, becaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
CINCO IDEAS SOBRE LA EMERGENCIA Y RELEVANCIA DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO .....	1115
<i>Fernando Rey Martínez, catedrático de la Universidad de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XVII  
 LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INTIMIDAD  
 Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

PRESENTACIÓN .....	1131
<i>Cristina Izquierdo Sanz, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid</i>	
EL CONCEPTO DE VIDA PRIVADA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	1137
<i>Ignacio García Vitoria, profesor de la Universidad Complutense de Madrid</i>	

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y REDES SOCIALES. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE. ....	1149
<i>María Garrote de Marcos, profesora de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTIMIDAD: REFLEXIONES A RAÍZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA.....	1163
<i>Sabrina Ragone, profesora de la Universidad de Bolonia</i>	
DICOTOMÍAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL.....	1171
<i>Miguel Revenga Sánchez, catedrático de la Universidad de Cádiz</i>	

CAPÍTULO XVIII

*HABEAS CORPUS, HABEAS DATA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN*

PRESENTACIÓN.....	1185
<i>José Julio Fernández Rodríguez, profesor de la Universidad de Santiago de Compostela</i>	
EL <i>HABEAS CORPUS</i> EN LA REPÚBLICA DOMINICANA: EL VIACRUCIS DE UNA INSTITUCIÓN .....	1191
<i>Hermógenes Acosta de los Santos, exmagistrado del Tribunal Constitucional de República Dominicana</i>	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL: UN FUTURO INCIERTO Y UN PROBLEMA AÚN NO RESUELTO .....	1205
<i>José María Coello de Portugal, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
CONTRIBUCIONES DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE AL PROCESO DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	1215
<i>José F. Palomino Manchego, profesor de la Universidad Mayor de San Marcos</i>	
EL <i>HABEAS CORPUS</i> COMO PROCESO ESTRUCTURAL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA .....	1221
<i>María Sofía Sagüés, profesora de la Universidad de Buenos Aires</i>	
ANEXO: PROGRAMA DEL XII ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	1241

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL  
DE LA CONSTITUCIÓN

TOMO II





CAPÍTULO X  
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES



## PRESENTACIÓN

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA  
*Profesora de la Universidad de Alcalá*

Ante todo, quiero agradecer a los organizadores de este XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y muy especialmente a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que me hayan invitado a presentar una ponencia en la Mesa dedicada a la igualdad, no discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad y a moderar esta Mesa sobre protección de los derechos sociales. En un congreso sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución no podía faltar una sección dedicada a los derechos sociales. Aunque es habitual que los derechos sociales, o bien no aparezcan reconocidos en las Constituciones, o bien aparezcan con una garantía inferior a los derechos civiles y políticos, lo cierto es que los distintos tribunales constitucionales han llevado a cabo algún tipo de protección de estos derechos, siquiera sea de forma indirecta, lo mismo que los tribunales internacionales de derechos humanos.

En las declaraciones internacionales de derechos humanos y también en las Constituciones es habitual distinguir entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Aunque en las organizaciones internacionales se afirma repetidamente la indivisibilidad de los derechos<sup>1</sup>, basados todos ellos en el respeto a la dignidad humana, en unos y otros tipos de documentos es habitual también que los derechos civiles y políticos gocen de un sistema de garantías más completo, mientras que los derechos económicos y sociales tienen una protección mucho más limitada.

---

<sup>1</sup> También en la doctrina se ha insistido en la indivisibilidad de los derechos. *Vid.*, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004; HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Madrid, Siglo XXI, 2015 (3ª edición) y ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales. De la Declaración Universal a la Constitución», *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2012.

Así sucede, por ejemplo, con los Pactos Internacionales aprobados en 1966 en el ámbito de Naciones Unidas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) tiene un sistema de protección más completo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

También encontramos la misma dualidad en el ámbito del Consejo de Europa, en el que los derechos civiles y políticos se reconocen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en 1950 y protegido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y los derechos sociales en la Carta Social Europea (CSE), adoptada en 1961 y reformada en 1996, cuya garantía se encomienda al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), cuyas decisiones tienen menor fuerza vinculante que las del TEDH.

En la Unión Europea, sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, reconoce de forma indiferenciada derechos civiles y políticos y derechos sociales, aunque es doctrina común considerar que la eficacia de los derechos sociales de la Carta no debe ser mayor que la que éstos tienen en los Estados<sup>2</sup>.

En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, se incluye un artículo, el 26, por el que los Estados se comprometen a «lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», que desarrolla el Protocolo de San Salvador, aprobado en 1988.

Ahora bien, no todos los derechos sociales tienen la misma naturaleza. En las declaraciones de estos derechos se suelen incluir figuras diversas. Sintetizando, podemos distinguir dos grandes categorías de derechos sociales<sup>3</sup>: a) *Derechos sociales de libertad*, de naturaleza similar a la mayoría de los derechos civiles y políticos reivindicados en las revoluciones liberales, es decir, se trata de derechos que exigen, fundamentalmente, una actitud negativa, de no injerencia, del Estado. De este tipo son los derechos de libre sindicación y de huelga y b) *Derechos sociales de pres-*

<sup>2</sup> Vid. HERREROS LÓPEZ, J. M., «El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales» en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 429. En la versión de la Carta de 2007 se introduce la distinción entre *derechos* y *principios* (arts. 51 y 52) y se otorga una menor eficacia jurídica a estos últimos por lo que se refiere a su invocabilidad ante los tribunales. Es cierto que no se determina claramente qué preceptos reconocen *derechos* y cuáles establecen *principios*, con una menor justiciabilidad, pero, en opinión de Cruz Villalón, en una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el Derecho comparado europeo, los derechos sociales de prestación entrarían, en general, en la categoría de *principios*. Vid., las Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176-12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>3</sup> Vid. LAPORTA, F., «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema» en BETEGÓN, J. (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 298-300.

tación<sup>4</sup>. Éstos otorgan al sujeto un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre ellos, podemos encontrar supuestos en los que se trata de demandar la entrega de un bien (derecho a una vivienda digna), la prestación de un servicio (educación, protección de la salud...) o la percepción de una asignación económica (pensiones, subsidios...) <sup>5</sup>.

Los derechos que plantean mayores problemas en cuanto a su justiciabilidad, son los *derechos sociales de prestación*. De hecho, son, en su mayor parte, los derechos que quedan excluidos del CEDH y relegados a la CSE. Y en la Constitución española son, fundamentalmente, los reconocidos en el Capítulo III del Título I, entre los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, que gozan de una eficacia jurídica menor que los derechos contenidos en el Capítulo II del mismo Título (art. 53.3 CE).

La doctrina más tradicional pone de manifiesto que para que un Estado pueda garantizar plenamente los derechos a la educación, a la protección de la salud, a una vivienda digna o a una protección social mínima ha de contar con unos medios económicos muy abundantes, por no decir ilimitados<sup>6</sup>. Por otra parte, se afirma también que los jueces y tribunales no deben sustituir a los gobiernos y parlamentos en la definición de las políticas públicas que traten de hacer realidad estos derechos, pues la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado es misión de los poderes legislativo y ejecutivo, no del poder judicial<sup>7</sup>.

A pesar de ello, numerosos trabajos doctrinales tratan de justificar la aptitud de los derechos sociales de prestación para ser calificados de derechos fundamenta-

<sup>4</sup> Sobre los derechos sociales de prestación *vid.* ESCOBAR ROCA, G., «Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)» en: ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 459-647.

<sup>5</sup> Aunque no faltan autores que ponen de manifiesto que esta distinción es artificiosa puesto que, en realidad, todos los derechos tienen una faceta de libertad y una faceta de prestación. Así, el derecho a la vida o a la propiedad privada, por ejemplo, precisan de una importante actividad pública para su protección (cuerpos policiales, aparato judicial, prisiones) con un coste importante. Y los derechos de prestación (educación, salud, vivienda) también deben ser disfrutados en libertad. *Vid.* por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *ob. cit.* y HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, *ob. cit.*

<sup>6</sup> *Vid.* FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E. y DOHERING, K., *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

<sup>7</sup> Con referencia a la Constitución española, Francisco Bastida argumenta bien sobre dificultad de la consideración de los derechos sociales de prestación reconocidos en el Capítulo III del Título Primero como derechos fundamentales, si partimos de un concepto de «fundamentalidad jurídica». *Vid.* BASTIDA, F.J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol II, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1083-1101.

les y para gozar de un cierto nivel de eficacia jurídica, sometida siempre a un juicio de ponderación con otros bienes y derechos<sup>8</sup>. Además, ya se garantiza habitualmente de forma universal un derecho de prestación típico, como es el derecho de educación básica obligatoria<sup>9</sup>. Del mismo modo, podrían garantizarse otros derechos sociales de prestación, siempre que se estableciesen unos niveles mínimos factibles<sup>10</sup>. La fijación de estos niveles mínimos es tarea principal del legislador, pero los tribunales deberían poder establecer también unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de tal actividad en la protección de los derechos sociales de prestación<sup>11</sup>.

Así lo han hecho algunos tribunales internacionales y también nacionales. En particular, es muy interesante la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos sociales<sup>12</sup>. Por lo que se refiere a los tribunales nacionales, merece la pena destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en sus Sentencias 80/2010, de 22 de febrero, y 275/2016, de 16 de diciembre, en las que ha considerado inconstitucionales las restricciones legislativas establecidas en materia de protección de alumnos con discapacidad (relativas a los profesores de apoyo y al transporte escolar) por contravenir el «núcleo indisponible de garantía» del derecho a la educación de las personas con discapacidad grave. Aunque el Tribunal reconoce un margen de discrecionalidad del legislador en la protección de los derechos fundamentales, considera que, en este caso, se había vulnerado el núcleo esencial del derecho que debe ser respetado en todo caso.

---

<sup>8</sup> Vid., por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, ob. cit.; ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; ALEXY, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, ob. cit., pp. 1103-1118; PISARELLO, G. (Ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009; KOCH, I.E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2009; ESCOBAR ROCA, G. (Dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ob. cit. y CHATTON, G.T., *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Shulthess Médias Juridiques, Genève, 2013, entre muchos otros.

<sup>9</sup> Así lo hace la Constitución española en su art. 27.

<sup>10</sup> Vid. CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», cit.

<sup>11</sup> El debate para el TC se plantea entre la aplicación del juicio de proporcionalidad a las restricciones de derechos sociales y la tutela del núcleo mínimo indisponible del derecho, como ha defendido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Vid. GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2019, p. 165.

<sup>12</sup> Vid. CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político* (UNED) Núm. 100, 2017.

En la Mesa N° 10 de este Encuentro tenemos la suerte de contar con ponentes de lujo, especialistas en la protección de los derechos sociales en distintos ámbitos a ambos lados del Atlántico. En sus ponencias nos ilustrarán sobre las dificultades de protección de los derechos sociales, pero, sobre todo, realizarán interesantísimas propuestas para lograr su mayor protección y justiciabilidad. Por orden alfabético de intervención, estos ponentes son: Juan Manuel Acuña, Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana; Rodrigo Gutiérrez, investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Juana María Ibáñez Rivas, investigadora del *Groupe d'Études en Droit International et Latino-américain de La Sorbonne* y Luis Jimena Quesada, catedrático de la *Universitat de València* y antiguo miembro y Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales.





# PROPUESTAS CONCEPTUALES, PROCESALES Y COMPARATIVAS PARA INCREMENTAR LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

JUAN MANUEL ACUÑA  
*Profesor de la Universidad Panamericana*

## 1. Un recuento obligado

Las experiencias comparadas sobre exigibilidad judicial de derechos sociales han demostrado que, si bien la judicialización de conflictos que tienen por objeto a estos derechos puede presentar importantes dificultades, en otros casos, los inconvenientes no han sido mayores a los que pueden presentarse en casos que involucren otros derechos.

Acerca de los derechos sociales y su justiciabilidad, se han presentado objeciones de diversa naturaleza. Algunas, han estado motivadas por diferencias profundas acerca de las formas y métodos para lograr una sociedad justa (Hayek, 2008, 315), otras, se sostienen en la identificación de defectos exclusivos de los derechos sociales y que impedirían considerarlos como derechos (Atria, 2004, 46). Otros puntos de vista han resaltado los problemas generados por la intervención judicial sobre estos derechos (Rosenkrantz, 2003, 245).

No es objeto de este trabajo volver sobre las objeciones, pues en buena medida, varias de ellas han sido debidamente respondidas y superadas con argumentos de contraste o bien, han sido rebatidas con claridad. Sin embargo, vale la pena seguir insistiendo en remarcar algunas cuestiones, que, ante algunos nuevos desafíos que presenta la justiciabilidad de los derechos sociales, parecen ser soslayadas.

Para comenzar es preciso insistir en la necesidad de dejar atrás aquellas clasificaciones reduccionistas acerca de los derechos, como por ejemplo aquella que indicaba que los derechos sociales se distinguían de los civiles en que los primeros se satisfacían con el cumplimiento de obligaciones positivas y los segundos de obligaciones negativas. Otras clasificaciones dan cuenta de la complejidad de las

obligaciones implicadas en los derechos en general y han demostrado que los llamados derechos civiles, también requieren el cumplimiento de obligaciones presenciales para su satisfacción (Alexy, 1997, 427 y ss).

Resulta necesario descartar también ideas simplistas como aquellas que postulan que solo los derechos sociales cuestan dinero, porque solo ellos tienen carácter prestacional. En general, todos los derechos requieren dinero para su cumplimiento. Sin embargo, en el caso de los derechos sociales, siempre se requiere de un satisfactor material y esta característica plantea particularidades que deben ser atendidas (Arcidiácono y Gamallo, 2011, 70). Reconocer esto, no busca volver a la carga sobre los derechos sociales, sino establecer que un análisis correcto debe comenzar por reconocer la gran variedad de obligaciones implicadas en los derechos sociales y por ende, la variedad de comportamientos estatales que eventualmente podrán ser exigidos para su cumplimiento. En buena medida, la existencia de una política pública mitigará las dificultades para la adjudicación y por el contrario, su ausencia, incrementará las complejidades de la labor de la justicia.

La positivización de derechos en general y de los sociales en particular, impone una agenda de estado a la agenda de gobierno y esto debe traducirse en el permanente trabajo para el desarrollo de lo que Ferrajoli denomina garantías primarias (2011, 631). Así, las dificultades derivadas del contenido compuesto por satisfactores materiales de los derechos no son iguales para todos los casos, sino que serán particularmente graves en aquellos reclamos sobre prestaciones exigibles en términos normativos, pero no contempladas por políticas públicas y por ende no presupuestadas. Cuando la prestación exigida está presupuestada y se trata de un incumplimiento de la autoridad, las dificultades deberían ser menores o bien, diferentes los medios que eventualmente los jueces deberían determinar para su cumplimiento. Dicho esto, es preciso considerar que cuando se trate de los derechos sociales y su justiciabilidad, es necesario efectuar algunas distinciones.

## 2. Distinciones necesarias

Las críticas que en general se apuntan a los derechos sociales y su justiciabilidad, incurrir en un problema común, consistente en hacer generalizaciones que no solo simplifican el panorama, omitiendo distinciones analíticas y conceptuales, sino que pueden tener un efecto negativo a la hora de adjudicar estos derechos. A continuación, se presentan algunas de estas distinciones necesarias.

#### A. SEGÚN EL OBJETO RECLAMADO Y EL DESARROLLO DE GARANTÍAS PRIMARIAS

Amén del carácter positivo y negativo que pueden tener las obligaciones implicadas en los derechos sociales, o del carácter activo u omisivo de la conducta de la autoridad, o si lo que se busca es la no eliminación de una posición jurídica, o se persigue evitar una medida regresiva, etc., en todos esos casos, es preciso asumir que en última instancia, los derechos sociales requerirán satisfactores materiales. Así, la presencia o ausencia de esos satisfactores en una política pública, nos obligan a realizar distinciones en orden a comprender las diferentes maneras de protección judicial y los problemas que, con ocasión de esa protección, pueden presentarse en atención a si ese satisfactor esta previsto o no, incluso, determinará la instancia adecuada de protección y la forma de intervención judicial requerida.

Así, los supuestos de reclamos en materia de demanda de prestaciones o su privación, podrían agruparse de la siguiente manera: i) sobre prestaciones contempladas y presupuestadas; ii) sobre prestaciones contempladas e incumplidas, iii) sobre prestaciones parcialmente cumplidas, iv) sobre prestaciones que deberían estar incluidas en políticas públicas y no lo están y por ende no están presupuestadas y v) sobre prestaciones no contempladas y de discutida inclusión. Estos supuestos generarán que los órganos judiciales encargados de la protección de los derechos implicados, deban intervenir de maneras diferentes, con intensidades variadas y mediante la adopción de medidas diversas.

Si echamos una mirada a los datos, el estudio realizado por Eli Yamin, Parra Vera y Gianella, sobre Colombia con base en estudios de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General y en relación al derecho a la salud, indican que entre el año 2003 y 2008, el 54% de las acciones de tutela entabladas, se relacionaron con tratamientos y servicios ya establecidos en el programa obligatorio de salud; entre 2006 y 2008, 75% de las cirugías, 63% de los estudios, 67% de los tratamientos y 78% de los procedimientos, eran servicios establecidos en el programa obligatorio de salud (2013, 127-157). En Brasil, los datos al respecto no son concluyentes (Motta Ferraz, 97-126), sin embargo, otras fuentes indican que por ejemplo a nivel federal, en el año 2009, las sentencias judiciales que obligaron al estado a proveer 35 drogas no disponibles en el mercado, representaron poco más del 78% de los costos de todos los litigios sobre el derecho a la salud (Motta Ferraz, 2013, 120). Como se aprecia, los números de Brasil indican una realidad diversa a la colombiana y manifiestan, ya no solo las dificultades de establecer generalizaciones en relación a los derechos en sí, sino también, en atención al país de que se trate.

Las mayores complejidades para la intervención judicial, se pueden presentar en aquellos casos en los cuales no existe política pública o esta resulta claramente

insuficiente para alcanzar el estándar normativo en el caso. Sin embargo, en estos casos, existen bases normativas que servirán para orientar el trabajo judicial; por un lado, los contenidos mínimos que en el caso de cada derecho social deben ser satisfechos en cualquier circunstancia y por otro, el de las obligaciones inmediatas que no pueden aguardar a su determinación en políticas públicas.

La Observación General número 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados parte del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta central para comprender aquello que los estados deben garantizar como contenidos inmediatos y mínimos, sin importar las circunstancias o la ausencia de previsiones en políticas públicas. En relación a los contenidos inmediatos, la observación citada establece que, si bien el Pacto contempla la realización paulatina de los derechos sociales, establece obligaciones de cumplimiento inmediato, entre ellas, la de garantizar los derechos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas<sup>1</sup>. En relación a los niveles mínimos de satisfacción, el mismo documento establece que corresponde a los estados partes «una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y viviendas básicas, o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto»<sup>2</sup>.

## B. SEGÚN EL TIPO DE LITIGIO

Las posiciones refractarias a la judicialización de conflictos sobre derechos sociales tampoco suelen tomar en cuenta los diversos tipos de litigios en los cuales pueden tener lugar los reclamos sobre estos derechos y las críticas o el señalamiento de dificultades se esgrimen sin considerar tan importante cuestión. La experiencia ha mostrado que los litigios individuales pueden resultar menos complejos que litigios colectivos e incluso que litigios de tipo estructural y la naturaleza del litigio determinará formas diversas de intervención judicial que a su vez podrán resultar más o menos eficientes, más o menos intensas.

En este sentido, muchas de las tradicionales objeciones fueron dirigidas a la justicia sin tomar en cuenta los diversos tipos de litigios, como si en todos ellos la intervención judicial requerida fuere idéntica y pudiera generar el mismo impacto. Estas críticas se enmarcaron dentro del tema más amplio del control judicial de la

<sup>1</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°: 3, La índole de las obligaciones de los Estado partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, quinto período de sesiones, 1990. Párr. 1 y 2.

<sup>2</sup> *Ibidem*, párr. 10.

economía. Rodrigo Uprimny, en un estupendo trabajo publicado hace ya varios años, sintetizó las críticas a la intervención de los jueces en temas económicos y ofreció respuestas robustas para contestar a los críticos (2001, 145-183). Las principales objeciones señaladas en aquel trabajo fueron: i) la falta de conocimientos técnicos por parte de los jueces que resultan necesarios en litigios sobre derechos sociales, ii) la tendencia de los jueces a no tomar en cuenta las restricciones del presupuesto, iii) el peligro a que los jueces decidan sobre el gasto público reemplazando ilegítimamente a las autoridades democráticamente elegidas y iv) el peligro a constitucionalizar un cierto modelo de desarrollo, a la luz de las preferencias de los jueces, entre otras (Uprimny, 2001, 148).

A las objeciones apuntadas, subyacen dos cuestiones de naturaleza más general, por un lado, la cuestión del carácter contramayoritario del poder judicial que no abordaremos en este trabajo y por otro, la falta de pensamiento comprensivo de los jueces a la que nos referiremos aquí, y que consistiría en la imposibilidad o dificultad para mensurar adecuadamente las consecuencias —potencialmente negativas— de sus decisiones. Esta dificultad ha sido señalada por Rosenkrantz, al analizar la intervención judicial en materia de derechos sociales a partir del concepto de «*tecnología perfecta de justicia*», propuesto por Bruce Ackerman, y que consiste en la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas a las que podríamos llegar si nos embarcáramos en un diálogo neutral acerca de cómo organizar la sociedad. En su opinión, los jueces carecen de esa capacidad y en consecuencia se encuentran impedidos de saber de qué manera la justicia puede ser satisfecha en escala social. La causa de esa imposibilidad se debe a que los jueces solo estarían habilitados para resolver confrontaciones bipolares y en consecuencia focalizarían su análisis en sus intereses y no podrían contemplar los intereses de quienes no se presentan ante sus estrados y que podrían ser eventualmente afectados por la decisión que se adopte. La no participación de los afectados les impediría acceder al conocimiento de cuestiones implicadas. Con base en esto, el autor concluye que los tribunales no son los lugares adecuados para luchar contra la desigualdad (Rosenkrantz, 2003, 245).

El problema que observamos en esta crítica, es que no contempla algunas distinciones que consideramos necesarias. En primer lugar, la lucha por la desigualdad en la mayoría de los casos no comienza en los tribunales, sino en los grandes acuerdos que se han plasmado en tratados internacionales, constituciones, leyes y políticas públicas, que reconocen y desarrollan derechos sociales. Así, cuando la justicia es llamada para resolver conflictos que involucran derechos sociales y concede razón a quien reclama, está cumpliendo su función institucional, consistente en operar las garantías secundarias de naturaleza procesal, que se activan cuando no se cumplen los derechos, del tipo que estos sean. Es decir, la discusión acerca de la forma de luchar contra la desigualdad, ya se inició, de manera previa,

en instancias deliberativas, constituyentes, legislativas y otras, que decidieron reconocer esos derechos y desarrollarlos.

En segundo lugar, aquello que le toque hacer a la justicia ante los reclamos sobre estos derechos, tampoco será siempre lo mismo. Nuevamente, el tipo de litigio y el objeto de controversia, determinará formas diversas de intervención judicial, que ciertamente, serán unas más fuertes que otras, pero diversas, y por ello, ameritan ser evaluadas de manera diferente. La objeción que estamos comentando, así planteada, a nuestro juicio provoca otro tipo de equívocos, uno de ellos es el generado por la llamada y aparente paradoja de la judicialización, tema que abordaremos más adelante.

Con las distinciones apuntadas, no se busca eludir las dificultades que pueden presentarse respecto a los derechos sociales y su exigibilidad judicial, sino más bien, identificarlas, asumirlas y pensar en formas de intervención judicial diferentes, que se hagan cargo de esas dificultades (Uprimny, 2003, 172). Esto es exactamente lo que se ha hecho en los años pasados y en la siguiente sección, comentaremos algunas de esas formas.

### C. SEGÚN LA FORMA DE INTERVENCIÓN EN LA POLÍTICA PÚBLICA

Para identificar y organizar las formas de intervención judicial mencionadas seguiremos, aunque con variaciones menores, la clasificación elaborada en su momento por Víctor Abramovich, quien distinguió cuatro formas básicas de adjudicación y las ejemplificaremos con algunos casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Comenzaremos por la que posiblemente sea la forma más robusta de intervención. La *Invaldación de políticas públicas*, ya sea en aspectos parciales o totales y operando sobre leyes o reglamentos (Abramovich, 2009, 51). Un caso que ejemplifica esta forma de intervención es el de la «Gratuidad de la Educación Universitaria», resuelto en el amparo en revisión 750/2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mediante reforma constitucional a la constitución del Estado de Michoacán de 2010, se determinó que toda la educación que el Estado imparta, sería gratuita y específicamente se incluyó a la educación superior o universitaria. En seguimiento a esta determinación de la constitución local, el Gobierno del Estado y la Universidad Pública firmaron un convenio para que se traspasen los fondos requeridos para tales efectos por la Universidad. Tiempo después, para el período 2012-2013, el convenio fue revocado y la Universidad reinició el cobro de cuotas. En contra de esta decisión se promovió juicio de amparo indirecto para que el Estado y la Universidad cumplieran con la previsión constitucional y dejen de cobrar las cuotas. El Juzgado de Distrito concedió el amparo y en contra

de esa decisión, el Estado y la Universidad promovieron recurso de revisión que sería resuelto por la Primera Sala de la Corte. Las autoridades, en lo sustancial, alegaron, por un lado, que el derecho a la educación no es absoluto y en segundo lugar, que la Universidad enfrenta una crisis económica y por ello no puede proporcionar educación gratuita. En definitiva, su argumento central fue que la alegada falta de recursos era una razón suficiente para restringir el derecho a la educación mediante una medida regresiva justificada. La Corte, en el estudio de fondo, realizó un completo análisis del principio de progresividad y en lo principal, sostendrá que el principio de progresividad y no regresividad, admite que bajo ciertas circunstancias, se deban admitir regresiones a los derechos, que dichas circunstancias deberán ser sometidas a un escrutinio estricto, que la autoridad debe justificar plenamente la medida regresiva y por ende, recae en ella la carga de probar fehacientemente la situación de carencia que justificaría la medida. También, y siguiendo los estándares interpretativos internacionales, particularmente los establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, además de la carencia de recursos, el estado debe probar que se desplegaron todos los esfuerzos posibles para obtener los recursos a su disposición y demostrar además que, en todo caso, el máximo de los recursos disponibles se aplicó para tutelar otro derecho humano, y que la importancia relativa de satisfacerlo era mayor<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, en este caso la intervención judicial estuvo orientada a dos cosas, por un lado, a hacer cumplir una decisión del poder revisor de la constitución local, que determinó elevar el nivel de disfrute de un derecho, por encima del nivel federal, es decir, se trató de resguardar una decisión política de relevancia; en segundo lugar, se determinó que la autoridad debe justificar la decisión de no honrar esa decisión constitucional, dentro del marco que permite el principio de regresividad y bajo los estándares específicos y determinados, frutos de la evolución interpretativa del propio principio.

En el caso conocido como Laguna del carpintero, que fuera resuelto por la 1ª Sala de la Suprema Corte, en el AR 307/2016, se invalidó un proyecto de parque ecológico denominado: «Construcción de parque temático ecológico Laguna del Carpintero» en el Municipio de Tampico, Tamaulipas. Se trató de un juicio de amparo que presentaron dos vecinos contra la construcción del parque ecológico porque afectaría el humedal denominado *Laguna del Carpintero*, zona en la cual existen especies protegidas de mangle. El parque se pretendía construir en una zona contigua al humedal, de hecho, en el juicio de comprobó que la zona destinada a la construcción del parque, formaba parte del humedal.

Las quejas alegaron violado el derecho al medio ambiente sano y adujeron poseer un interés legítimo. Su legitimación activa no fue reconocida en primera

---

<sup>3</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª. Sala. AR 750/2015, párr., 169 y ss.

instancia, lo que llevó al sobreseimiento de la acción. Sin embargo, la Suprema Corte comprendió que el interés legítimo surge de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema vulnerado o en riesgo de serlo y si se beneficia o aprovecha el ecosistema. Para configurar la legitimación activa de los quejosos, se valió del concepto de «entorno adyacente» que permite a su vez identificar que el humedal tiene un área de influencia que incluye como mínimo a los vecinos de Tampico quienes se benefician de forma clara y directa del humedal de múltiples maneras.

Lo cierto es que, si bien la Suprema Corte realizó un interesante trabajo argumentativo a partir de la identificación de principios rectores en materia de derecho al medio ambiente desarrollados en el ámbito internacional, no fue necesario recurrir a nada más allá de la constitución y las leyes rectoras en la materia para identificar las obligaciones claramente definidas para la autoridad que estaban siendo incumplidas por esta. Así, la Corte se valió de la Ley General de Vida Silvestre que prohíbe la remoción, relleno, trasplante, poda o cualquier obra o actividad que afecte la integridad hídrica de los manglares (art. 60). Además, la autoridad no contaba con la autorización de impacto ambiental, según lo exige el art. 28 de la Ley General de Equilibrio Ecológico. La falta de esta autorización resultó relevante para la intervención de la Corte, puestos que mediante dicha autorización, se evalúa el riesgo que para el ambiente implica la obra y se protege al medio ambiente de los riesgos que eventualmente identifique el estudio que supone la autorización. En sentido contrario, argumentó la Corte, la falta de autorización implica desprotección al medio ambiente, causada por la introducción de un riesgo generado por la falta de estudio respecto de los daños que eventualmente podría sufrir el medio ambiente.

En consecuencia, la Corte ordenará detener las obras y dictará una serie de medidas que hacen de esta sentencia una verdaderamente relevante. Primero, abordará la cuestión sobre la posible incompatibilidad entre la relatividad de la sentencia de amparo, que implica que los efectos de la decisión impacten en los quejosos y solo en ellos, y los efectos amplios que tendrá en este caso, debido a que la sentencia beneficiará a personas ajenas al juicio. Acerca de esta cuestión sostendrá la Corte dos cosas, la primera, que es preciso compatibilizar los medios de defensa con la exigencia de proteger derechos de incidencia colectiva y segundo, que la relatividad de las sentencias no puede ser obstáculo para la protección del derecho al medio ambiente.

Asimismo, la Corte recurrirá a formas de intervención deferente hacia las autoridades implicadas, a las cuales no reemplazará en el diseño de la política pública de recuperación y conservación del humedal, sino que les indicará la obligación de llevar a cabo ciertas actividades con el apoyo de autoridades coadyuvantes. Puntualmente establecerá: i) que la Comisión Nacional para el conocimiento y



uso de la Biodiversidad, como autoridad coadyuvante, elabore un «proyecto de recuperación y conservación del área de manglar ubicada en la Laguna del Carpintero» ii) Designará a la Comisión Nacional Forestal como autoridad para auxiliar en la elaboración del «proyecto», iii) Convocará también a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para que elabore un programa de trabajo para la implementación del «proyecto», con actividades detalladas que deberán implementar las autoridades federales, municipales y la empresa responsable como tercero interesado. Asimismo, este plan deberá establecer un cronograma de actuación con objetivos a corto, medio y largo plazo, iv) El proyecto, deberá ser financiado por el municipio y la empresa tercera responsable y para el monto del mismo, deberá considerarse que ambos cometieron infracciones previstas en la Ley General de Vida Silvestre, v) También, convocará a la Procuraduría Federal de Protección al medio ambiente que estará encargada de vigilar el cumplimiento del proyecto y vi) Para el cumplimiento de la ejecutoria de la sentencia, el Juez de distrito interviniente deberá vigilar el cumplimiento y durante ese tiempo, la SEMARNAT deberá enviar a la Corte y al Juez, un informe bimestral sobre los avances del proyecto<sup>4</sup>.

Como se puede observar, la medida principal consistió en invalidar el proyecto de parque ecológico, sin embargo, para la identificación de las obligaciones incumplidas por parte de la autoridad, la Corte siguió las leyes en la materia. En términos de cumplimiento, introdujo formas de intervención novedosas para el sistema mexicano, que permiten que las autoridades expertas en los temas, den forma a la política pública para la recuperación de las zonas afectadas.

Otra vía de actuación ha consistido en *ordenar la implementación de políticas públicas definidas pero no ejecutadas*. En estos casos la administración pública ha diseñado la política pública o bien ha tomado una determinación sobre dicha política, pero no se han implementado (Abramovich, 2009, 50).

En México hace pocos años, la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 378/2014, conocido como «Pabellón 13» cuyos hechos relevantes fueron los siguientes: con el objetivo de brindar atención adecuada a la salud de los pacientes con VIH, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias solicitó al órgano competente, denominado: Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección de la Salud, dinero para desarrollar un proyecto de remodelación del pabellón 4 del hospital, destinado a la internación de los pacientes con VIH. Reconociendo que el instituto no contaba con las instalaciones adecuadas de acuerdo a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, el proyecto fue aprobado. Posteriormente, el Instituto solicitó que el proyecto de remodelación sea sustituido por otro para construir un nuevo pabellón. El comité canceló el

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. AR 307/2016.

proyecto de remodelación y encargó un proyecto ejecutivo para tal fin. El proyecto fue concluido y el Instituto solicitó el dinero para dar inicio a las obras, sin embargo, la ejecución se detuvo porque la autoridad alegó falta de recursos para afrontar el nuevo proyecto.

Un grupo de personas afectadas interpuso juicio de amparo contra esta decisión. Cuando el amparo llegó en revisión a la Corte, se consideró que la cuestión jurídica a dilucidar consistía en determinar si las condiciones en las cuales se estaba tratando a los pacientes eran acordes con las obligaciones surgidas principalmente de los artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o, por el contrario, estaban siendo indebidamente expuestos a riesgos de infecciones. Consideró que el pabellón no contaba con las condiciones requeridas y por tanto decidió conceder los amparos. La Corte determinó además que el estado no acreditó la escasez de recursos como para considerar cumplido el deber de la autoridad de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. En relación a lo ordenado en la sentencia, las medidas determinadas fueron las siguientes: i). que los demandados consideraran cuál de las dos medidas resultaba más apropiada: la remodelación o la construcción del nuevo pabellón y ii) que, si estas medidas no fueran compatibles con las posibilidades, que los quejosos sean atendidos en otro hospital que brinde los servicios requeridos<sup>5</sup>.

En este caso, la justicia no sustituyó a la autoridad competente. Fue la propia autoridad la que identificó la necesidad y así reconoció la afectación y el riesgo a la salud de los pacientes. De esta forma, cuando la autoridad desenvuelve su actividad para diseñar una política pública, no lo hace por su gracia, por caridad o filantropía, sino que asume una obligación que se corresponde con, en este caso, el derecho a la protección de la salud de los pacientes de ese hospital. La autoridad judicial en este caso, hará que la autoridad cumpla con una obligación que asumió y respecto a la cual modeló la forma de cumplir.

Más adelante regresaremos sobre este caso que genera algunos interrogantes, sobre todo acerca de las opciones que la Corte brinda a la autoridad para el cumplimiento, y que parecen no ceñirse a lo que en el caso el derecho demandaría, en atención a las necesidades de los reclamantes.

Otro caso interesante de esta forma de intervención lo ofrece la Controversia Constitucional 38/2015, con cuya resolución, se ordenó al Estado de Oaxaca, la construcción de la ampliación del hospital del Municipio de Huajuapán de León. A partir de una serie de hechos que evidenciaron la insuficiencia del hospital, el gobierno anuncia la obra de ampliación. Posteriormente, el Municipio donó el terreno para llevar a cabo las obras. El gobierno estatal, inicia las gestiones para la obtención de fondos ante las autoridades federales, sin embargo, no los concluyó

---

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. AR 378/2014.

y, en consecuencia, los fondos no se obtuvieron. El municipio, en su controversia, atacará la omisión del estado local para conseguir los fondos para la ampliación, mediante el mecanismo de coordinación con el gobierno federal. La Corte entenderá que, si bien el Municipio no es la autoridad encargada de operar el hospital ni de prestar directamente los servicios de salud, la determinación del Municipio de donar parte de su patrimonio para la ampliación, es una medida encaminada a la satisfacción del derecho a la salud de sus habitantes, y el incumplimiento del estado, frustra el cumplimiento de estas medidas iniciadas por el Municipio, en cumplimiento de sus competencias. Por lo tanto, determinó que el gobierno local debe llevar a cabo todas las acciones necesarias para iniciar en breve las obras de ampliación. Los efectos de la decisión resultan interesantes: i) se estableció que el gobernador del estado debe, en el plazo de 30 días, notificar a la Corte las acciones específicas emprendidas para iniciar las obras, ii), se deberá informar periódicamente sobre el avance de las obras y iii) en un plazo de 18 meses, el hospital deberá comenzar a prestar servicios.

En este caso, a diferencia de los anteriores, se aprecia un trabajo judicial más fuerte, por dos razones, primero, por establecer un plazo para la finalización de las obras, segundo, por la interesante interpretación desarrollada en el marco de una controversia constitucional, para comprender que la omisión del estado, impide el cumplimiento de las competencias del municipio, aunque no dependa de este la operación del hospital ni la prestación de los servicios de salud. Las afectaciones a las competencias del municipio se identifican a partir de la coordinación que ambos niveles de gobierno iniciaron luego del anuncio del gobierno local para llevar a cabo las obras de ampliación. De esta forma, se amplía el espectro tuitivo de las controversias constitucionales<sup>6</sup>.

La siguiente vía de intervención consiste en la *definición de políticas públicas por aplicación directa de principios constitucionales o bien la redefinición de las políticas públicas por su carácter excluyente*. Esta forma de intervención puede motivar cambios de naturaleza estructural de diferente intensidad. En el primer supuesto, los jueces imponen a las autoridades prestaciones que se derivan de principios constitucionales y que no están siendo contempladas por los programas vigentes. En el segundo supuesto, la interpretación judicial de los principios constitucionales no impone a la autoridad la generación de prestaciones no brindadas, sino la extensión de prestaciones a grupos no incluidos en el diseño originario de la política pública en cuestión (Abramovich, 2009, 52 y ss).

Un ejemplo de la primera variante de intervención lo encontramos en el caso conocido como «Mini Numa» resuelto por la justicia federal de México. La sentencia del juez de distrito determinó que la autoridad de salud del Estado de

---

<sup>6</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Controversia Constitucional 38/2015.

Guerrero, debía construir una casa de salud para brindar atención primaria a la comunidad de Mini Numa ubicada en la sierra de Guerrero, aunque la política pública de salud del estado no contemplara dicha prestación. El juez consideró que, dadas las condiciones del lugar, el plan de salud no garantizaba la accesibilidad física a los servicios para la comunidad de acuerdo a los estándares fijados por el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre todo, a la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado de dicho artículo en la Observación General N° 47.

Acerca de la segunda forma de intervención, el Poder Judicial Federal en general y la Suprema Corte en particular, han resuelto varios casos y mediante argumentos interesantes. El juicio de amparo AR 59/2016, ofrece un claro ejemplo de política pública excluyente desde la ley que la genera y por lo tanto, un supuesto de discriminación normativa. Se trató de un padre que solicitó el servicio de guardería para su hijo menor ante el servicio de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). La solicitud le fue negada, debido a que la ley vigente en ese entonces, establecía que el servicio de guardería solicitado, estaba destinado a los hijos de mujeres trabajadoras y, tratándose de hombres trabajadores, solo si eran viudos, divorciados o ejerciera la guarda del menor. Contra esa decisión, se promovió juicio de amparo indirecto que eventualmente llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Alto Tribunal resolverá que la ley en cuestión mantenía un estereotipo de género al asumir que la mujer es la encargada del cuidado de los hijos. Además, afectaba la igualdad de trato por razones de sexo, lo que resulta discriminatorio porque asigna a la mujer un beneficio de seguridad social por el solo hecho de serlo y se lo niega al hombre solo por serlo también. En consecuencia, concedió el amparo al padre quejoso<sup>8</sup>. La resolución de este caso, junto a otros, motivó que tiempo después, y sin ser una consecuencia directa de los fallos debido al principio de relatividad de las sentencias de amparo, el Congreso modificó la ley en los términos de lo resuelto por la Corte.

En el AD 9/2018, la Suprema Corte abordó el estudio de otro caso de discriminación legal producido por el régimen voluntario de seguridad social para las trabajadoras del hogar. La ley de la materia, determinaba un régimen obligatorio de seguridad social para los trabajadores en general y un régimen voluntario para algunos trabajadores, entre ellos, quienes se dedican al trabajo del hogar, en consecuencia, los empleadores no tenían obligación de inscribir a las trabajadoras del hogar contratadas por ellos. La Corte determinó que la ley establecía una discriminación en perjuicio de las trabajadoras del hogar. Consideró que el legislador

---

<sup>7</sup> Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero. Juicio de Amparo indirecto 1157-II

<sup>8</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 59/2016.

tiene un amplio margen de discrecionalidad para establecer planes de seguridad social diferentes, sin embargo, la distinción debe tener un fin constitucionalmente lícito, ser idónea y proporcional, lo que no sucede en el caso pues esta distinción, en los hechos, establece una discriminación por razones de género, dado que la gran mayoría de quienes se desempeñan como trabajadores del hogar son mujeres, por lo que esta distinción, las afecta de manera desproporcionada. La distinción legal no es objetiva ni razonable. Además, la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el derecho a la seguridad social se debe garantizar a todas las personas sin discriminación<sup>9</sup>. Con base en estos argumentos, la corte estableció la inconstitucionalidad de la distinción normativa.

Para el cumplimiento de la sentencia, estableció los siguientes lineamientos: i) Se solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social, (IMSS) que en un plazo prudente que podría ser al 30 de junio de 2019, implemente un programa piloto para diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, ii) estableció una serie de lineamientos para la confección de dicho régimen especial, entre ellos, que se debía proporcionar como mínimo las siguientes coberturas: riesgo de trabajo, enfermedades, maternidad, guardería, invalidez, vida y retiro, iii) también, determinó que debería ser de fácil implementación para el empleador, y para ello, el sistema debería considerar que no se exija a los empleadores que deban estar inscritos ante la autoridad hacendaria, iv) Luego de 18 meses de implementación de la prueba piloto, el IMSS propondría al Congreso las adecuaciones legales necesarias para que en un plazo de 3 años se logre establecer el régimen obligatorio para las trabajadoras del hogar<sup>10</sup>.

Nuevamente podemos ver que la Corte no estableció el detalle de aquello que la autoridad debería hacer, no diseñó la política pública en cuestión, pues eso le corresponde a la autoridad competente, sino que procedió a identificar la discriminación legal y estableció aquellas medidas inmediatas que la autoridad debía tomar para superar la situación de discriminación.

También el poder judicial interviene obligando a las autoridades a *reformular procedimientos para la definición e implementación de políticas públicas*. Esta forma de intervención suele ejercerse ante la violación al derecho en cuestión por vía de afectaciones a la dimensión de accesibilidad (Abramovich, 2009, 55). El juicio de amparo en revisión AR 251/2016 trató acerca de un paciente diagnosticado con diversos trastornos mentales que fue tratado en el Instituto Nacional de Psiquiatría desde el año 2011. En 2013, solicitó que le fueran proporcionados los medica-

---

<sup>9</sup> Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General. núm. 19, párr. 4.

<sup>10</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 9/2018.

mentos que le recetaron y se le respondió que el marco normativo al que están sometidos los institutos de salud, no contempla que se brinden medicamentos a los pacientes ambulatorios como él. Sus infructuosos reclamos se extendieron durante unos años más hasta que en 2015 presentó una demanda de amparo que eventualmente llegó a la Suprema Corte. La cuestión a resolver a juicio de la Corte fue si el Instituto Nacional de Psiquiatría está obligado por el derecho a la protección de la salud del paciente, a suministrar medicamentos, de acuerdo al diagnóstico que el mismo instituto realizó. Respecto a esta cuestión, la Corte responderá que la provisión de medicamentos es una obligación básica e inmediata. También, concluirá que la distinción entre pacientes hospitalizados y ambulatorios, mediante la que el Instituto negó las medicinas, carecía de sustento normativo. Ahora bien, la autoridad, entiende la Corte, no negó que las medicinas le deban ser suministradas, solo que no le correspondía a ella. Sobre esto, la Corte acepta que la ley puede hacer estas determinaciones, pero lo que la autoridad no puede hacer es debido a la distribución competencial, dejar de observar el derecho de las personas a acceder a los medicamentos sin obstáculos excesivos y que, sin importar la autoridad encargada, las medicinas le sean suministradas. A juicio de la Corte, no resulta aceptable que una institución de salud, admita a un paciente, lo atienda, le de un tratamiento y no se asegure que lo reciba. El Instituto omitió brindar al paciente una atención integral, que, en el caso, incluía orientar adecuadamente al paciente y referirlo con la institución que deba brindarle la medicina. Para ello, la Corte se basó en una regulación específica, la norma oficial mexicana (NOM) 025SSA2014 sobre la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médica psiquiátrica que sienta las bases para el procedimiento de referencia de pacientes. Además, en el caso, por la condición de salud mental del paciente, le correspondía la aplicación del régimen de personas con discapacidad mental, lo que a su vez hubiera implicado la aplicación de protocolos más específicos y detallados, gestados en función de un enfoque orientado por un modelo social de discapacidad<sup>11</sup>.

Con el tiempo, la justicia ha desarrollado formas novedosas de intervención, entre ellas, vale mencionar la imposición a la autoridad de la obligación de *generar información estadística para la generación de políticas públicas*. Cabe señalar que también esta información sirve para visibilizar la vulnerabilidad e incluso, pensando en efectos indirectos, puede permitir insertar la discusión pública sobre ciertos asuntos. En el Juicio de amparo en revisión AR 635/2019, se reclamó al Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI), la omisión de generar información estadística acerca del número de asentamientos informales que existen en México, como consecuencia de la obligación inmediata de la obligación de progresividad

---

<sup>11</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala, Amparo en revisión 251/2019.

respecto al derecho a la vivienda digna. La quejosa en este caso, es una asociación civil denominada «*Un techo para mi país*», organización no gubernamental dedicada a proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población de asentamientos informales. En primer lugar, y en aplicación de criterios previamente sostenidos, la Corte reconoció legitimación activa a la asociación por cuanto la falta de información sobre asentamientos, impide a la quejosa cumplir con su objeto social, consistente en la defensa y promoción del derecho a la vivienda. Como lo sostuvo en otros casos, la Sala sostendrá que el principio de relatividad de las sentencias de amparo debe hacerse compatible con las nuevas exigencias en materia de protección de derechos sociales, considerar la naturaleza colectiva que estos derechos pueden tener, sin que ello obste a su adecuada protección. La concesión del amparo se sustentará en las siguientes razones: i) La institución demandada tiene entre sus funciones, de acuerdo a la ley del sistema de información y estadística y geografía, producir información, entre otras materias, sobre vivienda y pobreza, para el diseño de políticas públicas, ii) En atención a la vulnerabilidad de las personas que se pueden beneficiar o perjudicar por la existencia o la falta de esta información, el contar con ella es una obligación mínima y de cumplimiento inmediato del derecho a la vivienda, y forman parte a su vez de la obligación de tomar medidas y de avanzar de manera concreta y constante hacia la plena efectividad de los derechos sociales, como parte de la obligación de progresividad, iii) Si bien progresividad implica gradualidad, no implica quietismo y en consecuencia, las autoridades deben dar pasos en aras de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones implicadas en cada derecho, iv) el Instituto, tiene competencias exclusivas para generar esta información, por lo tanto su incumplimiento, genera que el resto de las autoridades implicadas en la protección del derecho a la vivienda, no puedan cumplir con las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la vivienda.

Por las razones expuestas, se concedió el amparo para que la autoridad genere, obtenga, analice y difunda la información estadística sobre vivienda y asentamientos humanos irregulares. Como se puede apreciar, la intervención judicial no tuvo como finalidad la asignación de prestaciones, sino la producción de información para la generación de políticas públicas, para que las autoridades competentes, desarrollen su actividad para la generación de garantías primarias. De modo que, en este caso, la actuación judicial ni siquiera opera sobre una política pública, sino que más bien, pretende detonarla<sup>12</sup>.

Estas formas de intervención evidencian las diferentes vías en las que la justicia pueden trabajar políticas públicas sociales. En cierto modo, los casos reseñados indican un trabajo de fiscalización, que de modo más específico podría afirmarse

---

<sup>12</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 635/2019.

que consiste en hacer que la autoridad cumpla con sus obligaciones, ya sea que estas consistan en cumplir las obligaciones determinadas en políticas públicas o bien en trabajar sobre las notas más generales de las políticas públicas, en aspectos perfectamente controlables, como por ejemplo, su carácter discriminatorio. Los casos estudiados ofrecen también, la posibilidad de apreciar los diversos grados de intensidad con los que los jueces trabajan. En general, muestran como los tribunales a lo largo de los años, y a través de diferentes estrategias, han logrado superar muchas de las objeciones iniciales a su trabajo en materia de derechos sociales.

### 3. Nuevos problemas

Casos como los reseñados permiten ver que muchas de las objeciones se han podido superar, sin embargo, nuevos problemas demandan reflexión y soluciones. También, algunos de estos problemas, como sucedió con los anteriores, deben ser analizados. En esta sección, abordaremos el estudio de problemas que afectan la protección judicial de los derechos sociales vinculados el acceso a la justicia, el cumplimiento de las sentencias y la comparación jurídica como insumo para la adjudicación.

#### A. ACCESO A LA JUSTICIA

La experiencia acumulada en América latina en materia de judicialización de reclamos que involucran a los derechos sociales ofrece algunos datos relevantes. En relación al derecho a la salud, se ha podido constatar que en general, los litigios se han incrementado (Ely Yamin, Parra Vera y Gianella, 2013, 128), (Bergallo, 2013, 71), (Motta Ferraz, 2013, 105), (Wilson, 2013, 171). También, que la tasa de éxito de los reclamos es alta (Maestad, Rakner y Motta Ferraz, 2013, 339) y que la mayoría de los juicios tienen carácter individual (Bergallo, 2013, 74). Respecto a si los reclamos se refieren a prestaciones contempladas en programas, los datos son variables. En Colombia, el 54 % de los reclamos corresponden a medicinas que están incluidas en el programa médico obligatorio. Sin embargo, es elevado el número de casos en los cuales la justicia ha ordenado la inclusión de medicinas o tratamientos no contemplados y en estos casos la demanda para el presupuesto ha sido muy elevada. Se calcula que la cantidad que el estado ha debido desembolsar ascendió en 2008 a 1,15 billones de pesos colombianos (Maestad, Rakner, Motta Ferras, 2013, 341). En Brasil, las opiniones al respecto son divergentes, sin embargo, los números indican que, por momentos, el reclamo sobre medicamentos no contemplados ha tenido un fuerte impacto econó-



mico. Según información proporcionada por Ferraz, en el nivel federal, el reclamo de drogas no incluidas ha llegado a representar el 78% de los costos de todos los litigios sobre salud (2013, 105).

La cuestión acerca del impacto económico de los litigios, sobre todo cuando se trata de reclamos sobre prestaciones no contempladas, debe ser analizado junto a otro, que tiene que ver con el nivel socio económico de los reclamantes. Al parecer, quienes mayormente litigan para reclamar, por ejemplo, por prestaciones en materia de salud, pertenecen a los sectores medios de la población y no a los sectores más necesitados. Tomando esto en consideración, se ha identificado la posible presencia de una paradoja, llamada *paradoja de la judicialización*, que consistiría en que el litigio en materia de derechos sociales, lejos de beneficiar a los sectores más vulnerables, podría afectarlos, debido al efecto negativo que el litigio podría tener sobre las partidas presupuestales destinadas a la atención de programas destinados a los sectores vulnerables. Algunos datos permitirían considerar fundada esta preocupación. Según Maestad, Rakner y Motta Ferraz, en Colombia, el costo en prestaciones no incluidas en el presupuesto y obtenidas mediante la labor judicial ascendió en 2009 al 5.4% del presupuesto de salud. En Brasil, más específicamente en San Pablo, el gasto en medicamentos obtenidos por vía judicial ascendió al 25% del presupuesto (2013, 348). Es decir, el costo impuesto vía litigio es alto. En atención al perfil socioeconómico, algunos datos permiten sostener que quienes más litigan no son los más necesitados en términos económicos, lo que no significa que no haya necesidades detrás de los reclamos de los sectores medios de la sociedad y un derecho en el que se funde el reclamo.

Con base en una muestra de 100 casos y considerando el domicilio de los litigantes, Bergallo concluye que, en la Ciudad de Buenos Aires, la mayoría de los litigantes provienen de zonas con un ingreso relativamente alto (2013, 75). Motta Ferraz, ha determinado que, en Brasil, la mayor concentración de litigios se produce en las zonas más ricas del País y, por el contrario, es menor la cantidad en los estados del norte más pobres. Considerando el criterio del domicilio focalizado en San Pablo, cita un estudio realizado por Chieffi y Baratta que arroja que el 74% de los litigantes provienen de las tres zonas con menor índice de vulnerabilidad social de la ciudad (2013, 116). Si bien los datos no son del todo concluyentes, y podrían arrojar información diferente según la zona que se estudie, todo parece indicar que quienes se benefician de los litigios individuales no son los más necesitados o los grupos más vulnerables. En consecuencia, la judicialización de los derechos sociales no estaría cumpliendo su objetivo primario, consistente en disminuir la desigualdad.

Sin embargo, esta cuestión de la paradoja podría estar algo desenfocada, o más bien, no ser tal. Es plausible considerar que los tribunales no son el mejor lugar desde el cual presentar la lucha contra la desigualdad estructural. Por supues-

to que la justicia tiene un rol que desempeñar en la cuestión, por ejemplo, haciendo que las autoridades cumplan con las obligaciones en materia de derechos sociales, tal como se ha afirmado a lo largo de este trabajo, sin embargo, la lucha contra la desigualdad a escala social no puede depender de los jueces o depositarse en ellos de manera central. Si las críticas de Rosenkrantz, que comentamos al principio del trabajo, apuntan a esto, le debemos conceder razón. Si el problema que subyace a la aparente paradoja es que las personas de escasos recursos no se benefician de la justiciabilidad de los derechos sociales, no se trata de un asunto nuevo, ni exclusivo de los derechos sociales sino, como hace varios años indicaron Cappelletti y Garth, de un viejo problema de los sistemas jurídicos en general, casi una característica común, consistente en la existencia de obstáculos para el acceso a la justicia que resultan más pronunciados para las reclamaciones pequeñas y los individuos, especialmente si son pobres (1996, 22).

La paradoja de la judicialización podría no ser tal, su constatación podría necesitar más estudios que, por el momento no se han presentado como concluyentes. Sin embargo, el problema de acceso a la justicia si resulta más claro e identificable. Para su superación, desde el derecho de han ensayado diversas respuestas, asistencia legal gratuita, asistencia a las víctimas, mejora e incremento de los servicios de defensoría pública, los métodos alternos de solución de controversias (Ferrandino, 2004, 386), incluso, se ha orientado esta ayuda a los pobres y grupos vulnerables en general para atacar de manera más directa la causa más clara que obstaculiza el acceso a la justicia. (Cappelletti h Garth, 1996, 24).

La representación de intereses difusos y colectivos también ha demostrado ser efectiva para ampliar o expandir los beneficios de una sentencia favorable en un litigio, a quienes no fueron parte y, por los problemas indicados de acceso a la justicia tal vez no puedan serlo nunca. Para la representación de estos intereses, las figuras procesales como el amparo colectivo resultan determinantes y han permitido superar las formas tradicionales del litigio, centradas en afectaciones y remedios de carácter individual. Pero además de las innegables ventajas del litigio colectivo por su natural consecuencia expansiva, es necesario considerar que también es posible plantear demandas sobre derechos de incidencia colectiva, mediante reclamos individuales, que requerirán remedios de naturaleza colectiva y por ello, su impacto será colectivo o general. Esta clase de litigios, requerirán de ciertas formas de intervención judicial, que aprecien el tipo de remedio requerido, más allá del carácter individual que pudiera tener el planteo y lo más importante, que esa característica inicial no detenga el trabajo judicial (CELS, 2008, 33-34). Este tipo de intervenciones judiciales se consigue, no solo en aquellos litigios en los que la puerta de la justicia es abierta por el interés legítimo de los impetrantes, sino incluso, en casos en los cuales el acceso a la justicia se obtiene mediante un interés jurídico.

En los supuestos de interés legítimo, las posibilidades de expandir los efectos del remedio son más claramente apreciables. Algunos de los casos ya comentados ofrecen un claro ejemplo de la generación de un remedio colectivo, como correlato de una afectación colectiva que como tal, necesariamente requerirá medidas con impacto más allá de los reclamantes concretos. En el caso «Pabellón 13» o en «Laguna del Carpintero», las medidas ordenadas tienen el efecto expansivo apuntado.

Este efecto puede potenciarse, a partir de la especial configuración que en México, la Suprema Corte le ha dado al interés legítimo, permitiendo reconocer tal interés a aquellas organizaciones no gubernamentales que, como parte de su objeto social, se dediquen a la promoción y protección de los derechos involucrados en el eventual reclamo. Esta interpretación extensiva de la figura del interés legítimo, permitió que posteriormente se llevaran a cabo reclamos como por ejemplo el comentado a propósito del amparo presentado por la asociación «Un techo para mi país» que buscó la generación de información estadística acerca de asentamientos irregulares en México, lo que a su vez, permitiría generar políticas públicas con impacto general.

Pero la posibilidad de generar efectos expansivos parece no circunscribirse a los casos de interés legítimo, en los cuales tal consecuencia es natural. En el caso del amparo AD 9/2018 sobre la inclusión de las trabajadoras del hogar en el seguro social obligatorio, el reclamo de la trabajadora se sustentó en un interés jurídico, legitimación exigida para la vía procesal mediante la que el caso llegó a la justicia federal, consistente en un amparo directo que en último término será resuelto por la Suprema Corte. La expansión de los efectos de la sentencia en este caso provino del tipo de medidas ordenadas a la autoridad, consistentes en la generación de un plan piloto para que posteriormente se pueda traducir en ley. En este caso, el remedio tuvo impacto colectivo, amén de la naturaleza individual del reclamo.

También habría que insistir en una forma de lograr incrementar el impacto de una decisión, independientemente de las formas procesales, que consistiría en la colaboración de las autoridades en cuyas manos está la generación de cambios que permitan incrementar los niveles de respeto y garantía de los derechos sociales. Las sentencias, en general no solo resuelven un caso, sino que identifican problemas normativos, como los que se generan con las leyes discriminatorias que pueden excluir a vastos sectores de la población de una cierta prestación. Eliminar los efectos de una ley discriminatoria y su impacto negativo en una persona o grupo de personas, no es algo que se debería supeditar a que las personas, interpongan acciones judiciales. La autoridad, de buena fe, debería sanear el sistema, y para esa labor, el trabajo de la justicia constitucional, debería representar un insumo necesario e insoslayable.

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, proponen un esquema para identificar los efectos de las decisiones judiciales. En su esquema propone distinguir entre efectos materiales directos: consistentes en las acciones ordenadas por el juez que afectan a las partes y efectos materiales indirectos, consistentes en aquellos que se pueden derivar de la sentencia, aunque no surjan de las órdenes del juez o tribunal (2015, 41). La expansión de los efectos de un caso para generar impacto en la política pública cuestionada en el caso individual, podría no solo evitar futuros litigios, sino también permitir que aquellos que no tienen acceso a la justicia, puedan beneficiarse de la corrección realizada por los jueces sobre la política pública.

## B. CUMPLIMIENTO Y DEFERENCIA

Otro problema apuntado acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales tiene que ver con el cumplimiento de las sentencias y sobre esta cuestión, también resulta necesario efectuar algunas distinciones. En primer lugar, es necesario contradecir una idea bastante extendida de acuerdo a la cual es más fácil cumplir con las sentencias sobre derechos civiles que con las referidas a derechos sociales. Cali y Koch consideran que quienes avalan esta idea, lo hacen por asumir que la facilidad radicaría en remedios judiciales de más fácil cumplimiento, menores costos en la implementación y menores resistencias ideológicas, lo que se traduce en menores resistencias para el cumplimiento (2017, 66).

Los problemas de cumplimiento se pueden explicar por múltiples causas, sin embargo, tres podrían ser particularmente determinantes: la complejidad de las órdenes judiciales, las resistencias burocráticas por bloqueo y la falta de costos institucionales y políticos ante el incumplimiento (Cali y Koch, 2017, 66). En este sentido, nuevas formas de intervención judicial se presentan como más aptas para superar estas dificultades, formas a partir de las cuales las cortes impartan órdenes de naturaleza más instrumental y controlen el cumplimiento de las mismas, dando espacio a las áreas encargadas de la política pública, para que determinen las formas mediante las cuales es posible cumplir. Estas nuevas formas de intervención judicial han sido denominadas dialógicas o deliberativas, y su comprensión y aceptación también requiere la modificación de ciertos puntos de vista acerca de lo que es esperable de la intervención judicial.

Señala Tushnet que sobre este tema persisten lo que denomina «*argumentos convencionales en contra de la judicialización de los derechos sociales*», de acuerdo a los cuales, los jueces deben ejercer o ejercerían siempre formas fuertes de adjudicación (*strong adjudication*), determinando aquello que la autoridad debe hacer al detalle, los niveles de apoyo social exigidos desde la constitución y en definitiva,

diseñando políticas públicas (Tushnet, 2008, 231-233). Tushnet nos llama la atención acerca de la imprecisión de esta posición. Otras formas de adjudicación que denomina débiles (*weak adjudication*) son posibles y se verifican en la práctica judicial de los derechos sociales. Estas formas débiles de adjudicación tienden a generar distintas formas de comunicación con el resto de los poderes y a establecer ciertos estándares no sustantivos para la intervención en políticas públicas sociales (2008, 237). Un ejemplo de estas formas débiles de adjudicación señaladas por Tushnet lo ofrece el multicitado caso Grootboom, resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana, que tuvo que evaluar la corrección de una política pública en materia de vivienda a partir de la acción presentada por múltiples demandantes que reclamaron vivienda temporal hasta que el estado les provea la vivienda definitiva, de acuerdo a los términos de la política pública que el estado había estipulado. La política pública en cuestión, fue evaluada por la Corte mediante la aplicación de un test de razonabilidad, que sería superado siempre que la política cumpla con las siguientes características: i) que considere el contexto social, ii) que sea flexible y considere medidas de corto, mediano y largo plazo, iii) que sea incluyente y iv) que sea revisable. La Corte consideró que el programa de viviendas no resultó razonable porque no contempló la situación de aquellos que no tenían absolutamente nada y por ello, requerían de ayuda temporal hasta que les fuera asignada su vivienda definitiva. La Corte no estableció medidas concretas a tomar, sino que se limitó a determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas y así, indicar aquello que la autoridad debía modificar. Adicionalmente, la Corte no aceptó dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia<sup>13</sup>.

Las nuevas formas de adjudicación, admiten intervenciones más intensas, como por ejemplo, la llevada a cabo por la Corte Constitucional de Colombia en la paradigmática sentencia T 025/2004 en la que se abordó el problema de las múltiples violaciones cometidas en perjuicio de los desplazados. La Corte, constató la existencia de violaciones masivas a los derechos humanos de las personas desplazadas, y llamó la atención de tal situación mediante la declaración del «Estado de cosas inconstitucional». También, y a diferencia de su par sudafricano, determinaría los derechos mínimos que el estado debería garantizar a los desplazados y constató otra serie de violaciones concretas, como por ejemplo, que la Ley de Presupuesto, violaba la Ley de Desplazados, porque el presupuesto para atender a las personas desplazadas, venía disminuyendo consistentemente, en contra a lo establecido por la ley especial de desplazados que indicaba que los recursos debían incrementarse. Pero la nota especial de este fallo, la encontramos en el tipo de órdenes dictadas en la sentencia y posteriores resoluciones de supervisión de

---

<sup>13</sup> Constitutional Court of the Republic of South Africa. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom.

cumplimiento. Las órdenes no consistieron en dictados de contenido detallado para que las autoridades cumplieran, sino en órdenes de tipo procedimental para que la autoridad revise y elabore programas para respetar y garantizar los derechos conculcados (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2017, 85), entre ellas, por ejemplo, ordenó identificar la situación actual de la población desplazada, establecer el presupuesto necesario para atender a la población desplazada, diseñar un programa de acción para corregir las falencias institucionales que impiden brindar atención adecuada a los desplazados en un plazo de 3 meses y también, ordenó la elaboración de un programa en el plazo de 6 meses, para que los desplazados puedan gozar de un mínimo de derechos que la Corte estableció<sup>14</sup>. Luego del dictado de la sentencia, el Alto Tribunal Colombiano dio seguimiento al cumplimiento, que continua hasta el día de hoy, y que ha implicado el dictado de cientos de ordenes y resoluciones de seguimiento, volviendo así al proceso de ejecución de sentencia, en una instancia deliberativa que propició la participación de los afectados para la identificación de sus necesidades y las formas de reparar las violaciones.

Existen diferencias importantes entre ambas decisiones. La Corte Colombiana llevó a cabo una labor mas intensa, sobre todo a partir de la determinación del mínimo de derechos que se debía garantizar a la población desplazada y del seguimiento consistente. Pero también entre ambas existe una coincidencia consistente en las órdenes impartidas por los tribunales en ambos casos, que en lo general, dictaron órdenes instrumentales.

Las formas comunicativas o dialógicas de adjudicación, permiten dar una mejor respuesta a las viejas criticas, sobre todo aquellas que apuntan a la falta de pensamiento comprensivo de los jueces, a su falta de preparación técnica y al problema democrático y consistirían en impartir órdenes de tipo instrumental, es decir, no establecer los modos y formas de hacer aquello que específicamente la autoridad debe hacer, sino establecer que algo debe ser hecho, permitiendo que la autoridad proponga los medios. Incluso, en un nivel de intensidad superior, aunque dentro de esta forma de intervención deferente, la justicia puede establecer plazos para que la autoridad determine los medios para cumplir.

Los resultados no necesariamente han sido del todo promisorios. En el caso de los desplazados, a raíz de la sentencia, existieron avances significativos en algunos derechos, como por ejemplo educación y alimentación, sin embargo la situación no varió demasiado en relación a otros derechos.

Calificar como fracasos los casos comentados no sería del todo correcto. Esta clase de litigios estructurales implican cuestiones complejas que los jueces no pueden solucionar en un plazo breve y solo con el dictado de la sentencia. Los jueces con sus decisiones han permitido superar situaciones de bloqueo institucional,

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 025/2004

han evidenciado fallas sistémicas de la administración y, considerando el impacto de las decisiones más allá del cumplimiento, han puesto en la agenda pública las violaciones masivas de derechos, o bien, han puesto en clave de derechos humanos, temas que antes no eran apreciados de tal modo. Asimismo, han motivado interesantes procesos de organización de la sociedad civil e impulsado procesos de movilización para llevar estas discusiones a otros ámbitos. En tal sentido, las sentencias han tenido un impacto fuerte.

En México, se están abriendo paso nuevas formas de adjudicación que, tal como los ejemplos comparados, persiguen incrementar el grado de cumplimiento. En el caso *Laguna del Carpintero*, la Corte determinó la participación de autoridades coadyuvantes, en el caso del *seguro obligatorio para las trabajadoras del hogar*, la justicia también recurrió a la autoridad para proponer la política pública, en el caso del *Hospital de Huajuapán*, se estableció un plazo para que la autoridad cumpla con la política pública que ella misma había determinado y determinó la obligación de rendir informes acerca del avance del cumplimiento. Estos casos indican que la Corte mexicana está mirando al derecho extranjero para encontrar allí, en el trabajo de ciertos tribunales, formas nuevas para afrontar y resolver nuevos reclamos.

Sin embargo, en esta saludable práctica comparativa, existen algunos interrogantes. El primero se refiere a si estas nuevas formas de adjudicación, aparentemente más deferentes hacia la autoridad, no habilitarían espacios de discrecionalidad incompatibles con las obligaciones implicadas en los derechos en el caso en cuestión. Hasta donde podemos comprender, las formas deliberativas o dialógicas, resultan necesarias para litigios colectivos o bien estructurales, en situaciones complejas, de obturación institucional, en las cuales las órdenes detalladas, pueden llevar a un seguro incumplimiento y se recurre a estas formas para que la autoridad tenga opciones y espacios para cumplir. Pero la finalidad primaria, el objetivo central y esto debe ser considerado, no es ser deferente con la autoridad, sino lograr el cumplimiento de la sentencia y la deferencia es un medio para ello. La deferencia, es entonces estratégica, surge de comprender la complejidad de ciertos casos, y la conveniencia para la situación de los derechos involucrados, de incluir a otros actores en la construcción de la solución. La finalidad no es permitir que la autoridad cumpla con algo, y de cualquier manera. En el caso Pabellón 13, la propia autoridad había determinado que la opción que permitía erradicar el riesgo era la construcción del nuevo pabellón, y no, la remodelación del existente. En la sentencia, La Corte pareció olvidarse de esto y permitió que la autoridad opte entre remodelar o construir. Esta opción no parece haber estado habilitada por las obligaciones del derecho en el caso, pues la remodelación, si bien mitigaba los riesgos, a juicio de la propia autoridad, no era suficiente y por ello decidió cambiar la política originalmente establecida y solicitar la construcción del nuevo pabellón.

Ciertas modalidades de adjudicación que concedan flexibilidad a la autoridad pueden ser necesarias, pero su empleo debe habilitarse atendiendo a que el fin que persiguen es el cumplimiento efectivo de la sentencia y no la habilitación de espacios de discrecionalidad a la autoridad.

### C. COMPARACIÓN JURÍDICA

La comparación jurídica como método para la búsqueda de soluciones es un recurso sumamente válido, pero tiene sus reglas, y debe ser realizado con cierta atinencia. Sobre todo, si consideramos que las decisiones generan tesis, aisladas o bien jurisprudencia, que serán utilizadas por otros órganos judiciales para resolver casos análogos o a veces apenas cercanos. Por ello, resulta central que la Corte sea cuidadosa en el empleo de estos insumos y no se generen errores. En el caso conocido como «Ciudad de las artes», pudo haberse producido una comparación imprecisa y descontextualizada. Se trató del juicio de amparo en revisión 566/2016. El caso inició con el reclamo de unas personas quienes alegaron que la omisión por parte de la autoridad de concluir un proyecto cultural consistente en la construcción de un espacio público para el desarrollo de actividades culturales denominado «*Ciudad de las Artes*», implicaba una violación a su derecho a la cultura, como derecho a tener acceso a bienes culturales. La Corte aplicará el test de razonabilidad desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica a partir del caso *Grootboom*, para concluir que la interrupción del proyecto, en la medida en que para cuando acaeció, ya se había construido la primera etapa del proyecto, que permitía el desarrollo de actividades culturales, había resultado razonable. Para la Corte, una política razonable, es aquella que busca alcanzar progresivamente la plena realización del derecho, en este caso, derecho a la cultura, una vez satisfecho su núcleo esencial. En realidad, en esta determinación existen varios problemas; para comenzar, la comprensión que la Primera Sala manifiesta acerca del principio de progresividad, según lo afirmado en la sentencia, una vez asegurado el núcleo esencial de los derechos sociales, las normas sobre estos derechos establecen obligaciones de fin que el estado debe alcanzar con los medios que considere más adecuados. Esta afirmación es equivocada, pues el principio de progresividad no habilita para la autoridad un ámbito de absoluta discrecionalidad más allá del contenido esencial. Eso quedará determinado por el desarrollo de garantías primarias y políticas públicas que se hubieran establecido. Por otro lado, la Corte alude al test de razonabilidad sudafricano, pero realmente no lo corre. Nunca evaluó si la política pública cultural del estado era contextualizada, flexible, incluyente o revisable, tal cual prescribe el test. Tal vez, si lo hubiese corrido, se hubiera llegado al mismo resultado, pero el problema de haberlo declamado pero no aplicado, es



que ahora parece que aquello que consideremos razonable, puede ser cualquier cosa. O casi, porque de acuerdo a la vinculación que la propia Corte hizo entre el test de razonabilidad y el principio de progresividad, una política pública podría ser considerada razonable si cumple con el núcleo esencial de un derecho y esto, no significa razonable para la Corte Sudafricana, y si lo significara, habría que preguntarse si el test, así comprendido, puede ser aplicado en nuestro sistema en atención a los desarrollos normativos.

#### 4. Conclusión

En este trabajo hemos insistido en la necesidad de efectuar ciertas distinciones cuando de derechos sociales se trata. El nivel de desarrollo de garantías primarias en un sistema jurídico dado, determinará formas e intensidades diversas para el trabajo judicial.

El trabajo de los jueces a lo largo de los años y en diferentes sistemas jurídicos, ha evidenciado también la necesidad de hacer frente a nuevos desafíos. Uno de ellos consiste en facilitar el acceso a la justicia o bien, en mitigar los problemas que, en materia de acceso a la justicia se presentan para los sectores más necesitados que ven vulnerados sus derechos. Para afrontar este problema es indispensable que los efectos de las sentencias se expandan e impacten a las políticas públicas generando en ellas cambios positivos. Tal expansión se debe dar, a través del litigio colectivo, claro, pero también, mediante el diseño de remedios de esa naturaleza, que considere el tipo de afectación, independientemente del carácter individual o colectivo del litigio. También, consideramos necesario llamar la atención sobre el seguimiento que de buena fe, deban realizar las autoridades a los criterios que establece la justicia constitucional al resolver casos que identifican por ejemplo, discriminaciones normativas que impiden el acceso al disfrute de prestaciones en pie de igualdad.

Asimismo, hemos explicado que las dificultades en el cumplimiento de las sentencias, no afectan exclusivamente a los derechos sociales. Los litigios actuales sobre derechos humanos en general presentan importantes problemas para su cumplimiento. En este sentido, los problemas de cumplimiento no se vinculan tanto con la naturaleza de los derechos sino más bien, con el tipo de litigios y la estructura obligacional compleja que es necesario cumplir para satisfacer los derechos involucrados. Para atender los complejos litigios sobre derechos humanos ha sido necesario desarrollar nuevas formas de intervención judicial que brindan a los jueces opciones más eficaces a la hora de resolver. Las formas de justicia dialógica generan mejores posibilidades para que las sentencias emitidas en litigios estructurales se cumplan, generando de ese modo un ejercicio judicial más deferente y

eficiente. Sin embargo, es preciso comprender que la deferencia tiene como finalidad que la sentencia se cumpla y el derecho se repare y no, habilitar espacios de discrecionalidad para la autoridad.

Para finalizar, consideramos que la comparación jurídica, como método para la generación de argumentos, atingente y contextualizada, puede impulsar el trabajo judicial e incrementar los estándares de protección para estos derechos. La comparación jurídica en sede judicial debe estar orientada a fortalecer los argumentos que se generen para incrementar los niveles de protección de los derechos sociales y no a habilitar espacios para la discrecionalidad de la autoridad.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, «El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales» en: Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, (Comp), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto Editores, 2009.
- ALEXU, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad., de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ARCIDIÁCONO, Pilar y GAMALLO, Gustavo, *Política social y judicialización de los derechos sociales*, en: Temas y debates N: 22, Año 15, Julio-Diciembre 2011, p: 65-85, p. 70. Consultada en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/tede/n22/n22a05.pdf> el día 22 de octubre de 2018.
- BERGALLO, Paola, «Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. Se logra justicia a pesar de la «rutinización de los reclamos individuales de cobertura?», en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.
- CALI, Basak y KOCH, Anne, «La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos», en: Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, (ed), *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, G, El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, FCE, México, 1996.
- ELY YAMIN, Alicia, PARRA-VERA, Oscar y GIANELLA, Camila, «Colombia, la protección judicial del derecho a la salud» pp. 127-157, en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Vol I Teoría del Derecho, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.
- LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ROSSI, Julieta, «Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento», en: Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, ed, *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2017.
- MAESTAD, Ottar, RAKNER, Lise MOTTA FERRAZ, Octavio L, «Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica», en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.
- MOTTA FERRAZ, Octavio, «Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud», p. 97-126, en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, México, Siglo XXI Editores, 2015.
- ROSENKRANTZ, Carlos, «La pobreza, la ley y la constitución», en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, 2002, Argentina, Editores del Puerto, 2003.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en: Revista de Derecho Público N 12, Enero-Junio de 2001, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 145-183.
- WILSON, Bruce M, Costa Rica: «Litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias», en Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.



# IMPORTANTES AVANCES EN TORNO A LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y CUESTIONES CONEXAS

VÍCTOR BAZÁN

*Profesor de la Universidad Católica del Cuyo*<sup>1</sup>

## I. Breve prefacio

Entre otros tópicos, intentaremos demostrar aquí que los derechos sociales no padecen una minusvalía jurídica y/o axiológica *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos, ni son meros «derechos de papel».

Por el contrario, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos hacen que no exista jerarquía entre ellos y que todos sean exigibles, según sus particularidades, ante las autoridades estatales competentes.

Es que, a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, independientemente de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales, culturales o ambientales (DESCA).

Naturalmente, no ignoramos las diferencias existentes entre América Latina y el contexto europeo en el ámbito de los derechos básicos.

Al menos en el espacio latinoamericano nos parece innegable la fundamentación de aquellos derechos, muchos de los cuales funcionan como *prerrequisitos* para el ejercicio de no escasos ni irrelevantes derechos civiles y políticos.

Aunque pueda resultar obvio, debe recalarse que *los DESCAs no son derechos «de segunda calidad»*. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), una minusvaloración de esa magnitud resultaría difícilmente justificable.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (suma cum laude), Universidad de Mendoza (Argentina). Posdoctorado en la UBA. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y de Derecho Internacional Público.

Y es esencialmente, en tiempos de crisis financieras y económicas y/o flagelos como la tremenda pandemia de Covid-19, cuando se visualiza más nítidamente la perentoria necesidad de fortalecer la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

Entra aquí en juego el *derecho al mínimo vital* desplegado por la jurisprudencia como un aspecto de naturaleza fundamental conectado con la *dignidad humana*. Por citar solo un ejemplo, aludimos al nuevo *ingreso mínimo vital y básico* implementado por España en 2020 mediante el Real Decreto-Ley 20/2020.

Para concluir, el *derecho a la protección contra la exclusión social y la pobreza* proyecta un haz que ilumina y refuerza la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos fundamentales.

## II. Mínimo vital y dignidad humana

Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible («derecho a la supervivencia»<sup>2</sup>, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos —incluidos los de la mayoría— respecto de los derechos, aunque también con diferencias<sup>3</sup>, Ferrajoli acuña el concepto de «esfera de lo no decidible», Bobbio el de «territorio inviolable» y Garzón Valdés el de «coto vedado».

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la «esfera de lo no decidible» demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador —*lo que no puede ser decidido por este*— en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente

---

<sup>2</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales —*summa cum laude*— (UM). Posdoctorando en Derecho (Bs. As. — UBA). Juez de Cámara de Apelaciones. Especialista en «Justicia Constitucional y Protección de Derechos Fundamentales» (Pisa); en «Derechos Humanos», Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); en «Constitucionalismo y Democracia» (España). Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Internacional Público (UCCuyo — San Juan). Profesor invitado en numerosas universidades de Argentina y el exterior.

Luigi Ferrajoli, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 29, Universidad de Alicante, Alicante, 2006, p. 19.

<sup>3</sup> El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: «La esfera de lo indecidible y la división de poderes», trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N.º. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008, pp. 337-343.

impuestos al legislador —*lo que debe ser decidido por este*— en garantía de los derechos sociales<sup>4</sup>.

A su tiempo, Bobbio expone que: «Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque esta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*»<sup>5</sup> —énfasis agregado—. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese «territorio —o frontera— inviolable», deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*<sup>6</sup>.

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al «coto vedado»<sup>7</sup> o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que «ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga»<sup>8</sup> —cursivas del original—.

Es innegable la existencia de un ligamen estrecho entre el *mínimo vital*<sup>9</sup> o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*. Ese *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente. En esa línea, el derecho al mínimo

<sup>4</sup> Ver Perfecto Andrés Ibáñez, «Valores de la democracia constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

<sup>6</sup> Michelangelo Bovero, «Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

<sup>7</sup> Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión «coto vedado» del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, 1ª ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

<sup>8</sup> Juan A. Cruz Parceró, «Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)», *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, **Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca** [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

<sup>9</sup> Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, «El derecho a un mínimo vital», en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters — Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

vital ha sido desarrollado por la jurisprudencia como un aspecto de naturaleza fundamental vinculado a dicha *dignidad humana*.

Debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir<sup>10</sup>.

Para finalizar, traemos a colación el caso español. Al respecto se ha expresado que: «La puesta en marcha del *ingreso mínimo vital* (cuya solicitud se hizo operativa desde el 15 de junio de 2020), como se reconoce en el propio Real Decreto-ley 20/2020, ‘*se ha visto acelerada por la crisis sanitaria del Covid-19 y el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*’. El principal objetivo al que atiende ese *ingreso mínimo vital* es ‘la reducción de la pobreza, especialmente la pobreza extrema, y la redistribución de la riqueza. Al asegurar un determinado nivel de renta con independencia del lugar de residencia, esta prestación de la Seguridad Social promoverá la igualdad efectiva de todos los españoles’. Se configura como una prestación económica de periodicidad mensual que cubre la diferencia entre el conjunto de ingresos que ha recibido el hogar unipersonal o la unidad de convivencia durante el año anterior y la renta garantizada determinada por el Real Decreto-ley 20/2020 para cada supuesto» —cursivas agregadas—<sup>11</sup>.

### III. Contenidos esenciales de los DESCAs y dignidad de las personas

#### 1) UMBRAL ESENCIAL

En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESCa cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

<sup>10</sup> Néstor Osuna Patiño, «El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial», *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

<sup>11</sup> Luis Jimena Quesada, «El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales», *Lex Social, Revista jurídica de los derechos sociales*; vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2020, pp. 1-63.



Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada<sup>12</sup>. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir del empleo de los instrumentos metodológicos apropiados, entra en escena el principio de proporcionalidad, entre otras alternativas; procurando en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya en retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, «los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión»<sup>13</sup> —cursivas del original—.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, «la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es

---

<sup>12</sup> Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

<sup>13</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos»<sup>14</sup>.

La tesis alemana del «límite a los límites» («*Schranken-Schranke*») se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad<sup>15</sup>.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*» —cursivas nuestras—. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquellos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Por su parte, Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)<sup>16</sup>, para evitar la excesiva restricción de esos derechos y

<sup>14</sup> Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

<sup>15</sup> Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

<sup>16</sup> Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* «consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución». Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: «Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*», y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: «El *contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable*» —énfasis agregados en ambos casos—. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos

que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo<sup>17</sup>.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas<sup>18</sup>.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación<sup>19</sup>.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el «límite de los límites» de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos «colidentes» en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación<sup>20</sup>.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica —no sin matices— sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional<sup>21</sup>.

---

Fundamentales de la Unión Europea, dispone: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» —remarcado añadido—.

<sup>17</sup> Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 115.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy<sup>22</sup> o Hesse<sup>23</sup>.

2) CORTE IDH, DIMENSIÓN COMUNAL (O COLECTIVA) INDÍGENA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y OTRAS CUESTIONES

Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que «la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La *proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido»<sup>24</sup> —énfasis añadido—.

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: **a)** deben estar *establecidas por ley*; **b)** deben ser *necesarias*; **c)** deben ser *proporcionales*, y **d)** deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*<sup>25</sup>.

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: «...Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como*

<sup>22</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2ª reimpres., versión castellana: Ernesto Garzón Valdés, 2001, p. 288.

<sup>23</sup> Konrad Hesse, «Significado de los derechos fundamentales», en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública — Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

<sup>24</sup> Corte IDH, «Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, «Caso Ricardo Canese vs. Paraguay», Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párr. 96.

<sup>25</sup> Corte IDH, «Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay», cit. en nota anterior, párr. 144.

*mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado»<sup>26</sup> —énfasis agregado—.*

El aludido Comité ha expresado también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, exige que el término «vivienda» se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos<sup>27</sup>.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser «adecuados» a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC<sup>28</sup>.

**En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado «Alcance de las restricciones y limitaciones», reza:** «Los Estados Partes *solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*»; y el **art. 4 del PIDESC, que establece:** «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*» —cursivas añadidas—.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto<sup>29</sup>, que indican:

<sup>26</sup> Comité de DESC, O.G. No. 8, 'Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales', 17º período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

<sup>27</sup> Comité de DESC, O.G. No. 4, 'El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)', 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

<sup>28</sup> Comité de DESC, O.G. No. 15, 'El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)', 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

<sup>29</sup> Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del —por entonces— recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capa-

- en relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PI-DESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47);
- con respecto a la expresión '*determinadas por ley*', no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51);
- en cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52);
- en punto a la expresión «*en una sociedad democrática*», la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y
- acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir —agregamos por nuestra parte— que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup> también aportan consideraciones de utilidad

---

citación Profesional No. 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

<sup>30</sup> Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los ór-

respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: «Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes»:

- a) la *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) la *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) el *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;
- d) la *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) la adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) la *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y
- g) la *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

### 3) PORTACIÓN DE DERECHOS Y, EVENTUALMENTE, AGENTE DE DEBERES

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar —con Garzón Valdés— que puede ser considerado como aquel que fija el *umbral mínimo* a partir del cual pueden diseñarse diversas regula-

---

ganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, op. cit. en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

ciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad<sup>31</sup>. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permiten, *agente de deberes*<sup>32</sup>.

Pero además, siempre en verba *garzoniana*, «el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*»<sup>33</sup> —remarcado agregado—.

#### IV. Progresos paulatinos en busca de la justiciabilidad directa de los DESCAs<sup>34</sup>

No podemos soslayar algunas cuestiones relevantes que en relación con los DESCAs se han venido produciendo. Unos, en fechas relativamente recientes, y otros más cercanos en el tiempo. Veamos:

1) Al igual que otros colegas, desde hace mucho tiempo venimos bregando firmemente por instaurar la justiciabilidad directa de los DESCAs sobre la base de una *interpretación dinámica y actualizada* del art. 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), etc. Considerábamos que ello produciría una importante propagación de la superficie protectoria de aquellos derechos, inescindiblemente consustanciados con la dignidad de la persona.

Para ubicarnos en el tema, debe evocarse que bajo el rótulo de «Desarrollo progresivo», el aludido art. 26 de la CADH establece: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

<sup>31</sup> Ernesto Garzón Valdés, «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>34</sup> Sobre el particular ver Víctor Bazán, «Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», en el citado libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales, ¿Cómo se protegen en América Latina y en Europa?*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-182 (Bazán).



económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

La cuestión no es menor, sino compleja<sup>35</sup> y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Sea como fuera, nuestra posición personal siempre se inclinó por *la conveniencia de que la Corte IDH asumiera el desafío y le diera respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESCA no solamente era posible sino también necesaria para poner en su justo valor operativo a derechos básicos, sobre todo, de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos.*

Por supuesto, ello no implicaba pretender empujar al Tribunal a actuar temeraria e irresponsablemente, ya que la prudencia y el equilibrio son en todo momento factores imprescindibles en su accionar.

2) Repasaremos algunos argumentos que veníamos sosteniendo desde hace bastante tiempo.

a) Un asunto que en una primera mirada parecería de textura solo formal o meramente lingüística, aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: «Deberes de los Estados y *derechos protegidos*» —énfasis añadido—. Dentro de esa Parte, el Capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el Capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos* y el Capítulo III, contentivo del art. 26, focaliza los *derechos económicos, sociales, culturales*<sup>36</sup> [*también ambientales, aunque sin verbalizarlo*].

De ello se desprende que los DESCA a que alude el art. 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados Partes al respecto, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (cfr. art. 33, *ibid.*).

<sup>35</sup> De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESCA por conducto del art. 26 de la CADH.

En ese sentido pueden verse por ejemplo: James L. Cavallaro y Stephanie E. Brewer, «La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social», *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), Año 5, No. 8, junio de 2008, Sur — Red Universitaria de Derechos Humanos, Prol Editora Gráfica Ltda., São Paulo, pp. 84-99; y Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga, «The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, No. 2, 2013, pp. 159-186.

<sup>36</sup> Además de esa tríada de segmentos, integran también la Parte I los Capítulos IV, denominado «Suspensión de garantías, interpretación y aplicación», y V, rotulado «Deberes de las personas».

A su tiempo, debe subrayarse que al resolver el «Caso Cinco Pensionistas vs. Perú»<sup>37</sup> la Corte IDH interpretó ese art. 26, remitiendo en lo que hace al alcance del entendimiento del «desarrollo progresivo» de los DESC(A) a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General (O.G.) N° 3, sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)», de 14 de diciembre de 1990. De ello cabe desprender —*mutatis mutandis*— que el Tribunal Interamericano califica a aquel precepto como consagratorio de *claras obligaciones jurídicas para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos que aborda la citada Convención*<sup>38</sup>.

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado obligacional contraído por los Estados que conforman la CADH en el contexto del art. 26, se tornaba más diáfano solo con reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el art. 2.1 del PIDESC, respecto del cual la apuntada O.G. N° 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la *fuerza vinculante* de los deberes que depara.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: *la consecución progresiva de la plena efectividad de los derechos englobados en aquellas*. No parecía

<sup>37</sup> Corte IDH, «Caso Cinco Pensionistas vs. Perú», Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 147, nota 158 a pie de página (que alude al pto. 9 de la O.G. N° 3 del Comité de DESC).

<sup>38</sup> Nótese que la aludida O.G. No. 3, en su pto. 1, expresa: «El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*» —remarcado añadido—.

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: «La *principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga» —énfasis agregado—.

entonces la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contuviera solo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

Es que un aserto de tal tenor quedaría rápidamente desvanecido, tomando en cuenta por ejemplo los siguientes factores y circunstancias: **i)** los principios internacionales cardinales *pacta sunt servanda* y *bona fide*, la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales y la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional (que respectivamente surgen de los arts. 26, 27 y 31.1, *inter alia*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —CVDT—); **ii)** la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos; **iii)** el principio *pro persona*; **iv)** las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESCA y de adecuar el derecho interno a las premisas del convenio internacional; y **v)** los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales, culturales y ambientales).

Respecto de la ‘Observancia de los tratados’, es sabido que ‘*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*’ (art. 26, CVDT). En cuanto a ‘El derecho interno y la observancia de los tratados’, se entiende que ‘*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 art. 46*’ (art. 27, CVDT).

b) Es también determinante que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en el *leading case* «Acevedo Buendía vs. Perú» que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la CADH), **presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción**<sup>39</sup>.

Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente categórico que haya enfatizado nuevamente que **ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella**<sup>40</sup>.

Aunque obvio, debe recalcar que el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte IDH. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las *obligaciones generales* estatuidas en los arts. 1.1 y 2, *ibid.*, de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los arts. 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

<sup>39</sup> Corte IDH, «Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú», Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1 de julio de 2009, Serie C, No. 198, párr. 16.

<sup>40</sup> *Idem.*

Lo anterior viene a cuento porque, luego de haber resuelto el «Caso Acevedo Buendía vs. Perú», surgieron dos asuntos asociados a algunos aspectos de los DESCAs en los que no existió mención alguna al art. 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los casos «Furlan y Familiares vs. Argentina»<sup>41</sup> (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y «Suárez Peralta vs. Ecuador»<sup>42</sup> (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los respectivos y, para nosotros, *acertados* votos concurrentes de la exjueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver —en lo pertinente— los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la *justiciabilidad directa* de los DESCAs bajo el alcance del art. 26 de la CADH (y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parecía auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abría un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del Tribunal en la materia, pues parecía gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* el avance que intentó producir el fallo recaído en «Acevedo Buendía vs. Perú».

c) Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el señalado art. 26 de la CADH reconoce todos los DESCAs enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA<sup>43</sup>.

Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos deberían armonizarse los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de manera acumulativa. Además, *todos estos derechos se insertan en la competencia en razón de la materia tanto de la Comisión IDH cuanto de la Corte IDH*, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que según se ha apuntado no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador<sup>44</sup>.

Por su parte, URQUILLA explora el art. 26 de la CADH opinando que más allá de su texto inmediato, en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de DESCAs*.

<sup>41</sup> Corte IDH, «Caso Furlan y Familiares vs. Argentina», Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

<sup>42</sup> Corte IDH, «Caso Suárez Peralta vs. Ecuador», Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

<sup>43</sup> Rolando Gialdino, «Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos», *La Ley*, T° 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 925.

Añade que en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*<sup>45</sup>.

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado art. 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que *la Comisión y la Corte Interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESCAs sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*<sup>46</sup> —remarcado agregado—.

Convergentemente, una de las vías que identifica MELISH para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del art. 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, sindicalización y cultura. Añade que «*la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales*. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad»<sup>47</sup> —énfasis añadido—.

En síntesis, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los arts. 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio *pro persona*.

## V. Sucinto recorrido en torno a la Opinión Consultiva OC-23/17

A propósito de los DESCAs, y particularmente en referencia a los derechos ambientales, la Corte IDH ha emitido —como viéramos— la OC-23/17, de 5 de noviembre de 2017, titulada «Medio Ambiente y Derechos Humanos».

Entre otros puntos salientes, acentuamos algunas consideraciones interesantes del Tribunal Interamericano sobre el particular y la importancia del citado pronunciamiento consultivo:

<sup>45</sup> Carlos Urquilla, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, p. 197.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Tara J. Melish, «El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano», AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México — Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, D.F., 2005, p. 218 (el trabajo figura en pp. 173-219).

- destacó «la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos»;
- *por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano*, que en el ámbito interamericano se encuentra regulado, tanto por lo dispuesto en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, como en el art. 26 de la CADH, que *contiene los derechos económicos, sociales y culturales*, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la DADDH (en la medida en que esta última «contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere») y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el art. 29 de la misma;
- remarcó la *relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible*; reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello;
- *determinó las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente*. Enfatizó, *inter alia*, que los Estados están obligados a *respetar y garantizar* los derechos humanos de todas las personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, *situaciones que van más allá de sus límites territoriales*. Puntualizó también que los Estados tienen la *obligación de evitar los daños transfronterizos*; y
- además, estableció las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente*. En particular, expresó que los Estados deben:
  - i) *prevenir los daños ambientales significativos*, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos;
  - ii) *actuar conforme al principio de precaución* frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica;
  - iii) *cooperar* con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos;

- iv) *garantizar el acceso a la información* sobre posibles afectaciones al medio ambiente;
- v) *garantizar el derecho a la participación pública de las personas*, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y
- vi) *garantizar el acceso a la justicia*, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

## VI. Sobre el derecho a un medio ambiente sano y limpio como derecho humano universal

1) El pasado 28 de julio del año en curso (2022), la Asamblea General (AG) de la ONU adoptó una resolución sumamente relevante por la cual reconoce que ***el derecho a un medio ambiente sano y limpio es un derecho humano universal***.

La AG aprobó la resolución que avala que el derecho al medio ambiente sano sea reconocido en el nivel mundial y «se convierta en garante de un planeta sano, seguro y resiliente dándole, de este modo, *carácter de derecho humano universal*».

La resolución fue aprobada por ***161 votos a favor***, 8 abstenciones (China, Rusia, Bielorrusia, Camboya, Irán, Kirguistán, Siria y Etiopía) ***y ningún voto en contra***.

Desde luego, se trata de un importantísimo logro. Tanto es así que el propio Secretario General de la ONU, António Guterres, sostuvo que el derecho recién reconocido será crucial para hacer frente a la ***triple crisis planetaria***. O sea, afrontar las tres principales amenazas medioambientales interrelacionadas a las que se enfrenta actualmente la humanidad: ***el cambio climático, la contaminación y la pérdida de biodiversidad, todas ellas mencionadas en el texto de la resolución***.

Dijo además que, cada una de aquellas cuestiones, tiene sus propias causas y efectos, y deben resolverse si queremos tener un futuro viable en la Tierra.

Mencionó también que «las consecuencias del ***cambio climático*** son cada vez más evidentes, a través del aumento de la intensidad y gravedad de las sequías, la escasez de agua, los incendios forestales, la subida del nivel del mar, las inundaciones, el deshielo de los polos, las tormentas catastróficas y la disminución de la biodiversidad».

Por su parte, y de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), ***la contaminación del aire es la mayor causa de enfermedad y muerte prematura en el mundo, con más de siete millones de personas que mueren prematuramente cada año debido a la contaminación***.

Es que la desaparición de la diversidad biológica —que incluye animales, plantas y ecosistemas— repercute en el suministro de alimentos, el acceso al agua potable y la vida tal como la conocemos.

De su lado, el presidente del Consejo de Derechos Humanos, el embajador argentino ante la ONU en Ginebra, Federico Villegas, destacó que la aprobación de la AG «es muy importante». Y subrayó que uno de los más importantes roles del Consejo es «el desarrollo progresivo de *nuevos estándares y normas de derechos humanos*».

La resolución ayudará a los Estados a *acelerar* el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en materia de medio ambiente y derechos humanos. También, a reducir las injusticias medioambientales, a cerrar las brechas de protección y a empoderar a las personas, especialmente a las que se encuentran en situaciones vulnerables, como *los defensores de los derechos humanos medioambientales, los niños, los jóvenes, las mujeres y los pueblos indígenas* —cursivas agregadas—.

La comunidad internacional ha dado un *reconocimiento universal* a este derecho y nos ha acercado a hacerlo *realidad para todos*.

Así, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet, dijo: «Esta decisión refleja que todos los derechos están conectados a la salud de nuestro entorno. Todas las personas, en todos los lugares del planeta, tienen derecho a comer, respirar y beber sin que se envenenen por ello, además de a poder vivir de forma armoniosa con el entorno natural, sin amenazas cada vez más presentes de un colapso del ecosistema o de una catástrofe climática» —cursivas agregadas—. Añadió que hoy vivimos un momento histórico, pero simplemente reconocer nuestro derecho a un medioambiente saludable no es suficiente. La resolución de la AG es muy clara: Los Estados deben cumplir con sus compromisos internacionales y aumentar sus esfuerzos para hacer realidad este derecho. Todos sufriremos efectos mucho más dañinos de las crisis medioambientales si no trabajamos conjuntamente para prevenirlos ahora.

Tomando en cuenta la existencia de la triple crisis que vive el planeta del cambio climático, la contaminación y la degradación medioambiental como el mayor desafío de derechos humanos de nuestra era, la funcionaria ha reclamado desde hace tiempo políticas transformadoras en el plano económico, social y medioambiental para poder hacer frente a las desigualdades y proteger a las personas y al planeta, antes de que alcancemos puntos de inflexión que harán inútil cualquier medida posterior.

Vinculado con lo dicho precedentemente, debe tenerse en cuenta que la Resolución A/RES/76/300 de la AG sirve de continuación a un texto histórico aprobado por el Consejo de Derechos Humanos el pasado mes de octubre, mediante su Resolución 48/13.

2) Al solo efecto ilustrativo, y ya en el plano de América Latina y el Caribe (ALC), destacamos la relevancia del *Acuerdo de Escazú*, que entró en vigor el 22 de



abril de 2021, lo cual resulta coincidente con el Día Internacional de la Madre Tierra.

Dicho acuerdo resulta muy significativo al colocarse en la línea de exigencia de acercar, articulándolos, *al derecho internacional ambiental y al de los derechos humanos*.

Ello supone ubicar el *bienestar de las personas en el centro de la reflexión y concebir el enriquecimiento de las posibilidades humanas como el objetivo clave del desarrollo*.

Sobre el concepto de desarrollo humano, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) debe ser entendido como *un proceso de expansión de las capacidades de las personas y de las libertades efectivas en sus trayectorias de vida*.

Países de ALC reafirman al *Acuerdo de Escazú* como herramienta fundamental para asegurar un medio ambiente sano a las generaciones presentes y futuras.

Sobre el concepto de desarrollo humano, el PNUD debe entenderse como *un proceso de expansión de las capacidades de las personas y de las libertades efectivas en sus trayectorias de vida*.

Es importante tener en cuenta que:

- es el *primer acuerdo multilateral* en materia ambiental adoptado por los países de América Latina y el Caribe;
- es el *primer acuerdo regional vinculante* sobre DD.HH y Ambiente; y
- es el *primer acuerdo en el nivel mundial* en instituir garantías nítidas para la protección de Defensores y Defensoras de DD.HH en temas ambientales.

El citado Acuerdo demuestra *cómo debemos adecuarnos a una visión global y ecosistémica*, que obliga a abandonar anteriores percepciones y estructuras jurídicas

Por lo demás, representa el compromiso de ALC con un *desarrollo más justo, sostenible e igualitario*.

## VII. Decidido impulso para desarrollar frontal y directamente la justiciabilidad de los DESCAs por vía del art. 26 de la CADH

1) Un importante avance de la Corte IDH en materia de DESCAs es la *justiciabilidad directa de tales derechos por conducto del art. 26 de la CADH*<sup>48</sup>, asunto acerca del cual venimos batallando con la palabra y la pluma desde hace muchos años, ya que —como se expusiera— normalmente en sus sentencias en ma-

<sup>48</sup> Al respecto, ver Víctor Bazán, *op. cit.*, *Derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 1-182.

teria de derechos sociales el Tribunal Interamericano optaba por aplicar el argumento por conexidad y condenar al Estado en cuestión, v. gr., por violación al art. 5 de la CADH y no directamente por medio del art. 26, *ibid.*, que —en puridad— es el que corresponde activar y aplicar.

2) Fundamentalmente a partir del «Caso Lagos del Campo vs. Perú»<sup>49</sup> se abre una brecha que ya estaba contenida en votos razonados minoritarios de algunos magistrados que disintían de esa conexidad aplicativa y sostenían que lo correcto era activar derechamente el art. 26 de la CADH. Lo que en un tiempo fue minoritario en el seno de la Corte IDH pasó a ser mayoritario.

El caso en cuestión, en el plano de la *materia laboral*, es singularmente importante al liberar el paso hacia la *justiciabilidad directa y plena de los DESCAs*, en distintos aspectos:

- *i*) con referencia a la *violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en contextos laborales*;
- *ii*) declarándose por vez primera la vulneración del art. 26 de la CADH en relación con el art. 1.1, *ibid.*, por la *vulneración de la estabilidad laboral del actor*; y
- *iii*) al aplicar la protección del art. 16 en relación con el art. 26, *ibid.*, por la *transgresión del derecho de asociación en ámbitos laborales*.

3) En el plano del *derecho a la salud* el «Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile»<sup>50</sup>, recepta una importante magnitud ya que *por primera vez* se aborda el *derecho a la salud como derecho autónomo y justiciable por medio del art. 26 de la CADH*.

La Corte IDH declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches *su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte* (arts. 26, 1.1 y 4, CADH), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (art. 5 de la misma).

Una mirada en torno al caso en cuanto a lo que se da en llamar «consentimiento informado» da cuenta de que, en «muchas situaciones, *se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud*. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de

<sup>49</sup> Corte IDH, «Caso Lagos del Campo vs. Perú», Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, serie C, No. 340.

<sup>50</sup> Corte IDH, «Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile», Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, serie C, No. 349.

movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación» (—cursivas añadidas—, consid. 131).

Dado que el caso es muy significativo, nos detenemos a reseñar brevemente los derechos violados: *i) derecho a la salud* (art. 26, CADH); *ii) derecho a la vida e integridad personal* (arts. 4 y 5, *ibid.*); *iii) derecho al consentimiento informado en materia de salud* (arts. 26, 13, 11, 7, *ibid.*); *iv) derecho a las garantías judiciales y protección judicial* (arts. 8 y 25, *ibid.*); y *v) derecho a la integridad personal respecto de los familiares* (art. 5, *ibid.*).

La Corte IDH determina con nitidez qué implica el derecho a la salud; qué obligaciones asume el Estado en orden a que se asegure un contenido mínimo del derecho; y qué implica la *obligación reforzada* del derecho a la salud respecto de las personas adultas mayores.

Al respecto, la Corte IDH se refirió a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los DESCAs, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos. En este sentido, la Corte resaltó el Preámbulo de la CADH, el cual estableció claramente y de manera expresa la interdependencia y protección de tales derechos económicos y sociales en la CADH.

El Tribunal Interamericano determinó que resulta claro interpretar que la CADH incorporó en su catálogo de derechos protegidos a los DESCAs, a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la OEA, así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio art. 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna.

En esa línea, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al *corpus iuris internacional y nacional* en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho. En particular, destacó que del contenido del art. 26 se desprenden dos tipos de obligaciones.

Por un lado, *la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro la adopción de medidas de carácter inmediato*. Respecto de las primeras, la realización progresiva significa que *los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs*, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco

implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de varias décadas desde la entrada en vigor del tratado interamericano.

Asimismo se impone, por tanto, la *obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados*. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, estas consisten en adoptar medidas adecuadas, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. *Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos*. En virtud de lo anterior, *las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad*.

4) El contexto del «Caso Muelle Flores vs. Perú»<sup>51</sup>, es de gran significación porque, por un lado, ratifica la competencia de la Corte IDH para examinar violaciones del art. 26 de la CADH y, paralelamente, afronta de modo directo el **derecho a la seguridad social** (o **protección social**), como autónomo y justiciable precisamente por medio de aquel multicitado artículo de la Convención, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes dado que la víctima es **un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad**.

Por lo demás, la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una **exigibilidad inmediata**, y otros que ostentan un **carácter progresivo**.

Respecto de las primeras (**obligaciones de exigibilidad inmediata**), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social y asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros.

En torno a las segundas (**obligaciones de carácter progresivo**), la realización gradual significa que los Estados Parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Del mismo modo, se impone la obligación de **no regresividad** frente a la realización de los derechos comprendidos. En suma, las obligaciones convencionales de **respeto y garantía**, así como de **adopción de medidas de derecho interno** (arts. 1.1 y 2 de la CADH), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Corte IDH, «Caso Muelle Flores vs. Perú», Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019, serie C, No. 375.

<sup>52</sup> La parte final del párrafo, pertenece al voto razonado del juez Eduardo Ferrer-Mac Gregor al citado «Caso Muelle Flores vs. Perú».

5) En fecha relativamente reciente, el Estado argentino fue condenado por la Corte IDH en un asunto emblemático: el «Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina»<sup>53</sup>.

Ello es sumamente relevante, entre otras cosas, porque el Tribunal Interamericano **por primera vez en ejercicio de su competencia contenciosa** y con mayor o menor solidez y ortodoxia argumental, analizó los hechos reconociendo la violación por parte de un Estado de los derechos *a: un medio ambiente sano; una alimentación adecuada; al agua, y a participar en la vida cultural*.

Todos ellos fueron catalogados como «**autónomos y justiciables**» *en el contexto del art. 26 de la CADH*<sup>54</sup>. Se trata de un logro muy importante que, ojalá, no sea víctima de una interpretación regresiva que derrumbe o desnaturalice los adelantos que el caso en cuestión trajo consigo en el ámbito temático que abordamos.

Indudablemente, aunque con bemoles, es un gran avance en el desarrollo jurisprudencial de los DESCAs, un refuerzo al reconocimiento de su *justiciabilidad y efectividad* y una contribución tuitiva en favor de derechos que antes eran mediatizados y hoy pasaron a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano a través del art. 26 de la CADH.

Ya en la citada OC-23/17, la Corte IDH había fijado estándares generales acerca del *principio de prevención en materia ambiental*. Por lo demás, en el «Caso Lhaka Honhat» *se valora de forma más concreta su incumplimiento en el plano de un caso contencioso*.

El Principio 22 de la Declaración de Río, *reconoce el rol principal de los pueblos indígenas*. Aquel Principio señala: «Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental **en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos**

<sup>53</sup> Corte IDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2020, Serie C, No. 400.

<sup>54</sup> Cfr. «Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú», Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, No. 198, párrs. 16, 17 y 97; «Caso Lagos del Campo vs. Perú», Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340, párr. 142; «Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú», Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C, No. 344, párr. 192; «Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela», Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C, No. 348, párr. 220; «Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile», Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349, párr. 100; «Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala», Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359, párr. 97; «Caso Muelle Flores vs. Perú», Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C, No. 375, párrs. 170 a 208; «Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú», Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, Serie C, No. 394, párr. 155; y «Caso Hernández vs. Argentina», Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, Serie C, No. 395, párr. 54.

**y prácticas tradicionales.** Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible» —cursivas agregadas—.

En sentido convergente, partiendo del impacto de la indagación de la Corte IDH, se investiga de qué manera la afectación de los derechos en juego repercute en los modos de vida e identidad cultural de las comunidades involucradas.

Corresponde destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. La Corte IDH ha considerado que: «los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, *el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes*» —cursivas añadidas—.

Recordamos que luego de más de 20 años de litigio, la Corte IDH falló dándole la razón a la Asociación de Comunidades Indígenas Lhaka Honhat en el reclamo que le iniciara al Estado argentino en 1998 con patrocinio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Asimismo, ordenó que el Estado adjudique **un título único a la propiedad comunitaria** de 400 mil hectáreas de tierras ancestrales.

Es preciso señalar que los jueces y demás autoridades públicas deben seguir de cerca, y sobre todo aplicar, **control de convencionalidad mediante**, los adelantos protectorios que en el área de los DESCAs vienen gestándose pretorianamente en el seno de la Corte IDH.

Así como también y como se expusiera, en la dimensión medioambiental, las consideraciones contenidas en la aludida OC-23/17, complementándolas con los postulados que en la materia existen en el derecho interno, para asegurar siempre la mejor solución posible desde la vertiente operativa del **principio de humanidad** y la encumbrada premisa **pro persona**.

6) A modo de brevísimo colofón, consideramos que la relevancia de los avances que vienen configurándose por medio del art. 26 de la CADH en materia de DESCAs, en distintos estamentos, son muy relevantes. Debemos continuar trabajando firmemente para fortalecer las importantes líneas jurisprudenciales que, de modo paulatino, se han venido forjando, por supuesto no sin obstáculos.

## VIII. EPÍLOGO

- 1) Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales, existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.
- 2) Los DESCAs *no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros «derechos de papel» o «derechos de segunda calidad»*. Contrariamente, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.
- 3) En el ámbito latinoamericano no puede válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de estos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.
- 4) Sobre el alcance y el grado de operatividad de los DESCAs, la búsqueda debe encaminarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de «equidad social». La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.
- 5) Tal mandato de *desenvolvimiento progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*. Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* en cabeza del Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas básicas y sustentables.
- 6) Entre los derechos sociales, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana, existe un nexo muy intenso. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho social (en general) no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado

tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

- 7) Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESCAs *no son derogables*. Además, en épocas de crisis financieras, económicas y/o sanitarias (por ejemplo, en el caso de la tremenda pandemia suscitada por el Covid-19), es cuando deviene más nítida e imperiosa la necesidad de incrementar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*. Las medidas que se adopten para paliar las situaciones críticas deberán tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo)* y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo protectorio de derechos y garantías.
- 8) Representa un importantísimo avance la posibilidad de viabilizar a través del art. 26 de la CADH derechos de gran calado como el relativo *al ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua, a la identidad cultural*; además de otros como *el derecho a la protección de las personas en ámbitos laborales, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social*.

Todos ellos han sido catalogados por la Corte IDH (en su vertiente mayoritaria actual) como «autónomos y justiciables», lo que significa un muy relevante paso adelante en el marco del reconocimiento de la justiciabilidad y efectividad de tales derechos, que han pasado a ser directamente exigibles de la mano del art. 26 de la CADH transitando la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

- 9) La siempre vigente Declaración final de Viena, en los aps. 14 y 25 (1993), sostiene, respectivamente: *i) «La generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos; la comunidad internacional debe seguir dando un alto grado de prioridad a su inmediato alivio y su ulterior eliminación»; y ii) «La Conferencia Mundial de Derechos Humanos afirma que la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y que urge tomar medidas para comprender mejor la pobreza extrema y sus causas, en particular las relacionadas con el problema del desarrollo, a fin de promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y a la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social. Es indispensable que los Estados favorezcan la participación de los más pobres en las decisiones adoptadas por la comunidad en que viven, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la pobreza extrema»* —cursivas añadidas—.



No podemos ni debemos dejar de tener en cuenta en todo momento, la lucha por combatir las situaciones de desamparo y precariedad, la exclusión social y la extrema pobreza, además de que es primordial visualizar los desafíos y los problemas desde una perspectiva o enfoque de derechos humanos, respetando las obligaciones internacionales. Siempre tomando en consideración, que *la dignidad humana se constituye en la fuente de todos los derechos humanos.*



# ELEMENTOS PARA DISCUTIR LA INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CASOS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES QUE INVOLUCREN PRESUPUESTOS PÚBLICOS

RODRIGO GUTIÉRREZ

*Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

## Introducción

Durante las dos primeras décadas del siglo XXI la discusión teórica sobre el la justiciabilidad de los derechos económicos sociales culturales y ambientales (DESCA), así como los avances jurisprudenciales en esta materia, han experimentado una auténtica explosión. Si bien, a inicios de siglo, América Latina fue pionera en el debate sobre el uso de los mecanismos de control constitucional para garantizar los DESCAs, en la actualidad los textos académicos relativos a este debate se han multiplicado de manera exponencial en muchas otras latitudes.<sup>1</sup>

Al principio, los debates se produjeron entre quienes insistían que los DESCAs eran derechos diferenciados y condicionados por su «naturaleza» programática, que sólo podían satisfacerse a partir de la acción del Estado y la erogación de presupues-

---

<sup>1</sup> Solo a modo de ejemplo pueden encontrarse los siguientes textos publicados en español en los últimos diez años: Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (Editores), *Los Derechos Sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Madrid, DYKINSON, S.L., 2015; Mezzetti, Luca, *Los Derechos Sociales Fundamentales*, Bogotá, D. C., Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2015; De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases. A través del Juicio de Amparo en México*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2016; Von Bogdandy, Armin (Et. al), *Construcción y papel de los Derechos Sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; Arcidiacono Pilar, Espejo Yaksic Nicolás y Rodríguez, César, (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Colombia, Siglo de Hombre Editores y LAEHR, 2010; Langford, Malcolm (Editor), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Colombia, Siglo de Hombres, editores y Universidad de los Andes, 2013; Courtis, Christian, *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos, Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (tomos I y II), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

tos públicos (lo que impedía su protección en sede judicial)<sup>2</sup>, y quienes argumentaban que no existían diferencias significativas entre los derechos, sino similitudes y relaciones de interdependencia entre todos ellos, con iguales obligaciones (respeto, protección y garantía) lo que permitía a los jueces intervenir, a través de sus sentencias, en la protección de dichas necesidades e intereses fundamentales.

Si bien es cierto que aún quedan resquicios de aquella controversia (incluso algunas normas y constituciones siguen separando y distinguiendo unos derechos de otros),<sup>3</sup> el consenso mayoritario dentro del constitucionalismo se ha ido aglutinando alrededor del principio de interdependencia de todos los derechos que, dicho sea de paso, es el que orientó la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>4</sup>, y que posteriormente se reconoció explícitamente como norma, a nivel internacional, en el artículo 5° de la Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>5</sup> según el cual «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.»

Al ir quedando superadas aquellas primeras discusiones, en la actualidad el debate sobre la justiciabilidad de los DESCAs ha seguido avanzando para abordar cuestiones cada vez más detalladas. Hoy se pueden encontrar decenas de textos que abordan problemas tan específicos como: el contenido y las obligaciones que se desprenden de los DESCAs; los mecanismos de cumplimiento de las sentencias

---

<sup>2</sup> Martínez Bulle Goyri, Víctor, «La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales» en Gutiérrez, Juan Carlos, *Derechos económicos, sociales y culturales*, S.R.E, México, 2005, p. 341. Esta posición también fue replicada por tribunales y cortes constitucionales. Es, por ejemplo, el caso de la Corte Constitucional Colombiana (la cual cambiaría posteriormente sus criterios jurisprudenciales) quien en la década de los 90 sostenía que «Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.» Sentencia SU-111/97.

<sup>3</sup> Es el caso de la Constitución española que minoriza los derechos sociales al colocarlos (salvo el derecho a la educación) en un capítulo específico (Capítulo III del Título I) denominado «Principios Rectores de Política Económica y Social». El artículo 53.3 de dicha constitución establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Como lo ha explicado Aparicio, «... parece que los principios contenidos en el capítulo III operarían fundamentalmente como principios objetivos o como simples mandatos de optimización. Y así sucedería también con los «derechos» consagrados en dicho capítulo que, en contraste con los derechos del capítulo II, serían derechos de configuración legal, esto es, solamente alegables como derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales si previamente han sido desarrollados por el legislador.» Aparicio, Marco, *Los derechos sociales en la Constitución Española: algunas líneas para su emancipación*, en Observatori DESC, *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de Crisis*, Barcelona 2009. Consultado en [https://observatoridesc.org/sites/default/files/Marco\\_Aparicio\\_-\\_Los\\_DS\\_en\\_la\\_CE.pdf](https://observatoridesc.org/sites/default/files/Marco_Aparicio_-_Los_DS_en_la_CE.pdf)

<sup>4</sup> En dicha declaración se incorporaron de manera integrada tanto los derechos civiles como los políticos, los sociales y los culturales.

<sup>5</sup> Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

en esta materia; las formas de reparación de estos derechos; las posibles vías procesales para hacer reclamos ante omisiones de la administración; la función objetiva de estos derechos y su relación con las políticas públicas, en fin un amplio catálogo de temas y problemas que se discuten y analizan.<sup>6</sup>

Dentro de todo ese conjunto amplio de reflexiones, no han dejado de surgir preguntas y planteamientos relativos a la relación que existe entre los DESC, sus obligaciones, los presupuestos públicos y el control jurisdiccional que se puede hacer sobre ellos. La pregunta sobre los límites y alcances de la actuación de los órganos judiciales para ejercer control constitucional sobre los presupuestos públicos en casos de derechos sociales, se analiza una y otra vez —tanto en la academia como en los tribunales— existiendo avances significativos.

Como se ha insistido en innumerables ocasiones, todos los derechos humanos requieren erogaciones presupuestales para su cumplimiento;<sup>7</sup> sin embargo, el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) establece algunos principios específicos vinculados a los DESC, como son las de progresividad, máximo de recursos disponibles, y un conjunto de obligaciones específicas como las de adoptar medidas y no discriminar.

El principal objetivo de este artículo es avanzar en la discusión sobre la relación entre dichos principios y obligaciones específicas de los DESC, relacionadas con el debate presupuestal, a partir de la interpretación que han realizado jueces constitucionales en el derecho comparado. La intención es aportar elementos de información que contribuyan a visibilizar algunos de los avances existentes en la relación entre derechos sociales y presupuestos públicos, para mostrar el amplio campo de acción existente para la posible intervención de los órganos de control constitucional interesados en resolver controversias en las que se involucren presupuestos públicos y derechos sociales

El texto se encuentra dividido en dos apartados: 1) en el primero, se realiza una breve consideración constitucional relativa a la perspectiva dominante que hoy prevalece en el ámbito jurídico relativa a la relación entre el derecho administrativo, los presupuestos públicos y la Constitución, y la necesidad de ir modificando; 2) en el segundo apartado se analizan una serie de sentencias emitidas por distintos tribunales a través de las cuales los jueces han decidido anteponer el en-

---

<sup>6</sup> Vid. Courtis, Christian, «Introducción» en Courtis Christian (coord.) *Manual sobre la justicia-bilidad de los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021, p. XXII.

<sup>7</sup> Se ha reflexionado y escrito mucho sobre las falacias que esconden los argumentos según los cuales los derechos civiles solo implican obligaciones de inacción (respeto) por parte del Estado, y sobre los requerimientos presupuestales que tienen todos los derechos, incluyendo a los civiles y políticos. Es evidente que derechos como el acceso a la justicia, el derecho al voto, la libertad de expresión, el derecho a la información, entre muchos otros civiles y políticos, requieren muy significativas erogaciones presupuestales.

foque de los derechos y los principios de la Constitución al de las finanzas, impactando presupuestos públicos para garantizar derechos sociales.

## I. Breve consideración constitucional sobre presupuestos públicos, derechos sociales y control constitucional

Antes de comenzar el análisis de la relación entre las obligaciones de los DESCAs y los presupuestos públicos conviene realizar una consideración general previa de carácter constitucional. Para ello conviene recordar que, en el ámbito jurídico, el debate presupuestario y de las finanzas públicas ha sido principalmente encuadrado en el campo del derecho administrativo, como disciplina autónoma, separada de las demás. Las discusiones sobre gasto público y finanzas estatales, suelen ser considerada como una de las ramas del derecho administrativo, regida por sus propias reglas técnicas, que está orientada por los principios de economía, eficiencia y equidad.

Ello seguramente seguirá siendo así —y existen buenas razones para defender la especialización de las disciplinas jurídicas—; sin embargo, lo que no se debe pasar por alto es el hecho de que el derecho administrativo se inscribe —y tiene una relación muy estrecha— con el derecho constitucional y los derechos fundamentales (incluyendo, por su puesto, a los derechos sociales).

Como se ha venido teorizando desde la década de los 50 del siglo pasado, el valor normativo de la Constitución, y su eficacia directa, provocan una *rematerialización de la Constitución* que implica que todas las disciplinas del derecho (incluso las del derecho privado) quedan significativamente impactadas por los principios constitucionales y los derechos humanos.<sup>8</sup> En ese sentido están orientadas algunas de las reflexiones que ha realizado Rodríguez Arana sobre constitución y presupuestos quien ha insistido en que la organización administrativa, los procedimientos administrativos, los presupuestos públicos y las normas infra constitucionales de orden administrativo tienen que estar diseñadas, principalmente, para garantizar la plena realización de los derechos fundamentales.<sup>9</sup>

Desafortunadamente este tipo de planteamientos (que son incuestionables bajo los presupuestos lógicos del derecho constitucional contemporáneo y del todo congruentes con los fines del Estado social y democrático) no forma parte del

<sup>8</sup> Gutiérrez, Rodrigo, «La función objetiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en el ordenamiento jurídico mexicano y su efecto expansivo sobre las políticas públicas y las prácticas administrativas» en Ferrer, Eduardo y Caballero, José Luis, *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México; una evaluación con perspectiva de futuro*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 663-688.

<sup>9</sup> Rodríguez Arana, Jaime «Derecho presupuestario y derechos humanos fundamentales» en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 11, año 7, 2007, p. 38.

entendimiento dominante. En las escuelas de derecho se sigue impartiendo la materia de derecho administrativo (incluyendo presupuestos y finanzas) como disciplina aislada del derecho constitucional, separando estos dos campos del conocimiento jurídico en cajones estancos. Lo anterior no solo es equivocado desde un punto de vista teórico, sino que entorpece las posibilidades reales de avanzar en la consolidación de un Estado social y democrático de derecho. Esto último también atraviesa por la posibilidad de que se comprendan las estrechas relaciones que existen entre los contenidos de la Constitución y los presupuestos públicos, y que los encargados de tomar decisiones en materia de finanzas estatales puedan pensar en «...el rol del Estado, no como un administrador eficiente de recursos existentes, sino como una institución que moviliza recursos para cumplir con las obligaciones de los derechos humanos fundamentales.»<sup>10</sup>

Como lo han venido argumentando un conjunto amplio de autores especializados en derecho administrativo y presupuestos, no sólo se trata de lograr que los derechos humanos incidan en la actividad presupuestaria, sino de conseguir que ésta quede subordinada a los principios constitucionales y a las obligaciones de los derechos humanos.<sup>11</sup> Como lo explica Corti, es necesario partir de un postulado teórico de vasto alcance que es el siguiente: «...la unidad del derecho financiero es de carácter constitucional. No es una razón interna de una rama jurídica. Por el contrario, dicha rama del derecho existe como tal como consecuencia de la lógica misma de la Constitución en cuanto proyecto que pretende realizarse».<sup>12</sup> A lo largo de este texto se parte de dicho postulado y habrá de insistirse en que el principal objetivo de los presupuestos públicos del Estado y sus finanzas es poder garantizar de manera eficiente aquellos derechos reconocidos en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos.

## II. Algunos ejercicios del control judicial de constitucionalidad sobre los presupuestos y gastos públicos para garantizar los DESCAs

Aunque es verdad que siguen existiendo fuertes resistencias (políticas y económicas) para intentar evitar que los jueces intervengan los presupuestos públicos

---

<sup>10</sup> Radhika, Balakrishnan; Diane Elson; James Heintz y Nicholas Lusiani, «Máximos recursos disponibles y derechos humanos: informe analítico», en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 11, año 7, 2007, p.15.

<sup>11</sup> *Vid* Corti, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p.p. 693-748.

<sup>12</sup> Corti, Horacio, «Repensar el derecho presupuestario en el siglo XXI» en Ortega, Juan Manuel y Regino Roberto, *Derechos Humanos y Presupuestos Públicos*, México, IJ-UNAM, 2018, p. 6.

para garantizar de los derechos sociales, también es cierto que cada día se acumulan casos relevantes en la jurisprudencia comparada que han ido abriendo brecha en esa dirección.

Antes de exponer algunos de ellos, interesa visibilizar el hecho de que, en muchas ocasiones, en los más diversos campos del derecho, los jueces dictan sentencias, para resolver conflictos entre derechos, que implican asignaciones o transferencias de recursos económicos y presupuestales. Es el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones en materia laboral por despidos o accidentes de trabajo; asimismo el de alimentos en materia familiar o los de indemnizaciones por responsabilidad contractual o extracontractual en el derecho civil.<sup>13</sup> Si bien puede decirse que estos ejemplos se encuentran en el ámbito del derecho privado, resolviendo casos entre particulares, lo que interesa destacar es que los jueces están habituados a resolver controversias en las que están en juego recursos económicos. Ahora bien, también existen muchos casos en el derecho público en los que los jueces, al resolver causas de derechos civiles o políticos, impactan de manera significativa los presupuestos públicos. Tal es el caso de sentencias que han exigido que los acusados en materia penal cuenten con defensores públicos para garantizar el debido proceso,<sup>14</sup> o aquellas dictadas para obligar al Estado a que pague indemnizaciones por arriba de lo tasado en causas de expropiación por interés público a los titulares del derecho a la propiedad privada. No se trata de cifras menores, por ejemplo, en México, el uso constante que hacen las empresas de los tribunales de amparo en materia fiscal para defender sus estrategias de planeación (muchas de ellas bajo parámetros muy discutibles de legalidad), obligan cada año al Estado a erogar enormes cantidades de recursos públicos. En fin, como lo han expuesto con mucha claridad Holmes y Sunstein, los derechos civiles también cuestan<sup>15</sup> y cuestan mucho.

Precisado lo anterior analicemos algunas sentencias relevantes en materia de derechos sociales a través de las cuales los jueces han considerado conveniente y necesario impactar partidas presupuestales para poder garantizarlos.

Algunas de las primeras sentencias fueron construidas con base en una noción general de obligación estatal, sin especificar con claridad a que tipo de obligación

<sup>13</sup> Corti, Horacio, «Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina» en *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, no. 1 Vol. 7, enero-junio 2017, Sevilla, España, Universidad Pablo de Olavide, p. 147.

<sup>14</sup> Sunstein, Cass, *Las cuentas pendientes del sueño americano; por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 170. En esta misma página Sunstein se refiere a una sentencia dictada en 1966 (Harper c. Junta de elecciones de Virginia 383 US 663) a través de la cual la Corte Suprema de Estados Unidos anuló por inconstitucionalidad un impuesto estatal al voto que el legislador había creado para financiar los procesos electorales.

<sup>15</sup> Holmes, Stephen, Sunstein, Cass *El costo de los derechos; por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.



específica de los DESC se referían. Es por ejemplo el caso de la sentencia *Rubén Badín* emitida en 1995 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina para condenar el Estado por el fallecimiento de varios reos detenidos en una penitenciaría debido a un incendio. En su resolución el máximo tribunal da cuenta de la falta de infraestructura en la penitenciaría, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de la formación del personal y de las malas condiciones de salud, servicios y hacinamiento en las que se ven obligados a vivir los reos. Frente a todo ello, argumenta la Corte:

«...las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos)».

Como se puede observar, la Corte antepone de manera rotunda los valores establecidos en la Constitución y los tratados, así como las obligaciones positivas del Estado frente a las objeciones presupuestales. Aunque en aquella ocasión no se aludió de manera precisa a una obligación específica de los DESC, el Tribunal condenó al Estado por su actuar al margen del derecho y la fijó una indemnización por los daños probados y causalmente atribuidos a la administración carcelaria.

En un caso posterior, también sobre población penitenciaria, resuelto diez años después por la misma Corte en el que el Estado alegó restricciones presupuestarias, el máximo tribunal fijó su posición respecto del debate presupuestario en dos direcciones. Primero, respecto del papel del Poder Judicial frente a las políticas; en segundo lugar, respecto de los alegatos del Estado sobre las restricciones presupuestarias. En relación con lo primero la Corte es tan elocuente que interesa transcribir su argumentos:

«Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la

medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución...»<sup>16</sup>

Por lo que se refiere a la respuesta que da el Tribunal a los alegatos estatales sobre falta de recursos, la Corte retoma los argumentos del caso y señala que:

«Que en este sentido, si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que ‘estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales’ ... ‘Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo.»<sup>17</sup>

En otros países de Latinoamérica también se han dictado sentencias relevantes a través de las cuales se han impactado de manera significativa presupuestos públicos relacionando lo anterior con obligaciones específicas derivadas del PIDESC como lo es la obligación de progresividad.

Un precedente importante en la protección de los DESC, estrechamente vinculado con la progresividad y el presupuesto, fue resuelto por la Corte Constitucional Colombiana mediante la Sentencia T 025 de 2004. A través de dicha sentencia, la Corte declaró el *estado inconstitucional de las cosas* ante la crisis de desplazamiento forzado interno en el país. Como parte de la supervisión en la superación del estado inconstitucional de las cosas, se establecieron mecanismos para determinar el avance en la mejora de la situación, tomando como indicadores entre otros aspectos, la satisfacción o mejora en el disfrute del derecho a la vida, la integridad, la vivienda, salud, educación, alimentación, subsistencia mínima, etc.

<sup>16</sup> «Verbitsky, Horacio *s/habeas corpus*, considerando no. 27

<sup>17</sup> *Ibid*, considerando no. 28.

Si bien la Corte estimó que el goce efectivo de los derechos de la población desplazada no permitiría fijar cuál sería el plazo máximo en el cual se habría de superar el estado de cosas, sí establecieron mecanismos para lograr un avance gradual en la mejora de las condiciones de la población desplazada, como lo fueron la definición de metas puntuales a corto, mediano y largo plazo, así como el establecimiento de un cronograma mediante el cual se señalaron a qué ritmo y mediante qué mecanismos se destinarán los recursos estimados, así como el diseño y la implementación de una estrategia que propiciara que las entidades territoriales asumieran una mayor responsabilidad presupuestal y administrativa. Es importante destacar que la asignación de recursos presupuestales resultó vital en el caso, siendo uno de los ejes que guiaron la superación del estado inconstitucional de las cosas<sup>18</sup>, ya que precisamente la *insuficiencia en la apropiación de recursos* fue una de las causas que dio origen a la violación en el goce de derechos que llevó a la declaración del estado inconstitucional de las cosas.<sup>19</sup>

En otras latitudes del Continente, más hacia el norte, en México, la relación entre el presupuesto y la realización de los derechos sociales fue abordada en el Amparo en Revisión 378/2014, conocido como ‘Pabellón 13’, el cual se convirtió en un *leading case* para la defensa de los DESCA y en específico del derecho a la salud. En 2012, un grupo de pacientes portadores de VIH/SIDA del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias «Ismael Cosío Villegas» (INER), promovió un amparo indirecto ante la falta de un espacio exclusivo para atender a personas diagnosticadas con dicha condición. Entre algunas de las situaciones de riesgo que se presentan en el hospital, los quejosos denunciaron que los cuartos son compartidos entre pacientes que viven con diversos padecimientos, que no se contaba con la ventilación adecuada para evitar la transmisión de agentes infecciosos y que cuatro sanitarios se compartían entre más de veinte pacientes que eran atendidos en el pabellón. La gravedad e incidencia de las complicaciones respiratorias que sufren los pacientes con VIH, hacen necesario que sean atendidos con especial cuidado. Al respecto, el Instituto en años anteriores reconoció que sus instalaciones «no son las apropiadas, de acuerdo a todos los lineamientos y entonces se requiere, desde luego, de una inversión (...) para adaptarlo a reglas o normas internacionales y además, independientemente de eso, proteger a los demás pacientes y proteger al personal».<sup>20</sup>

En paralelo, se argumentó que las autoridades responsables no habían adoptado las medidas presupuestales necesarias para la construcción del Servicio Clíni-

---

<sup>18</sup> Conforme al Auto de Cumplimiento /08, se observa que uno de los ejes de la superación del estado inconstitucional de las cosas fue actuar para [corregir] las causas estructurales del estado de cosas inconstitucional, en especial (i) *la insuficiencia de recursos* y (ii) la precaria capacidad institucional.

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 025/2004, 3.6.2. y Anexo 5

<sup>20</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Indirecto 378/2014, página 6.

co para Pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea (Pabellón 13), en tanto que desde 2008 se había aprobado el proyecto de construcción de un nuevo pabellón para mejorar la atención a pacientes con VIH. Dicho proyecto a pesar de estar contemplado en el presupuesto del INER, contar con las certificaciones y permisos correspondientes, no se había ejecutado.<sup>21</sup> De esta forma, los quejosos consideraron que la inejecución de dicho proyecto y la omisión en el ejercicio del presupuesto designado vulneraron su derecho humano a la vida, a la salud y a la integridad física.

En noviembre 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia amparó a las personas quejasas, estableciendo que «los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, la violación a la plena realización de los derechos fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o bien, cuando la naturaleza del caso se los permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal.»

En este mismo sentido, estableció que si bien, la elaboración de políticas públicas y en la asignación de recursos no son competencia del Poder Judicial, éste debe intervenir para asegurar que los poderes Legislativo y Ejecutivo actúen conforme las disposiciones constitucionales y convencionales, de tal manera que «las aspiraciones del pueblo... no se reduzcan a «buenas intenciones», sino que cuenten con plena eficacia y justiciabilidad.», ya que para el máximo tribunal, las disposiciones constitucionales relativas a los derechos sociales, económicos y culturales tienen como objetivo «mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social».

## Conclusiones

Como puede observarse, la teoría sobre la justiciabilidad de los derechos económicos sociales culturales y ambientales que comenzó a desarrollarse con intensidad hacia finales del siglo xx y comienzos del siglo xxi en América Latina ha dado importantes frutos. De manera gradual, en distintas latitudes del continente americano, Cortes y Tribunales han ido avanzando en la protección de los DESC aún cuando en ocasiones quedan involucradas cuestiones presupuestales que es necesario enfrentar. Es esperanzador constatar que las tradicionales discusiones en

---

<sup>21</sup> Desde el año 2007, inicialmente se había aprobado el proyecto «Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4». Posteriormente, en junio de 2008, la remodelación pasó a ser el proyecto «Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea», aprobado por el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud.

materia presupuestal y de finanzas, originalmente centradas en temas de procedimiento y competencias están siendo sustituidas, gradualmente por cuestiones sustantivas referidas a la necesaria asignación de recursos para poder garantizar los derechos humanos.

## Bibliografía:

- APARICIO, Marco, *Los derechos sociales en la Constitución Española: algunas líneas para su emancipación*, en Observatori DESC, *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de Crisis*, Barcelona 2009. Consultado en [https://observatoridesc.org/sites/default/files/Marco\\_Aparicio\\_-\\_Los\\_DS\\_en\\_la\\_CE.pdf](https://observatoridesc.org/sites/default/files/Marco_Aparicio_-_Los_DS_en_la_CE.pdf)
- CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007
- , «Repensar el derecho presupuestario en el siglo XXI» en Ortega, Juan Manuel y Regino Roberto, *Derechos Humanos y Presupuestos Públicos*, México, IJ-UNAM, 2018
- , «Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina» en *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1 Vol. 7, enero-junio 2017, Sevilla, España, Universidad Pablo de Olavide
- COURTIS, Christian, «Introducción» en Courtis Christian (coord.) *Manual sobre la justiciabilidad de los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021
- GUTIÉRREZ, Rodrigo, «La función objetiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en el ordenamiento jurídico mexicano y su efecto expansivo sobre las políticas públicas y las prácticas administrativas» en Ferrer, Eduardo y Caballero, José Luis, *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México; una evaluación con perspectiva de futuro*, México, Tirant lo Blanch, 2021
- HOLMES, Stephen, Sunstein, Cass *El costo de los derechos; por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- MARTÍNEZ BULLE GOYRI, Víctor, «La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales» en Gutiérrez, Juan Carlos, *Derechos económicos, sociales y culturales*, S.R.E, México, 2005
- RADHIKA, Balakrishnan; Diane ELSON; James HEINTZ y Nicholas LUSIANI, «Máximos recursos disponibles y derechos humanos: informe analítico», en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 11, año 7, 2007

RODRIGUEZ ARANA, Jaime «Derecho presupuestario y derechos humanos fundamentales» en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 11, año 7, 2007

SUNSTEIN, Cass, *Las cuentas pendientes del sueño americano; por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Buenos Aires, Siglo XXI

# BALANCE Y DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

*Investigadora del Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne*

## 1. Introducción

Desde sus inicios, el Sistema interamericano de derechos humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha protegido los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en claro reconocimiento de su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos.

Dicha protección se ha materializado mediante dos aproximaciones, indirecta y directa. La protección indirecta o por conexidad ha tenido lugar a través del contenido y alcance de los derechos civiles y políticos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>1</sup>. De esta manera, la Comisión y la Corte interamericanas han protegido el derecho a la salud a través de los derechos a la vida y a la integridad personal<sup>2</sup>; los derechos a la educación, a la alimentación y a la cultura a través del derecho a la vida digna<sup>3</sup>; el derecho al medio

---

<sup>1</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., *La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, Núm. 5, IJ-UNAM/CNDH, México, 2017, pp. 67-148.

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171; Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, y Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

<sup>3</sup> Corte IDH. *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; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna*

ambiente sano a través del derecho de acceso a la información<sup>4</sup>; la libertad sindical por medio de la libertad de asociación<sup>5</sup>; los derechos laborales a través de las garantías y protección judiciales y el derecho de propiedad privada<sup>6</sup>, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico mediante el derecho a la vida privada y el derecho a fundar una familia<sup>7</sup>.

La protección directa de los DESCAs ha sido desarrollada desde 2017, a través de estándares de justiciabilidad derivados de la interpretación sistemática del artículo 26 de la Convención Americana (Desarrollo Progresivo), las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y las normas de interpretación del artículo 29 de la Convención que, a su vez, exigen incluir a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, la protección directa ha tenido lugar en los casos de aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 19.6 dispone que sólo los derechos sindicales y el derecho a la educación pueden dar lugar al sistema de

---

(Sumo) *Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH. *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

<sup>5</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121; Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *cit.*; Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144; Corte IDH. *Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158; Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, y Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C No. 223.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.



peticiones individuales regulado por la Convención Americana. Adicionalmente, corresponde considerar como manifestación de protección directa de los DESCAs, aquella desarrollada respecto de derechos de naturaleza dual, esto es, de los que son reconocidos tanto en la Convención Americana como en el Protocolo de San Salvador<sup>8</sup>.

Por otro lado, si bien las obligaciones generales de respeto y garantía y de adecuación del derecho interno (artículos 1 y 2 CADH) vinculan a los Estados en materia de DESCAs, la evolución jurisprudencial interamericana ha definido también las obligaciones del Estado respecto de estos derechos, clasificándolas en aquellas de exigibilidad inmediata y aquellas de carácter progresivo. Las obligaciones inmediatas exigen adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada DESCAs, mientras que las obligaciones progresivas exigen avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs en la medida de los recursos estatales disponibles; no aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos, y el deber de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.

La evolución jurisprudencial de los DESCAs, tanto a través de la protección indirecta y directa, permite destacar por un lado, las buenas prácticas estatales de protección de dichos derechos y su impacto en el desarrollo de los estándares interamericanos en la materia (2) y, por otro lado, los desafíos a los que se enfrenta el sistema interamericano en la protección de los DESCAs en una región marcada por la desigualdad (3).

## 2. Buenas prácticas en materia de protección de los DESCAs y su impacto en el desarrollo de los estándares interamericanos

La Convención Americana, el *corpus iuris* interamericano y la interpretación que de los mismos realiza la Corte Interamericana apuntan al establecimiento de un mínimo de protección de los derechos humanos, tanto de los civiles y políticos como de los DESCAs. En esa medida, el *ius commune* en materia de protección de los DESCAs no sólo da cuenta de cómo los estándares interamericanos se expanden en los respectivos órdenes domésticos<sup>9</sup>, sino también de cómo la Corte IDH

---

<sup>8</sup> Ibáñez Rivas, J.-M., «La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte interamericana de derechos humanos», en: Cançado Trindade, A.A.; Barros Leal, C. (coords.), *El respeto a la dignidad de la persona humana— IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos*, IBDH/IIDH, Fortaleza, 2015, pp. 193-198.

<sup>9</sup> Morales Antoniazzi, M., «El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: von Bogda-

parte del desarrollo de los ordenamientos jurídicos estatales para dotar de contenido y alcance a los DESCAs.

## 2.1. BUENAS PRÁCTICAS DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DESCAs: LA MATERIALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En aplicación del derecho internacional de los tratados, y conforme ha sido reiterado en la jurisprudencia interamericana, los Estados Parte de la Convención Americana deben ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la CADH y la interpretación que de la misma realiza la Corte IDH, intérprete última de dicho tratado<sup>10</sup>. De esta manera, los estándares interamericanos de protección de los DESCAs vinculan a toda autoridad pública de los Estados parte de la CADH, naturalmente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes<sup>11</sup>.

Entre la importante jurisprudencia sobre DESCAs desarrollada hasta la fecha, cabe destacar aquella referida a los pueblos indígenas y tribales, personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Con más de treinta casos que involucran los derechos de pueblos indígenas y tribales y sus miembros<sup>12</sup>, la Corte interamericana ha establecido la obligación estatal de proteger el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras o territorios ancestrales, así como sobre los recursos naturales que son indispensables para la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En virtud del vínculo esencial de los pueblos indígenas

---

ndy, A. *et al.* (cords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, IJ-UNAM, México, 2014, p. 299.

<sup>10</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124, y Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Serie C No. 306, nota al pie 125. Véase, Ibáñez Rivas, J-M., *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, Núm. 1, IJ-UNAM/CNDH, México, 2017, 154 p.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Corte IDH. Actualización del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°. 11: Pueblos Indígenas y Tribales, CorteIDH/GIZ, San José, 2021. La Corte IDH ha establecido que «los Estados deben tener en cuenta las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural, cuando interpretan y aplican su normativa interna». En ese sentido, la Corte IDH ha reiterado que «es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva a los pueblos indígenas, que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres». Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440, párrs. 137 y 138.

y tribales con sus tierras y territorios ancestrales y los recursos naturales, la Corte IDH ha enfatizado la correspondiente obligación estatal de proteger DESCAs como el derecho al medio ambiente sano, el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a la identidad cultural<sup>13</sup>, así como los derechos a la salud y a la educación<sup>14</sup>. La protección de dichos DESCAs para garantizar, asimismo, la vida digna de pueblos indígenas y tribales ha reafirmado en la jurisprudencia interamericana la indivisibilidad e interdependencia de aquellos con los derechos civiles y políticos.

Entre algunas buenas prácticas de aplicación del control de convencionalidad, destacamos dos sentencias del Tribunal Constitucional del Perú. En la sentencia de 9 de junio de 2010<sup>15</sup>, respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra un Decreto Legislativo que regulaba el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el Tribunal Constitucional citó la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* para destacar el «concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia» de los pueblos indígenas y «con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural»<sup>16</sup>. En la sentencia de 11 de septiembre de 2012<sup>17</sup>, sobre un recurso de agravio constitucional interpuesto por la presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas contra una resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, el Tribunal Constitucional se remitió nuevamente a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Yakye Axa Vs Paraguay* para reafirmar que «la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se

---

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *cit.*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *cit.*

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Gonzalo Tuanama y más de 5000 ciudadanos (Exp. N.º. 0022-2009-PI/TC), sentencia de 9 de junio de 2010, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html> Véase, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *cit.*, párr. 131; Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *cit.*, párr. 149, y Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párrs. 47 a 50.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Caso Comunidad Nativa Tres Islas (Exp. núm. 1126-2011-HC/TC), sentencia de 11 de septiembre de 2012, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html> Véase, Corte IDH. *Caso Yakye Axa Vs Paraguay*, *cit.*, párr. 137.

encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana»<sup>18</sup>.

En la medida que el derecho a la propiedad comunal sobre las tierras y territorios ancestrales y sobre los recursos naturales esenciales para la supervivencia física y cultural de pueblos indígenas y tribales no es absoluto, el Estado puede determinar ciertas restricciones o limitaciones. Sin embargo, el Estado sólo podrá restringir el derecho de propiedad cuando las respectivas medidas cumplan con las exigencias del test de proporcionalidad y, adicionalmente, en el caso de los recursos naturales, no se ponga en peligro la subsistencia del pueblo indígena o tribal y la de sus miembros<sup>19</sup>. De acuerdo con la Corte IDH, para que una concesión o actividad de exploración o extracción de recursos naturales en tierras o territorios ancestrales no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena o tribal como tal, el Estado debe cumplir con tres salvaguardias: i) la consulta previa, libre e informada, a través de un proceso adecuado y participativo; ii) un estudio de impacto ambiental y social; y iii) la repartición razonable de los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH)<sup>20</sup>.

De esta manera, y en la línea de la interpretación evolutiva de la Convención, la Corte interamericana ha desarrollado el derecho a la consulta como resultado de la lectura sistemática del derecho a la propiedad comunal (artículo 21 CADH) y del derecho a la participación de los asuntos públicos (artículo 23 CADH)<sup>21</sup>. En la determinación del contenido y alcances del derecho a la consulta, la Corte IDH ha tomado como referente principal el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes<sup>22</sup>, tratado que establece la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas (administrativas, legislativas o de otra naturaleza) susceptibles de afectar directamente sus derechos y libertades, reconocidos en la normativa interna o internacional<sup>23</sup>.

Dicha interpretación evolutiva resulta de la mayor importancia para aquellos Estados parte de la CADH que no son parte del Convenio 169 de la OIT. Cierta-

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 21.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, cit., párr. 129; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, cit., párr. 157.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, cit., párr. 173, y Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 203.

<sup>22</sup> Adoptado el 27 de junio de 1989, en Ginebra, y que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

<sup>23</sup> *Idem.*

mente, dada la evolución de la jurisprudencia interamericana a la luz del Convenio 169, las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana que no han firmado o ratificado el convenio de la OIT estarán igualmente vinculadas por los estándares de protección del derecho de propiedad comunal de pueblos indígenas y tribales y del derecho a la consulta previa, libre e informada, en aplicación del control de convencionalidad. Conforme ha sido señalado, la protección del derecho de propiedad y de consulta de los pueblos indígenas y tribales permite la protección de sus DESCAs y, asimismo, del derecho a la vida digna.

Adicionalmente, corresponde destacar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 5 de abril de 2018, emitida con posterioridad a la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos<sup>24</sup>. Esta sentencia tutela el derecho a un medio ambiente sano y ordena al gobierno de Colombia tomar acciones concretas frente al calentamiento global. En línea con la OC-23/17, la sentencia de la Corte Suprema subraya la interdependencia del derecho a un medio ambiente sano con la realización de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y, en ese sentido, enfatiza que derechos como la vida, alimentación, agua, salud y la dignidad humana están ligados y sustancialmente determinados por el entorno y el medio ambiente. A partir de ello, la Corte de Justicia de Colombia reconoce a la Amazonía colombiana como sujeto de derecho, afirmando que los bosques cumplen un rol importante en la mitigación del cambio climático y que pueden ser pasibles de protección jurídica. Por tanto, ordena a diversas autoridades nacionales, regionales y municipales, adoptar un plan de acción de corto, mediano y largo plazo para proteger a la Amazonía colombiana<sup>25</sup>.

En consecuencia, es posible constatar que las altas cortes y tribunales constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana aplican el control de convencionalidad en materia de DESCAs, teniendo en cuenta el *corpus iuris* interamericano y las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana<sup>26</sup>. Estas cortes y tribunales nacionales han entendido así que «la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter*

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de abril de 2018, STC4360-2018, Radicación núm. 11001-22-03-000-2018-00319-01, <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>. Véase, Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal — interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 14.

<sup>26</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, considerando 74.

*dicta y/o las ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones»<sup>27</sup> en lo que concierne al contenido y alcance de los DESCA.

## 2.2. IMPACTO DEL DERECHO NACIONAL EN EL DESARROLLO DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE DESCA: MATERIALIZACIÓN DEL DIÁLOGO VERTICAL

La jurisprudencia de la Corte Interamericana demuestra que, en algunos supuestos, ésta retoma «decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar» el análisis de una eventual violación de la Convención Americana<sup>28</sup>. Pero no se trata solo de una remisión a sentencias de cortes nacionales. En efecto, normas, políticas públicas y jurisprudencia de los Estados parte tienen impacto en el desarrollo y consolidación de los estándares interamericanos de protección de los DESCA. El diálogo de la Corte IDH con el derecho interno de los Estados ha sido una constante para garantizar una mayor protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención y, asimismo, para salvaguardar la legitimidad de la Corte Interamericana como tribunal regional de protección de derechos humanos<sup>29</sup>.

Desde el desarrollo de la justiciabilidad directa de los DESCA en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú* (2017)<sup>30</sup>, la Corte IDH ha seguido una suerte de pasos para determinar si el derecho objeto de análisis está protegido por la interpretación del artículo 26 de la CADH. Entre dichos pasos, la Corte IDH verifica si el derecho es uno de aquellos que se deriva de la interpretación del artículo 26 en relación con las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA<sup>31</sup> y del texto de la Declaración Americana de Derechos

<sup>27</sup> *Ibid.*, considerando 86.

<sup>28</sup> En el caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la CADH, la Corte IDH se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No.134, párrs. 174 y ss.

<sup>29</sup> Burgogue-Larsen, L.; Montoya Céspedes, N., «El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos», en: Bandeira Galindo, G-R.; Uruña, R.; Torres Pérez, A. (coords.), *Protección Multinivel de Derechos humanos. Manual de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior* (dhes), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013, pp. 187-210.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *cit.*, párr. 143, y Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párrs. 72 y 78.

y Deberes del Hombre que, según la jurisprudencia interamericana «constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la [OEA], una fuente de obligaciones internacionales»<sup>32</sup>. Asimismo, la Corte verifica si dicho derecho está reconocido en el vasto *corpus iuris* internacional<sup>33</sup>, si estaba reconocido explícitamente al momento de los hechos en la ley del Estado parte del procedimiento<sup>34</sup> y si el DESCAs en cuestión está reconocido explícitamente en el derecho interno de los Estados de la región. Esto último nos remite al concepto de derecho público interamericano y a su contribución a la jurisprudencia interamericana para la determinación de la existencia, contenido y alcance de DESCAs, como resultado de la revisión de los textos constitucionales, la legislación nacional y, en su caso, de las decisiones de las altas cortes, tribunales o salas constitucionales de la región.

El reenvío al derecho de los Estados de la región como sustento para el desarrollo de los DESCAs ha quedado en evidencia respecto del derecho a la salud y los derechos laborales. En cuanto a la salud, la Corte ha observado «un amplio consenso regional» en la consolidación de este derecho, que se encuentra reconocido explícitamente en las constituciones y las leyes internas de algunos Estados de la región: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela<sup>35</sup>. En lo que concierne a la estabilidad laboral, la Corte ha afirmado que la protección del derecho al trabajo se encuentra reconocido explícitamente en las normas constitucionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela<sup>36</sup>.

Otro de los ejemplos más representativos de este diálogo es aquel vinculado al reconocimiento en la OC-23/17 del derecho al medio ambiente sano, no sólo como un derecho humano sino también como un derecho autónomo. Conforme ha sido señalado por la Corte IDH, como derecho humano, el medio ambiente sano constituye, a su vez, «un derecho fundamental para la existencia de la humanidad»<sup>37</sup>. Como un derecho autónomo, el derecho al medio ambiente sano

---

<sup>32</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit., párrs. 143 y 144, y Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*, cit., párrs. 72 y 78.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit., párrs. 145 a 148, y Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*, cit., párrs. 72, 79 a 84.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit., párr. 138, y Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*, cit., párr. 73.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 113.

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit., párr. 145.

<sup>37</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, cit., párrs. 59, 62 y 64, y Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, cit., párr. 203.

protege los componentes del ambiente (bosques, mares, ríos y otros) «como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales», esto es, que el medio ambiente es protegido con independencia de su utilidad o efectos para los seres humanos<sup>38</sup>. Como sustento para este importante desarrollo jurisprudencial en materia de DESCAs, la Corte advirtió una tendencia en los ordenamientos jurídicos de la región a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza en sentencias judiciales y constituciones de la región<sup>39</sup>. Concretamente, la Corte IDH citó la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-622-16 de 10 de noviembre de 2016 que reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes «como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas»<sup>40</sup>. Asimismo, la Corte IDH se remitió a la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015 que declaró la vulneración de los derechos de la naturaleza, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y dispuso que el Ministerio del Ambiente realice una inspección «para determinar los posibles daños ambientales generados y su cuantificación a efectos de realizar las labores de restauración del área afectada a costa de los infractores»<sup>41</sup>. Adicionalmente, la Corte IDH reconoció una tendencia al reconocimiento de la personalidad jurídica del medio ambiente en las Constituciones Políticas de Bolivia (preámbulo y artículo 33) y Ecuador (artículo 71)<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, *cit.*, párr. 62.

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, nota al pie 100. Véase, Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 10 de noviembre de 2016 (T-622-16), párrs. 9.27 a 9.31, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

<sup>41</sup> *Idem.* Véase, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia de 9 de julio de 2015 (Exp. núm. 218-15-SEP-CC), <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=218-15-SEP-CC> Además de dichas sentencias, corresponde destacar jurisprudencia en la región que, al momento de la publicación de la OC-23/17 ya había reconocido personería jurídica a animales. En 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Argentina ordenó el regreso a su hábitat natural de «Chucho», un oso de anteojos, que fue trasladado a un zoológico sin previo aviso. De acuerdo con la Sala Civil, los animales son sujetos de derecho sintientes no humanos y se les deben reconocer los derechos «correspondientes, [...] justos y convenientes a su especie, rango o grupo». Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sentencia de 26 de julio de 2017 (AHC4806-2017). Asimismo, el Tercer Juzgado de Garantías de la Demarcación de Mendoza, Argentina, admitió el pedido de *habeas corpus* para liberar a «Cecilia», una chimpancé que se encontraba en el zoológico de esa provincia. El Juzgado consideró a la chimpancé como un «sujeto de derecho no humano» y, en ese sentido, admitió el *habeas corpus* para «preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente en las condiciones propias de su especie». Tercer Juzgado de Garantías de la Demarcación de Mendoza, resolución de 3 de noviembre de 2016 (Exp. núm. P-72.254/15).

<sup>42</sup> *Ibid.*, nota al pie 101.



Como ha sido destacado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a partir del diálogo entre las jurisdicciones internas y la Corte Interamericana, se produce un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano como un «sistema integrado» de protección de derechos, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte Interamericanas—, «sino también, con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte, que deben participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional<sup>43</sup>.

### 3. Desafíos en la consolidación de la protección de los DESCAs en la región

En el marco de las obligaciones de los Estados respecto de los DESCAs, el principio de igualdad y no discriminación destaca no sólo por su exigibilidad inmediata, sino también por su relevancia y transversalidad en la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. El principio de igualdad y no discriminación, norma imperativa de derecho internacional general<sup>44</sup>, exige que los Estados respeten y garanticen los derechos y libertades de toda persona 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)<sup>45</sup>, así como que adopten las medidas que resulten necesarias para garantizar la igualdad material de las personas sujetas a su jurisdicción en situación de discriminación estructural o histórica<sup>46</sup>. El análisis del contexto y el enfoque diferenciado e interseccional han resultado fundamentales en la definición de los estándares interamericanos en materia de DESCAs, y en la posterior orden de reparaciones con vocación transformadora a los Estados declarados internacionalmente responsables.

---

<sup>43</sup> Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 99. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, *cit.*

<sup>44</sup> 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, párrs. 100 y 101.

<sup>45</sup> La Corte IDH ha establecido que el listado del artículo 1.1 de la CADH no es taxativo sino enunciativo. De esta manera, «la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas» en la CADH. Corte IDH. *Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*, *cit.*, nota al pie 212.

### 3.1. EL CONTEXTO Y EL ENFOQUE DIFERENCIADO E INTERSECCIONAL EN CASOS VINCULADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS DESCA

En los casos vinculados a la protección de los DESCA, el contexto ha tenido un rol clave en el análisis de los hechos a la luz del principio de igualdad y no discriminación<sup>47</sup>, sobre todo frente a situaciones de discriminación estructural. Siguiendo la Observación General N° 20 del Comité DESC, la Corte IDH ha establecido que la discriminación estructural «se refiere a comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta o no cuestionada contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas para unos grupos y privilegios para otros»<sup>48</sup>. El análisis del contexto ha sido determinante para identificar diferentes factores de vulnerabilidad y de riesgo de discriminación que confluyen en forma interseccional en la situación de las víctimas<sup>49</sup>.

En el caso de los *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*<sup>50</sup>, la Corte IDH constató que las trabajadoras de la fábrica de fuegos artificiales en el municipio de Santo Antônio de Jesus eran víctimas de discriminación estructural por su condición de pobreza, y que, precisamente por ello, «no podían acceder a otra [...] fuente de ingresos y debían exponerse al aceptar un trabajo en condiciones de vulnerabilidad, que desconocía los mandatos de la Convención Americana» y que las expuso a los hechos victimizantes que vulneraron, entre otros, su derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo<sup>51</sup>. De acuerdo con la Corte IDH, «el hecho de que una actividad económica

<sup>47</sup> De acuerdo con la Corte IDH, el artículo 24 de la CADH tiene dos dimensiones: la primera una dimensión formal, que establece la igualdad ante la ley y, la segunda, «una dimensión material o sustancial, que ordena la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados en razón de los factores a los que hace referencia el artículo 1.1 de la Convención Americana». Esto es, «garantizar que la igualdad sea real y efectiva» y «corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a las personas posibilidades concretas de ver realizada, en sus propios casos, la igualdad material». Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 108.

<sup>48</sup> *Idem*. De acuerdo con la Corte IDH, estas prácticas, que pueden presentarse como neutras, «tienen efectos desproporcionados en los grupos discriminados». Véase, Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 188.

especialmente riesgosa se haya instalado en la zona está relacionado con la pobreza y marginación de la población que allí residía y reside»<sup>52</sup>. Ciertamente, «[p]ara los habitantes de los barrios de origen de las trabajadoras de la fábrica de fuegos, el trabajo que allí les ofrecían era la principal, sino la única opción laboral, pues se trataba de personas con muy bajo nivel de escolaridad y alfabetización, que además eran perfiladas como poco confiables y, por estas razones, no podían acceder a otro empleo»<sup>53</sup>.

Además del contexto de discriminación estructural en función de la condición de pobreza, la Corte consideró que en las víctimas del caso confluían distintas «desventajas estructurales» o «factores de discriminación», tanto económicas y sociales, como referidas a grupos determinados de personas, que impactaron en la vulneración de sus derechos<sup>54</sup> y que «incrementó [sus] desventajas comparativas»<sup>55</sup>, entre ellas, la situación de pobreza estructural, ser mujeres, afrodescendientes, pero, además, en algunos supuestos, por estar embarazadas, por ser niñas, o por ser niñas y estar embarazadas<sup>56</sup>. En la línea de las consideraciones de la Corte, queda en evidencia que la intersección de los diferentes factores de discriminación en el caso («patrones de discriminación estructural e interseccional»<sup>57</sup>) hizo posible que las víctimas (mujeres, niñas y niños) se hayan visto compelidas a trabajar en la fábrica de fuegos y que hayan sido víctimas de vulneraciones a sus DESCAs.

La intersección de las referidas desventajas comparativas «hizo que la experiencia de victimización en este caso fuese agravada»<sup>58</sup>. En ese sentido, la Corte Interamericana reiteró que la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas, «acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado»<sup>59</sup> respecto del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación.

Por otro lado, en el caso de los *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*<sup>60</sup>, la Corte IDH reconoció como probado el contexto de «discriminación histórica a la cual están sometidos los pueblos indígenas»<sup>61</sup> en dicho Estado. De acuerdo con la Corte, «la permanencia, con el trascurso de los años, de altas tasas de pobreza y pobreza extrema de dichos pueblos, su escaso acceso al mercado formal de trabajo y a la seguridad social, los altos índices de

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 189.

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 190

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 191

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 197

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 198.

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*, cit.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 139.

analfabetismo de sus miembros, su precario acceso a los servicios de salud, telefónicos y a la electricidad, así como las constantes manifestaciones discriminatorias contra los pueblos indígenas en los medios de comunicación masiva, indican que los pueblos indígenas están sometidos a una situación de discriminación estructural»<sup>62</sup>. Asimismo, de acuerdo con la Corte IDH, el conflicto armado de carácter no internacional en Guatemala «tuvo un significativo impacto cultural para los pueblos indígenas maya en el país», sobre todo en cuanto a «la pérdida de los valores y prácticas culturales y religiosas de los pueblos mayas, así como de sus instituciones sociales, económicas y políticas»<sup>63</sup>.

A partir de los hechos probados del caso, la Corte IDH estableció que «la mayoría de las comunidades indígenas en Guatemala, debido a su situación de pobreza, exclusión social y discriminación, no tienen condiciones económicas y técnicas que les permita competir en pie de igualdad con los aspirantes de emisoras de radio comerciales, a los cuales la [Ley General de Telecomunicaciones] indirectamente favorece»<sup>64</sup>. En ese sentido, y en la línea de lo resuelto en el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares*, la Corte IDH afirmó que el Estado tenía la obligación de «corregir las desigualdades existentes» y «promover la inclusión y la participación» de estos pueblos, tomando «todas las medidas necesarias [incluidas medidas afirmativas] para asegurar el acceso a frecuencias radioeléctricas a los pueblos indígenas, con el propósito de garantizar la igualdad material de los mismos frente a otros segmentos sociales que tienen las condiciones económicas para competir en las subastas de adquisición de frecuencias radioeléctricas»<sup>65</sup>.

La Corte determinó así que «la regulación de la radiodifusión en Guatemala promueve, en la práctica, una discriminación indirecta y un impedimento de facto al ejercicio de la libertad de expresión de los pueblos indígenas al establecer la mayor oferta económica como único criterio de adjudicación de frecuencias radioeléctricas y al no adoptar medida alguna, como la reserva de bandas de frecuencia, para posibilitar que los pueblos indígenas puedan de hecho fundar y operar sus propios medios de comunicación»<sup>66</sup>, con todas las consecuencias e impacto que esto tiene para los derechos culturales de los pueblos indígenas. Por ello, la Corte IDH estableció que, en materia de radiodifusión sonora, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida cultural sin discriminación<sup>67</sup>. Ciertamente, los Estados deben adoptar

---

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 147.

<sup>65</sup> *Ibid.*, párrs. 140 y 147.

<sup>66</sup> *Ibid.*, párr. 149.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 131.

las medidas «que permitan el acceso al espectro radioeléctrico de las radios comunitarias, especialmente a las comunidades indígenas, por la importancia que tiene para ellas este medio de comunicación para difundir y conservar su cultura y teniendo en cuenta que constituyen grupos étnicamente diferenciados que se encuentran en una situación de marginación y exclusión social derivada de la pobreza y la discriminación»<sup>68</sup>.

Estos casos demuestran que, a partir de la determinación de un contexto de discriminación estructural y el correspondiente análisis de los hechos desde un enfoque diferenciado e interseccional, la Corte IDH ha tenido —y tiene— ante sí el desafío de establecer el contenido y alcance de los DESCAs vulnerados y de las respectivas obligaciones estatales para respetarlos y garantizarlos, sin discriminación, sea de manera inmediata y/o, en su caso, progresivamente.

En este punto, y vinculado al contexto, corresponde mencionar el desafío que representa para la Corte IDH el análisis de casos que involucran, asimismo, afectaciones a los derechos y libertades de las personas derivadas de la actuación de empresas privadas. La sistematización de los estándares interamericanos sobre la responsabilidad de las empresas respecto de los derechos humanos a modo de «Consideración preliminar» en la sentencia del *caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*<sup>69</sup>, representa un avance fundamental para la protección de los DESCAs.

Al respecto, tomando como referente los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos»<sup>70</sup>, la Corte IDH ha destacado que los Estados tienen «el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter»<sup>71</sup> no sólo para prevenir dichas violaciones, sino también para investigarlas, castigarlas y repararlas cuando ocurran»<sup>72</sup>. Para conseguir dichos fines, «los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a per-

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 117.

<sup>69</sup> Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*, cit., párrs. 42 a 53.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 47. Véase, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», HR/PUB/11/04, 2011.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 48.

<sup>72</sup> *Idem.*

sonas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad»<sup>73</sup>.

Asimismo, en la misma línea que la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) en su Informe sobre «Empresas y Derechos Humanos», la Corte ha establecido que «los Estados deben asegurar que las actividades empresariales no se lleven a cabo a expensas de los derechos y libertades fundamentales de las personas o grupos de personas, incluyendo a los pueblos indígenas y tribales, comunidades campesinas y poblaciones afrodescendientes como colectivo cohesionado [...]»<sup>74</sup>. De acuerdo con la Corte, esto «resulta fundamental en relación con todas las empresas que realicen [...] actividades que puedan afectar a personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y, en particular, en relación con los actos de empresas transnacionales»<sup>75</sup>.

### 3.2. LAS REPARACIONES CON VOCACIÓN TRANSFORMADORA EN CASOS DE DESCA

Los casos *Poblete Vilches y otros Vs. Chile* y *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, ambos de 2018, han marcado el punto de partida de reparaciones con un nexo causal mucho más evidente con la declaración de violación de un DESCA derivado de la interpretación del artículo 26 de la Convención. En ambos casos, en vista de los hechos, las violaciones acreditadas y a la luz de la información remitida por las partes, la Corte IDH estimó pertinente dictar garantías de no repetición con enfoque DESCA<sup>76</sup>.

En el caso *Poblete Vilches y otros*, y siempre en el marco de la reparación integral que debe cumplir el Estado declarado internacionalmente responsable, la Corte IDH ordenó garantías de no repetición vinculadas al derecho a la salud de adultos mayores:

— Capacitaciones.— La adopción de «programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médi-

<sup>73</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, de 1 de noviembre de 2019.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Ibáñez Rivas, J.-M., «La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana», en: von Bogdandy, A., Piovesan, F., Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais. Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*, Edições JusPODIVM, Salvador-Brasil, 2019, pp. 227-261.

cos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados»<sup>77</sup>.

- Informe sobre implementación de avances en el Hospital Sotero del Río.— asegurando, a través de las medidas suficientes y necesarias, «que [dicho] Hospital [...] cuente con los medios de infraestructura indispensables para brindar una atención adecuada, oportuna y de calidad a sus pacientes, particularmente relacionados con situaciones de urgencia en atención de la salud, brindando una protección reforzada a las personas mayores»<sup>78</sup>.
- Incidencia geriátrica en la salud y medidas a favor de las personas adultas mayores.— mediante i) el fortalecimiento institucional del «Instituto Nacional de Geriátrica» y su incidencia en la red hospitalaria tanto pública como privada, vinculándose también en la capacitación ordenada<sup>79</sup>; ii) el diseño «de una publicación o una cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las personas mayores en relación con la salud, contemplados en los estándares establecidos en [la] Sentencia, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica»<sup>80</sup>; iii) la adopción «de las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, de conformidad con los estándares en la materia»<sup>81</sup>.

En el caso *Cuscul Pivaral y otros*, las reparaciones ordenadas también estaban vinculadas al derecho a la salud, concretamente de las personas con VIH/SIDA. Si bien la Corte «valor[ó] positivamente las medidas legislativas y de política pública que han sido adoptadas por el Estado para combatir la epidemia del VIH en Guatemala», tomó en consideración las violaciones ocurridas en el caso, la infor-

<sup>77</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, cit., párr. 237. Dentro de dichos programas «se deberá hacer especial mención a la [...] Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente a los relativos al derecho a la salud [...] y acceso a la información».

<sup>78</sup> *Ibid.*, párr. 238. Para ello, la Corte IDH solicitó al Estado que informe, en el plazo de una año, «sobre: a) los avances que ha implementado, a la actualidad del informe, en infraestructura de la Unidad de Cuidados Intensivos de dicho Hospital; b) los protocolos vigentes de atención frente a urgencias médicas, y c) las acciones implementadas para la mejora en la atención médica de los pacientes en la UCI, particularmente de las personas mayores —desde la perspectiva geriátrica—, y a la luz de los estándares de [la] Sentencia».

<sup>79</sup> *Ibid.*, párr. 239.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 240. De acuerdo con lo ordenado por la Corte IDH, «[d]icha publicación (impresa y/o digital) deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Chile, tanto para los y las pacientes como para el personal médico, así como en el sitio web del Ministerio de Salud».

<sup>81</sup> *Ibid.*, párr. 241.

mación disponible respecto a la falta de tratamiento médico de una parte de la población que vive con el VIH en Guatemala, y los objetivos y metas a los que se comprometieron los Estados en la Agenda 2030<sup>82</sup>, y ordenó las siguientes garantías de no repetición»: <sup>83</sup>

— Implementación de mecanismos efectivos de fiscalización y supervisión periódica de los hospitales públicos.— «a fin de asegurar que se brinde una atención integral en materia de salud para personas que viven con el VIH, acorde a la legislación interna y a lo establecido en la [...] sentencia [...]. Para ello, el Estado deberá instaurar un sistema de información sobre el alcance de la epidemia del VIH en el país, el cual deberá contener información estadística de las personas atendidas por el sistema de salud público, así como información estadística sobre el sexo, edad, etnia, lengua y condición socioeconómica de los pacientes. Igualmente debe instaurar un sistema que le permita hacer un diagnóstico de la atención prestada a la población que vive con el VIH, para lo cual deberá establecer el número de establecimientos que atienden a esta población, su ubicación geográfica e infraestructura»<sup>84</sup>.

En la misma línea, la Corte ordenó al Estado «diseñar un mecanismo para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH»<sup>85</sup>. Este mecanismo debe cumplir con objetivos mínimos, entre ellos: «i) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales, de pruebas diagnósticas para la detección del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oportunistas, ii) mejorar los programas de atención a la población que vive con el VIH y aumentar la cobertura de atención, iii) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de atención en salud a la población con VIH, iv) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes»<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 109. Véase, ONU, Resolución de la Asamblea General «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», A/70/L.1, de 25 de septiembre de 2015.

<sup>83</sup> *Ibid.*, párrs. 224 y 230.

<sup>84</sup> *Ibid.*, párr. 225. Sobre esta sentencia y la obligación estatal de generar información estadística que sirva de indicador para supervisar los alcances de los servicios de salud para personas con VIH/SIDA, véase, Cruz Rosel, A.; Escoffé Duarte, C., «Caso Cuscul Pivaral Vs. Guatemala: generar información para garantizar el derecho a la salud», *Nexos*, de 7 de noviembre de 2018.

<sup>85</sup> *Ibid.*, párr. 226.

<sup>86</sup> *Idem*. Sobre la relevancia y particularidad de esta medida, véase, Góngora Maas, J., «La Corte interamericana y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: las virtudes del caso



- Implementación de un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud que trabajen en hospitales y unidades de atención médica y atiendan personas con VIH.— «acerca de los estándares internacionales y la legislación nacional en materia de tratamiento integral para personas que viven con el VIH. Estas capacitaciones deberán incluir información acerca de las mejores prácticas de atención, sobre los derechos de los pacientes y las obligaciones de las autoridades. Asimismo, estas capacitaciones deberán ser impartidas, durante un tiempo razonable, por personal médico y jurídico especializado en la materia, y deberán ser realizadas con perspectiva de género»<sup>87</sup>.
- Garantía de acceso a una prueba de VIH a las mujeres embarazadas, que les sea practicada si así lo desean.— «El Estado deberá dar seguimiento periódico a aquellas mujeres embarazadas que viven con el VIH, y deberá proveer el tratamiento médico adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, sin perjuicio de lo establecido en [...] la [...] Sentencia»<sup>88</sup>. Para este fin, la Corte ordenó al Estado «diseñar una publicación o cartilla en forma sintética, clara y accesible sobre los medios de prevención de la tran[s]misión del VIH y sobre el riesgo de transmisión vertical de éste, así como los recursos disponibles para minimizar ese riesgo. Dicha publicación deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Guatemala, tanto para los pacientes como para el personal médico. Asimismo, debe darse acceso a dicha cartilla o publicación a través de los organismos de la sociedad civil vinculados al tema»<sup>89</sup>.
- Campaña nacional de concientización y sensibilización, dirigida a personas que viven con el VIH, funcionarios públicos, y la población general.— «sobre los derechos de las personas que viven con el VIH, sobre las obligaciones que las autoridades tienen en su atención, y sobre la necesidad de respetar a las personas que viven con esta condición»<sup>90</sup>. De acuerdo con la Corte IDH, «[e]sta campaña deberá estar dirigida a combatir el estigma y la falta de información sobre las causas y consecuencias para la salud de las personas que viven con el VIH. Asimismo, la campaña deberá tener perspectiva de género y deberá ser comprensible para toda la población»<sup>91</sup>.

---

Cuscul Pívaral y otros Vs. Guatemala», *Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso*, de 31 de octubre de 2018.

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 227.

<sup>88</sup> *Ibid.*, párr. 228.

<sup>89</sup> *Idem.*

<sup>90</sup> *Ibid.*, párr. 229.

<sup>91</sup> *Idem.*

De esta manera, desde el inicio de la justiciabilidad directa, la reparación integral aspira a tener un enfoque DESCAs, a través de la determinación de medidas con un claro nexo causal con la declaración de violación del artículo 26 de la Convención, tal como lo demuestran sentencias posteriores, como las de los casos *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares* (2020) y *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros* (2021). En la sentencia del caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares*, la Corte IDH ordenó a Brasil, entre otros, diseñar y ejecutar «un programa de desarrollo socioeconómico especialmente destinado para la población de Santo Antônio de Jesus» que incluya la creación de cursos de capacitación profesional y/o técnicos que permitan la inserción de trabajadoras y trabajadores en otros mercados laborales (especialmente, de las y los jóvenes mayores de 16 años y mujeres afrodescendientes que viven en condición de pobreza); medidas orientadas a enfrentar la deserción escolar causada por el ingreso de menores de edad al mercado laboral, y campañas de sensibilización en materia de derechos laborales y riesgos inherentes a la fabricación de fuegos artificiales<sup>92</sup>. En la sentencia del caso *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros*, la Corte IDH ordenó a Guatemala, entre otros, «adecua[r] la normativa interna con fines de reconocer a las radios comunitarias como medios diferenciados de comunicación, particularmente las radios comunitarias indígenas; reglamenta[r] su operación, estableciendo un procedimiento sencillo para la obtención de licencias, y reserva[r] a las radios comunitarias indígenas parte del espectro radioeléctrico»<sup>93</sup>.

Por tanto, es posible afirmar que la declaración de violación del artículo 26 de la Convención ha tenido como correlato la determinación de garantías de no repetición con una auténtica vocación transformadora. Esta vocación transformadora busca tener un efecto correctivo del contexto de discriminación estructural o histórico en el que viven las víctimas del caso concreto, así como otras personas o

<sup>92</sup> Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*, cit., párrs. 289 y 290. Como garantías de no repetición, la Corte IDH también ordenó al Estado implementar una política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales; rendir un informe sobre el avance del trámite legislativo del Proyecto de Ley del Senado Federal de Brasil PLS 7433/2017 que propone una nueva regulación para la fabricación, el comercio y el uso de fuegos artificiales, y rendir un informe sobre la aplicación de las Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos. *Ibid.*, párrs. 287, 288 y 291.

<sup>93</sup> Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*, cit., párrs. 196 a 200. Como garantías de no repetición, la Corte IDH también ordenó al Estado abstenerse «inmediatamente de enjuiciar criminalmente a los individuos que operan emisoras de radio comunitarias indígenas, allanar dichas radios y aprehender sus equipos de transmisión, hasta que haya efectivamente asegurado mecanismos legales para el acceso de las comunidades indígenas de Guatemala al espectro radioeléctrico y asignado las frecuencias correspondientes» y, aunado a lo anterior, eliminar «las condenas y cualquiera de sus consecuencias relacionadas con las personas miembros de comunidades indígenas condenadas por uso del espectro radioeléctrico». *Ibid.*, párrs. 202 y 203.

grupos bajo la jurisdicción del Estado concernido que se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad. Al tratarse de reformas normativas, capacitaciones e incluso de políticas públicas, la Corte IDH ha optado por ordenar a los Estados que informen periódicamente sobre los avances en su implementación, por ejemplo, dentro de un plazo razonable, o por períodos de dos o tres años o, simplemente, dadas las particularidades de la medida y las dificultades para su seguimiento, ha establecido que no supervisará el cumplimiento de la misma. Las garantías de no repetición con vocación transformadora representan así un importante desafío para la supervisión de cumplimiento a cargo de la Corte IDH.

#### 4. A modo de conclusión

El balance de los DESCAs en el Sistema Interamericano confirma que estos siempre han sido objeto de protección, sea de manera indirecta o directamente, desde 2017, a través de la interpretación sistemática del artículo 26 de la Convención Americana.

A partir del análisis de los respectivos estándares interamericanos, es posible constatar que, en cumplimiento del control de convencionalidad, las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana toman en cuenta y, en su caso, aplican dichos estándares para asegurar una interpretación pro-persona en la adopción e implementación de normas, jurisprudencia y políticas públicas. Asimismo, el avance de los ordenamientos jurídicos internos en materia de protección de los derechos humanos ha permitido a la Corte Interamericana determinar la existencia de DESCAs derivados del artículo 26 de la CADH, así como su respectivo contenido y alcance. El diálogo propiciado desde la Corte IDH en materia de DESCAs ha generado así el posicionamiento del derecho público interamericano en el desarrollo de la justiciabilidad directa de dichos derechos. Las buenas prácticas, de los Estados y de la Corte IDH, en la protección de los DESCAs confirman la importante y necesaria consolidación de un sistema integrado de protección de derechos humanos en la región.

Sin embargo, los desafíos existen y son significativos. El análisis del contexto y el correspondiente enfoque diferenciado e interseccional en la protección de los DESCAs han puesto de relieve situaciones de discriminación estructural o histórica frente a las cuales la Corte IDH debe re-direccionar la actuación del Estado a través de la identificación de los derechos vulnerados y de las obligaciones incumplidas. Asimismo, frente a tales contextos, la Corte IDH ha tenido —y tiene— ante sí el desafío de ordenar una reparación que, además de integral, cumpla con una vocación transformadora, de modo que permita corregir el escenario que ha permitido o no ha cuestionado la discriminación contra personas y grupos deter-

minados. La determinación de garantías de no repetición en casos de DESCA, a través de reformas normativas, capacitaciones y/o políticas públicas, representa una esperanza de transformación de la desigualdad que caracteriza a nuestro continente, y una oportunidad para que nuestros Estados demuestren buena fe y auténtico compromiso en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

# LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU AFIRMACIÓN FRENTE A DERIVAS NEUTRALIZADORAS

LUIS JIMENA QUESADA  
*Catedrático de la Universidad de Valencia*

## I. Consideraciones preliminares: la natural e indivisible protección de los derechos sociales

De entrada, me parece pertinente llamar la atención sobre dos cuestiones que atañen al título del panel («La protección de los derechos sociales»): la primera tiene que ver con el acierto terminológico al aludir cabalmente a «derechos sociales», no tomando prestada de la Constitución española de 1978 (CE) la más restrictiva y obsoleta alusión a los «principios rectores de la política social y económica» (capítulo III del título I), ni incurriendo en un préstamo análogo con apoyo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>1</sup>. En cuanto a la segunda cuestión, me congratulo igualmente de la referencia a la «protección», en lugar de acudir a la manida «justiciabilidad» de los derechos sociales (la cual únicamente es una dimensión, subsidiaria, de la más amplia «efectividad», pese a que la temática general del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* sea la «Garantía jurisdiccional de la Constitución».

Los mencionados acierto y congratulación, sin embargo, no me excusan de efectuar una observación o lanzar una alerta. Ciertamente, la efectiva protección de los derechos sociales constituye una temática necesaria que aprecio, de debate y de combate, pero cuya inclusión en el programa me genera cierta desazón, por cuanto ello supone en alguna medida una anomalía sobre la consideración y el alcance (en la teoría y en la praxis) de los derechos sociales:

— ¿Acaso se nos ocurriría haber incorporado una mesa sobre «La protección de los derechos civiles y políticos?»;

---

<sup>1</sup> Particularmente, última frase del Preámbulo y texto articulado (arts. 51 y 52.5).

- ¿pensamos, a la luz de la crisis globales y continentales más recientes (económica y financiera a finales de 2008, de personas refugiadas en Europa desde 2015, pandémica desde comienzos de 2020...), que los derechos civiles y políticos ya conforman un acervo indiscutible?;
- ¿hemos reparado en que, con objeto de atajar o paliar los efectos de dichas crisis, se han llegado a utilizar los resortes constitucionales de emergencia para garantizar derechos socio-económicos, al tiempo que se restringían o suspendían derechos cívico-políticos, en una suerte de «indivisibilidad negativa»?

Naturalmente, proteger los derechos sociales significa hacerlos efectivos y, con tal espíritu, me parece preferible hablar de efectividad en lugar de justiciabilidad. Pues, si nos referimos a la protección de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos, esa protección ha de procurarse por todos los poderes públicos (como, por ejemplo, manda el art. 9.1 CE), y no solamente por los órganos jurisdiccionales, ya sea de la Jurisdicción Ordinaria, ya sea de la Jurisdicción Constitucional (en el supuesto de estar ambas escindidas organizativamente). Es más, la efectividad cotidiana de los derechos sociales, lo mismo que sucede con todos los demás derechos, se asegura corrientemente mediante la actividad legislativa y la acción gubernamental y administrativa (con soporte en las correspondientes políticas públicas y a todos los niveles territoriales), siendo subsidiaria la intervención de los órganos jurisdiccionales ordinarios (y más subsidiaria, si cabe, la actuación de la Jurisdicción Constitucional y, eventualmente, de las instancias judiciales internacionales). Esa subsidiariedad no es obstáculo para considerar que las vías judiciales constituyen el último remedio para garantizar las condiciones de vida dignas iguales para toda la ciudadanía a las que atienden los derechos sociales<sup>2</sup>.

Por otra parte, la sujeción o vinculación de todos los poderes públicos lo es (retomando nuevamente el art. 9.1 CE) a la Constitución y «al resto del ordenamiento jurídico». Lo cual, dicho sea de paso, posee un doble significado nada desdeñable: de un lado, que las normas internacionales integran ese «resto del ordenamiento jurídico», una integración que, en el caso español (y, de manera similar, en otros ordenamientos nacionales) se ve aderezada por un mandato constitucional interpretativo de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2) y otro aplicativo que, lógicamente, interioriza los principios de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (arts. 93 a 96 CE) y, de otro lado, que el respeto de esas otras normas del «resto del ordenamiento jurídico» comporta, en último término, respetar y dotar de vigencia

---

<sup>2</sup> Tamer, S.V., *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2018, pp. 140-141.

a la misma Constitución, sin perjuicio de ubicarse o no formalmente en el denominado bloque de la constitucionalidad.

Por lo demás, la natural e indivisible protección de los derechos sociales no es susceptible de cifrarse solamente en términos negativos (la referida «indivisibilidad negativa»), sino asimismo en clave positiva. Y, a tal efecto, ni siquiera era necesario que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmara en su famosa Sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre 1979 que los derechos básicamente cívico-políticos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) tienen implicaciones o prolongaciones de orden social y económico o que, correlativamente, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) haya constatado (por ejemplo, en la decisión de 30 de marzo de 2009 sobre la reclamación núm. 45/2007, *INTERIGHTS c. Croacia*) que los derechos fundamentalmente socio-económicos reconocidos en la Carta Social Europea (CSE) posean implicaciones o prolongaciones de índole civil y política.

En efecto, al margen de esas pinceladas jurisprudenciales, resultaba inevitable constatar las convergencias textuales entre el CEDH y la CSE y, como consecuencia, los insoslayables entrecruzamientos entre las interpretaciones del TEDH y del CEDS<sup>3</sup>. Por ello mismo, disociar las amplias implicaciones o prolongaciones (sociales, económicas, civiles, políticas, ambientales, culturales) de derechos con clara naturaleza mixta, se manifiesta en un ejercicio con dosis de cinismo y de irreflexivo sesgo académico-ideológico. Por descontado, esas posturas «clásicas» siguen ancladas en la histórica elaboración dicotómica *contra natura* de los instrumentos vinculantes que sucedieron a la Declaración Universal de 1948, tanto en el ámbito del Consejo de Europa (CEDH de 1950 y CSE de 1961 con diversas instancias de control), de la propia ONU (los dos Pactos de 1966 con diferentes instancias y mecanismos de garantía) y, más recientemente, en la propia UE (con la Carta de los Derechos Fundamentales).

El reseñado sesgo, como es conocido, se basa en argumentos ya ampliamente superados, como el supuesto coste exclusivo de los derechos sociales (y el riesgo de parasitismo social) o la pretendida alergia de tales derechos a su justiciabilidad; como si los derechos civiles y políticos carecieran de repercusión económica (o fueran extraños a la corrupción política) o no tuvieran problemas de eficacia judicial. Una sencilla ilustración de ello nos la suministra el informe anual del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH, en donde se refleja el montante de las condenas indemnizatorias derivadas de la implementación del CEDH, así como la demora, incerti-

---

<sup>3</sup> *Vid.* Chatton, G.T., «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 271-310.

dumbre o improbabilidad en cuanto a la efectiva ejecución de bastantes pronunciamientos de la Corte de Estrasburgo<sup>4</sup>.

## II. Claves para una garantía jurisdiccional de los derechos sociales acorde con los mandatos constitucionales

### 1. LO QUE CABE CRITICAR

Enlazando con lo expuesto, conviene reiterar una obvia afirmación ya avanzada y que es una primera clave de inexorable interiorización, a saber, la garantía jurisdiccional primordial constitucionalmente prevista de los derechos sociales corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuya tarea es a su vez subsidiaria de la encomendada a los demás poderes públicos en los diversos niveles territoriales. A todos los poderes, jurisdiccionales y no, corresponde hacer realidad el progreso consustancial al Estado social<sup>5</sup>.

Por supuesto, la propia Corte Constitucional está sujeta a los mandatos constitucionales relativos a los derechos sociales en el ejercicio de sus competencias, ya se trate de remedios procesales activados en conflictos *inter partes* de modo directo tras el agotamiento de las instancias judiciales ordinarias (recurso de amparo) o de manera indirecta con proyección más general (cuestión de inconstitucionalidad), ya se trate de recursos relacionados con un control abstracto y presenten una dimensión objetiva (recurso de inconstitucionalidad, conflicto de competencias estatal-regionales, defensa de la autonomía local, etc.)<sup>6</sup>. Evidentemente, todas esas competencias se articulan ante los órganos ordinarios del Poder Judicial y ante el Tribunal Constitucional (TC) como garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales sociales.

No resulta de recibo, por el contrario, asimilar dicha garantía jurisdiccional a una noción estricta de justiciabilidad social consistente en la invocación y defensa de un derecho subjetivo (cuya efectividad primigenia debe estar favorecida, como se anticipó, por una legislación clara y previsible que desarrolle su contenido básico y regule sus condiciones de ejercicio, así como por una acción guber-

<sup>4</sup> Véase el último informe publicado (14º), correspondiente a 2020, en: <https://edoc.coe.int/fit/convention-europenne-des-droits-de-l-homme/9721-surveillance-de-l-execution-des-arrets-et-decision-de-la-cour-europenne-des-droits-de-l-homme-2020-14e-rapport-annuel-du-comite-des-ministres.html>.

<sup>5</sup> La cláusula de progreso social, en el caso de España, se recoge en el art. 9.2 CE (inspirado, a su vez, en el art. 3.2 de la Constitución italiana).

<sup>6</sup> *Vid.* Biglino Campos, P., «Principios rectores, Legislador y Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, p. 53.



namental y administrativa acorde con dicha legalidad). En otras palabras, los grados de justiciabilidad admiten intensidades o modalidades protectoras diversas, por ejemplo:

- Unas veces para hacer valer *en positivo* el derecho subjetivo (denegación arbitraria por parte de la Administración del derecho previsto en la legislación sobre dependencia<sup>7</sup>, o del ingreso mínimo vital previsto asimismo en su ley reguladora<sup>8</sup>, pese a cumplir con todos los requisitos exigidos);
- otras veces para, una vez reconocido tal derecho subjetivo, no sufrir consecuencias *negativas* por ello, a través de una *vía reactiva* sustentada en una interpretación constitucional adecuada (recurso frente a un procedimiento de expulsión al que se somete a una persona extranjera que disfruta de una renta mínima de inserción reconocida por una autoridad regional —pongamos por caso, 350€/mes— y, pese a ello, es considerada como insuficiente por la autoridad estatal a efectos de recursos económicos para permanecer en territorio nacional —verbigracia, la normativa estatal exige 500€/mes-; dicha expulsión, al margen de incumplir el mandato constitucional de coordinación y colaboración entre administraciones públicas, se apartaría asimismo del mandato de suficiencia económica de las prestaciones sociales impuesto por el art. 41 CE);
- en ocasiones, en fin, para validar las obligaciones positivas de los poderes públicos en la defensa de los derechos sociales (confirmación de la sanción impuesta tras la actuación de la Inspección de Trabajo tendente a respetar la normativa sobre salud laboral) o, diversamente, para reprochar la omisión de las autoridades que han permitido el incumplimiento de la normativa ambiental (responsabilidad patrimonial derivada de las pérdidas sufridas por una empresa que respeta dicha normativa frente a otras empresas que se lucran de forma desleal al beneficiarse de la inobservancia de esos parámetros ambientales).

Lo recién esgrimido e ilustrado, que no parece haber tenido todavía mucho eco en la doctrina constitucionalista en España, da pie para acercarse a otra de las claves para una garantía jurisdiccional de los derechos sociales acorde con los mandatos constitucionales, la cual consiste en superar dos efectos distorsionadores derivados de la redacción consensual de la Carta Magna de 1978; una redacción que, pese a los enormes frutos aportados a la consolidación de la democracia española, no es

---

<sup>7</sup> Art. 1.1. de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>8</sup> Art. 2.1. de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

coherente con la natural e indivisible protección de los derechos sociales, con las propias cláusulas constitucionales de apertura hacia los estándares internacionales sobre derechos sociales y, en suma, con las actuales tendencias de internacionalización del Derecho constitucional y correlativa constitucionalización del Derecho internacional. Pues bien, esos dos efectos distorsionadores, que han resultado nocivos para la protección de los derechos sociales, son los siguientes:

- El primero es el proyectado por el art. 53.3 CE<sup>9</sup>, en donde lo más relevante es su primera frase cuando manda que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero [de los derechos sociales] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»; esta primera frase, sin lugar a dudas, conmina a todos los poderes públicos a dotar de efectividad a los derechos sociales, por lo que hubiera bastado con decir que «informarán la actuación de los poderes públicos», lo que lógicamente incluye al legislador (al adoptar la «legislación positiva») y a los órganos jurisdiccionales (en su «práctica judicial»), pudiendo si acaso salvarse esa redundancia equiparando «poderes públicos» a órganos «ejecutivos» (gubernamentales y administrativos).

Al contrario, la segunda frase del mencionado art. 53.3 («sólo podrán ser alegados [los principios rectores: *rectius*, los derechos sociales] ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»), en el momento actual puede considerarse desacertada y en buena medida obsoleta, por cuanto: por una parte, acoge una concepción restrictiva o restringida de la justiciabilidad, la reseñada consistente en hacer valer *en positivo* un derecho subjetivo, prescindiendo de los otras intensidades o modalidades protectoras de los derechos sociales (*supra*); por otra parte, no puede sostenerse que los derechos civiles y políticos sean siempre y en todo caso justiciables o alegables como derechos subjetivos sin ley de desarrollo; y, por lo demás, prácticamente todos los derechos constitucionales sociales ya han sido desarrollados mediante la correspondiente ley, de manera que la legislación de desarrollo se sigue sucediendo (tanto para los derechos civiles-políticos, como para los derechos socio-económicos) como ineluctable dinámica de adaptación de la norma a las nuevas necesidades y realidades.

---

<sup>9</sup> Cf. Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012. Suscribo plenamente las sólidas tesis del citado autor (cap. I: «Introducción»), quien entiende que se ha efectuado una lectura recurrente y apresurada del art. 53.3, arguyendo con toda solvencia que «cabe una interpretación del precepto que no impide considerar como fundamentales los derechos sociales del capítulo III del título I» (nota 15, p. 68).

— El segundo efecto distorsionador anunciado viene provocado por la excesiva atención (*sic*: obsesión) doctrinal prestada en España al bloque formalmente susceptible del recurso de amparo (art. 53.2 CE) en detrimento de los derechos excluidos de dicho bloque (señaladamente, los derechos sociales). Es más, se ha preferido enfatizar el uso del remedio subsidiario que es el recurso de amparo y preterir la dinamización de la protección jurisdiccional ordinaria. Me explico: se ha puesto un inequitativo empeño en reflexionar sobre proteger aisladamente derechos sociales por la vía del amparo constitucional a través de la conexión con derechos amparables (lo mismo que ha sucedido con la demanda individual ante el TEDH), así como sobre reformar la Constitución para tal vez ubicar los derechos sociales entre los «agraciados» por el recurso de amparo. Pero tanto lo uno como lo otro, no obstante constituir respetables ejercicios de reflexión académica o intelectual (y, seguramente, de deseable factibilidad), se me antojan mal encaminados para dar respuesta a los legítimos anhelos de la ciudadanía de recabar la protección cotidiana real y efectiva de los derechos sociales: lo primero porque el recurso de amparo es precisamente subsidiario, y lo segundo porque su viabilidad es excepcional y casi ilusoria (por la elevadísima tasa de inadmisión).

Recapitulando: el énfasis, empecinamiento o apego actuales a los criticados efectos distorsionadores se erigen en pretendidas derivas neutralizadoras de la afirmación y efectiva protección de los derechos sociales.

## 2. LO QUE CABE ESPERAR

Ante lo acabado de criticar, ¿qué cabe esperar entonces de la garantía jurisdiccional —ordinaria y constitucional— de los derechos sociales?

En lo que atañe a la jurisdicción ordinaria, incluso con la restrictiva o restringida redacción del art. 53.3 CE (reforzada por el mandato interpretativo del art. 10.2 CE), tiene que interpretar y aplicar los derechos constitucionales sociales y la legislación de desarrollo en el sentido más favorable, de conformidad con el principio *favor libertatis* o *pro personae* asumiendo esos cánones más óptimos establecidos por la jurisprudencia constitucional o internacional.

En lo que concierne a la jurisdicción constitucional, en virtud del mismo mandato del art. 10.2 (por el que está compelida la propia Corte Constitucional), debe interpretar asimismo los derechos constitucionales sociales de conformidad con los parámetros internacionales asumidos por España y, al tiempo, no poner trabas a que la jurisdicción ordinaria sea coherente con esos mismos parámetros.

Teniendo en mente estas claves, impuestas por mandato constitucional, sobre la esperable y deseable actitud de las jurisdicciones ordinaria y constitucional, ¿cuál ha sido la experiencia más reciente en España acerca de la efectiva protección de los derechos sociales?

En este sentido, el TC, que ha frugado una jurisprudencia social nada desdeñable en el ejercicio de sus competencias y pese a la redacción alicorta del reiterado art. 53.3<sup>10</sup>, ha mostrado no obstante una postura vacilante en cuanto a la asunción de los estándares internacionales sociales. Esto último, ¿en qué medida? En particular, con apuntes que han generado perplejidad, ya sea inspirándose en *soft-law* de la OIT<sup>11</sup>, ya sea rehusando basarse en normas internacionales vinculantes (con gran agravio para el tratado europeo de derechos sociales por excelencia —la CSE— y descortesía hacia su instancia máxima de control —el CEDS—<sup>12</sup>).

Por su lado, las jurisdicciones ordinarias, sobre todo del orden social, sí que han acreditado tener asumido e interiorizado su papel cotidiano como garantía jurisdiccional *prima facie* de los derechos constitucionales sociales, e incluso algunas de ellas han ejercido excepcionalmente con determinación el control de convencionalidad<sup>13</sup>, incluso antes de que el TC español lo consagrara (mediante STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6, que ineludiblemente debe abrir nuevas perspectivas para la salvaguardia de los derechos sociales<sup>14</sup>), con lógica prevalencia del estándar internacional sobre el canon de constitucionalidad cuando este segundo ha sido más restrictivo. En la cúspide de la jurisdicción ordinaria, controvertidamente, el Tribunal Supremo —TS— (Sala de lo Social) no solamente ha hecho gala de una postura asimismo reacia hacia la CSE y la jurisprudencia del CEDS en la vía de casación con un enfoque formalista y restrictivo desconectado del mandato del art. 10.2 CE (desde su Auto de 4 de noviembre de 2015, FJ 3º) en cuanto a la no idoneidad de las decisiones del CEDS a los efectos del art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>15</sup>, sino que sigue poniendo reparos a la CSE

<sup>10</sup> Vid. Díaz Crego, M., «El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales», en: *Lex Social*, núm. 1, 2012, pp. 5-30.

<sup>11</sup> Declaraciones (por ejemplo, STC 41/2002, de 25 de febrero) o Recomendaciones de la OIT (verbigracia, ya la STC 38/1981, de 23 de noviembre).

<sup>12</sup> Vid. Arenas Ramiro, M., «La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», en: *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 261-291.

<sup>13</sup> Vid. González de la Rivera i Serra, X., «Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales», en Fargas Fernández, J. (coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens Editorial, Barcelona, 2016, pp. 85-120, y Salcedo Beltrán, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, pp. 27-52.

<sup>14</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en: *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2020, pp. 1-9.

<sup>15</sup> Postura que se ha venido reiterando por la Sección 1ª de Sala de lo Social del TS: por ejemplo, Auto de 10 de enero de 2019 (recurso núm. 765/2018), o Auto de 7 de mayo de 2019 (recurso núm. 3085/2018).

y levantando obstáculos a la operatividad del control de convencionalidad por parte de las jurisdicciones ordinarias de instancia<sup>16</sup>.

El caso es que, tras la STC 140/2018, una parte de la doctrina española (no solamente constitucionalista, sino asimismo administrativista y laboralista, sin descuidar la comunitarista-europeísta) sigue curiosamente empeñada en combatir o restar legitimidad al control de convencionalidad difuso. El argumento *estrella* es el peligro para la seguridad jurídica, aderezado con el pretendido discernimiento entre el más previsible ordenamiento de la UE frente al supuestamente más imprevisible Derecho convencional general. Con relación a ello, además de incidirse en la distinta base habilitante constitucional en España (arts. 93 y 94 CE), se arguye que la UE contaría (a diferencia de las otras organizaciones e instrumentos internacionales) con un intérprete supremo (el TJUE) y con un mecanismo *sui generis* (la cuestión prejudicial) que favorecería decisiones uniformes a partir de las dudas interpretativas de los órganos judiciales nacionales<sup>17</sup>.

A mi modo de ver, dichas razones tendentes a singularizar la UE no deslegitiman en absoluto el control de convencionalidad y, al revés, refuerzan su aval constitucional e internacional. Lo razono. En cuanto a la diversa base constitucional «ascendente» para la asunción de tratados internacionales (arts. 93 y 94 CE) para argumentar en contra del control de convencionalidad, ello supone desconocer que ese control tiene un carácter «descendente» en fase aplicativa nacional cuya base común (para la efectividad de los estándares internacionales —incluidos los de la UE-) es el art. 96 CE; por lo demás, dicho sea de paso, el art. 93 no es privativo ni exclusivo para la asunción de tratados de la UE, puesto que ha sido igualmente base habilitante (en lugar del art. 94) para la incorporación de estándares convencionales generales como el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>18</sup>. Con respecto a la existencia de un «intérprete supremo» del ordenamiento de la UE, el argumento no es más convincente, puesto que los demás instrumentos internacionales susceptibles de proyectar el control de convencionalidad (sobre todo, en el ámbito de los derechos humanos en el que preferentemente nos movemos) han instaurado también sus instancias máximas de garantía de naturaleza judicial u otra (piénsese en la Corte IDH o en el TEDH, que no son menos intérpretes supremos en sus respectivos ámbitos que el TJUE).

En lo concerniente al mecanismo de prejudicialidad ante el TUE, el argumento es doblemente rebatible, no únicamente porque esa jurisdicción consultiva no es

---

<sup>16</sup> Esa actitud se comprueba en la reciente Sentencia del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 268/2022 de 28 de marzo de 2022 (recurso núm. 471/2020), FJ 9 (en el que se aborda la «incidencia de la Carta Social Europea»).

<sup>17</sup> Alonso García, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, p. 37.

<sup>18</sup> Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

desconocida en el sistema interamericano o en el seno del TEDH (pese a la diversa configuración en estos dos últimos casos con respecto a la UE), sino asimismo porque la praxis de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE no evita la incertidumbre de su planteamiento discrecional por parte de los órganos jurisdiccionales o equiparables legitimados (discrecionalidad eventualmente corregida por el TC en España o subsidiariamente por el TEDH)<sup>19</sup> ni, incluso, la incertidumbre de la ejecución doméstica de las sentencias prejudiciales dictadas por el TJUE<sup>20</sup>.

El otro argumento básico que se baraja desde la *resistencia* hacia el control de convencionalidad difuso en España radica en la supuesta falta de legitimidad democrática en la propia operación controladora<sup>21</sup> o, incluso, en atribuir ese déficit democrático a quienes encarnan el Poder Judicial por la sencilla razón de no derivar esa legitimidad de la concurrencia a las urnas en un proceso electoral<sup>22</sup>. Ambas lecturas y dimensiones de la legitimidad democrática no resisten la menor crítica al incidir en la «ya cansina objeción contramayoritaria»<sup>23</sup> y, por tanto, no hacen paradójicamente sino reforzar y consolidar la teoría del control de convencionalidad.

Cabe agregar que otra de las claves encaminada a consolidar la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales sociales pasa, justamente, por esperar que las jurisdicciones ordinarias rectifiquen esa actitud restrictiva en relación con la corriente y natural asunción de los estándares internacionales en la materia y con el eventual y excepcional ejercicio del control de convencionalidad. Y, a tal fin, para proceder a dicha rectificación es crucial una mejor formación y conocimiento de esos estándares internacionales<sup>24</sup> y, al tiempo, una mayor voluntad jurisdic-

<sup>19</sup> Dicha corrección en amparo por parte de la Jurisdicción Constitucional española (por ejemplo, SSTC 37/2019, de 26 de marzo, o 67/2019, de 20 de mayo) o a través del mecanismo de demanda individual ante el TEDH (verbigracia, *SSTEDH Dhabbi c. Italia de 8 de abril de 2014*, o *Sanofi Pasteur c. Francia de 13 de febrero de 2020*) constituye una clara prueba de la inseguridad jurídica que genera el mecanismo de la cuestión prejudicial planteable ante el TJUE, con impacto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

<sup>20</sup> Como ilustración de ello, el caso *De Diego Porras*, que ha precisado de dos sentencias sucesivas (de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, y de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17).

<sup>21</sup> Canosa Usera, R., *El control de convencionalidad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 18.

<sup>22</sup> Goerlich Peset, J.M., «(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?», en: *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 17.

<sup>23</sup> Escobar Roca, G., «Estudio introductorio», en Hernández, A., Guerrero, J.C., y Chávez, J.J. (coords.), *El juez en el constitucionalismo moderno. Algunas reflexiones*, Ed. Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2020, pp. 17-18.

<sup>24</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en: *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 536. Y, en el mismo sentido, Nogueira Alcalá, H., «Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de constitucionalidad», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, p. 345.

cional positiva, tomando en consideración asimismo que la asunción de los referentes internacionales es exigible de oficio en coherencia con el principio *iura novit curia*<sup>25</sup>.

Ahora bien, la praxis judicial española ha mostrado desafortunados y agraviantes ejemplos de desconocimiento de esos estándares internacionales, particularmente en lo que afecta a la CSE y al CEDS: ya sea extrayendo consecuencias sesgadas del sistema de ratificación «a la carta» para descartar la aplicación de disposiciones aceptadas<sup>26</sup>; ya sea errando en la misma denominación de las resoluciones adoptadas por el CEDS en el marco del sistema de informes<sup>27</sup> (que, quede claro, no son «informes», sino «conclusiones» de conformidad, no conformidad o diferidas) con la consecuencia (pretendida o no) de sopesar una posible inclinación hacia el *soft-law*.

En la misma línea, semejante déficit de conocimiento (o, quizás, falta de voluntad jurisdiccional positiva) ha propiciado que, en lugar de asumir directamente un estándar más favorable claramente establecido, algunos órganos jurisdiccionales susciten dudas aventurándose a recabar un incierto y más desfavorable canon supranacional. Una ilustración viene suministrada por la Sentencia del TJUE de 15 de enero de 2014 (*Association de médiation sociale, AMS*, asunto C-176/2012), que tiene su origen en una cuestión prejudicial formulada ante la Corte de Luxemburgo por la Corte de Casación francesa a propósito del alcance de la normativa de la UE (la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002 y el art. 27 CDFUE), pese a que ya se contaba con una interpretación en la materia a la luz de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS (más favorable que la alcanzada por el TJUE).

Con tal proceder, el TJUE no sólo se apartaba de la razonable (y, a mi entender, acertada) lectura combinada de dicha Directiva y del art. 27 CDFUE incluida en las Conclusiones del Catedrático de Derecho Constitucional y Abogado General Pedro Cruz Villalón<sup>28</sup> sino, asimismo, del efecto útil del equivalente art. 21 de la

---

<sup>25</sup> Carpizo, E., «El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, p. 953.

<sup>26</sup> Sentencia del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2006 (recurso núm. 165/2005), FJ 2.

<sup>27</sup> Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 1268 de 7 de octubre de 2020 (recurso núm. 67/2019), FJ 6º (en donde se refiere a «las ‘recomendaciones’ del Comité Europeo de Derechos Sociales y el Comité de Expertos Independientes encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta»; curiosamente, ni existe esa categoría de las «recomendaciones» adoptadas por el CEDS, ni se entiende que distinga entre el CEDS y el Comité de Expertos Independientes —así se denominaba el CEDS con anterioridad a 1998— como si se tratara de dos órganos diferentes).

<sup>28</sup> Apartados 97 y 98 de las Conclusiones de Pedro Cruz Villalón.

CSE revisada de 1996 (ratificada por Francia) en la interpretación ya sentada anteriormente por el CEDS y que volvió a reiterar con respecto a Francia tras la Sentencia del TJUE<sup>29</sup>. Es decir, el controvertido planteamiento de la consulta por la jurisdicción doméstica ante el TJUE hizo aflorar «dos verdades sociales europeas» divergentes, propiciadas asimismo por la propia actitud de la Corte de Luxemburgo de no estar abierta a las sinergias con la CSE y con el CEDS a pesar del reenvío al estándar más favorable que se desprende de los arts. 52.3 y 53 CDFUE.

Desde luego, ese déficit de conocimiento y esas actitudes discutibles al afrontar el alcance de la CSE y el valor jurídico de las resoluciones del CEDS no se circunscriben al campo judicial<sup>30</sup>. ¿Acaso sería difícil encontrar, en el ámbito académico, ejemplos de minusvaloración de dichos estándares sociales del Consejo de Europa, ya sea directamente omitiéndolos en la enseñanza sobre derechos y libertades, ya sea inscribiéndolos erróneamente en el seno de la UE, ya sea comparándolos *a la baja* con respecto a esos estándares de la UE? Ni que decir tiene que una respuesta razonable a esta pregunta (retórica) pasa por superar posturas ancladas en viejas concepciones acerca de los sistemas de fuentes (con desdén hacia las normas internacionales), de derechos y libertades (con reticencia hacia los derechos sociales) y de órganos (con desconfianza hacia las instancias internacionales).

### III. Reflexiones finales: autoafirmación protectora de los derechos sociales frente al riesgo de su neutralización

Llegados a este punto, la presente contribución pretende reafirmar que la protección de los derechos sociales no adolece de ningún tipo de alergia a su garantía jurisdiccional y a su natural e indivisible efectividad en igualdad de condiciones que todos los demás derechos humanos o derechos fundamentales. Con tal filosofía, deben entenderse superados los efectos distorsionadores de la redacción de normas constitucionales e internacionales sobre derechos sociales que, tributarias de su tiempo y de los avatares de la negociación constituyente y política, ya no son acordes con la indivisibilidad de los derechos y de sus garantías y, en último término, con el respeto de la dignidad humana<sup>31</sup>.

Esto aconteció en la elaboración de la Constitución española de 1978 al configurar restrictivamente los derechos sociales y la vía del amparo constitucional. Lo

<sup>29</sup> Conclusiones del CEDS publicadas en enero de 2015 (art. 21 CSE revisada).

<sup>30</sup> Vid. Jiménez García, F., «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, pp. 79-124.

<sup>31</sup> Escobar Roca, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 62-64.



mismo había sucedido a escala internacional en el sistema universal (con los dos Pactos de 1966 y sus Protocolos respectivos al demorar la instauración del mecanismo de petición individual para los DESC) y en los regionales (sobre todo, en el europeo postergando la adopción de la CSE de 1961 —con respecto al CEDH de 1950—, o en el interamericano retrasando la adopción del Protocolo de San Salvador de 1988 —con relación a la CADH de 1969—) sobre derechos humanos al escindir los derechos cívico-políticos de los socio-económicos (a contracorriente de la Declaración Universal de 1948).

Sobre el particular, es menester resaltar (siguiendo con los mismos términos de comparación) que el ordenamiento constitucional (español) ha sido menos flexible que la normativa internacional a la hora de adaptarse a las contemporáneas tendencias de internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional, especialmente en la estela de la «integralidad maximizadora» del sistema global de derechos humanos<sup>32</sup>. Así, en el sistema universal se reforzó la garantía de los derechos del Pacto DESC con la introducción del derecho de comunicación individual mediante el Protocolo de 2008, mientras en el sistema europeo ya se había potenciado la garantía de los derechos de la CSE con el establecimiento del procedimiento de reclamaciones colectivas a través del Protocolo de 1995.

Ambos procedimientos han sido asumidos en España<sup>33</sup> y, por consiguiente, bajo el prisma de la efectiva protección de los derechos constitucionales sociales, están llamados a surtir un doble impacto positivo: el primero consiste, al margen de la situación jurídica individualizada o colectiva de las personas directamente implicadas en cada procedimiento, en dotar de más sustento a las diversas modalidades e intensidades de la garantía jurisdiccional doméstica (ordinaria y constitucional) de los derechos sociales en supuestos análogos; el segundo estriba en dinamizar el litigio estratégico y conferir más protagonismo a las organizaciones de la sociedad civil, tanto para apoyar la formulación de peticiones individuales ante el Comité DESC, como para presentar directamente reclamaciones colectivas

---

<sup>32</sup> Bidart Campos, G., «La interpretación del sistema de derechos humanos», en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994, pp. 29-31.

<sup>33</sup> España fue, de hecho, de los primeros países europeos en ratificar ese Protocolo de 2008 al Pacto DESC (BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2013); en cambio, ha sido de los más retrógrados al ratificar la CSE revisada de 1996 y, con ella, el procedimiento de reclamaciones colectivas (con vigencia desde el 1 de julio de 2021 —BOE núm. 139 de 11 de junio de 2021—, en contraste con nuestros países vecinos Francia, Italia o Portugal, que ratificaron la CSE revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas —en 1999, 1997 y 1998, respectivamente—). *Un interesante análisis acerca del impacto positivo en España de dichos vectores de la «Constitución Social de Europa»* en Salcedo Beltrán, C., «La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: fortalecimiento de los derechos sociales y sus garantías», en: *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 36, 2021, pp. 65-84.

(al ostentar la legitimación activa) ante el CEDS (o comparecer ante él a título de *amici curiae*)<sup>34</sup>.

En comparación con ello, una reforma constitucional en España para reforzar la protección de los derechos sociales no ha tenido éxito hasta la fecha<sup>35</sup>. Como dato curioso, de las dos reformas de la Carta Magna española de 1978 (en 1992 del art. 13.2 para reconocer el derecho de sufragio pasivo de personas extranjeras en elecciones municipales y, en 2011, del art. 135 para consagrar la regla de oro del equilibrio presupuestario), la segunda de ellas se perfiló paradójicamente como neutralizadora de la garantía de los derechos sociales<sup>36</sup>. Una deriva neutralizadora que venía impulsada desde la UE con la adopción de medidas anticrisis de austeridad basadas igualmente en el «método Troika» mediante el que se ignoraba la participación del Parlamento Europeo y se hurtaba la competencia de control al TJUE<sup>37</sup>.

En cualquier caso, esas maniobras de neutralización de los derechos sociales en el seno de la UE han venido de la mano de la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (con jurisprudencia socio-laboral relevante en la interpretación del Derecho secundario —Directivas antidiscriminatorias, etc.—, pero con interpretación restrictiva en cuanto a los derechos sociales reconocidos en la CD-FUE), así como de la actividad normativa de *soft-law* desplegada por las demás instituciones principales de la UE (con la proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales como fuente inspiradora no vinculante que reconforta a las autoridades nacionales al ocuparse de los derechos sociales<sup>38</sup>).

<sup>34</sup> Como bien ha destacado Bazán, V., «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Décimo Año, tomo I, Edición 2004, p. 277: el instituto del *amicus curiae* puede constituir una herramienta válida en asuntos (como sucede en las reclamaciones colectivas ante el CEDS) «en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas».

<sup>35</sup> Las propuestas más sólidas en tal sentido han sido elaboradas por Agudo Zamora, M., *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social. De la ordenación contingente a la organización consciente del bienestar*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2016.

<sup>36</sup> Como contrapeso, se ha propuesto definir la *sostenibilidad social* como límite al déficit y, a tal efecto, cabe entender «que se perjudica considerablemente la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales»: así, Ponce Solé, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2017, p. 88.

<sup>37</sup> Jimena Quesada, L., *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 105-108.

<sup>38</sup> Así, en el Preámbulo de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital se cita como fuente inspiradora el principio 14 de dicho Pilar Europeo, omitiendo cualquier referencia a la disposición básica y vinculante (art. 13) de la CSE. Para un encuadre multinivel (internacional, estatal y autonómico) de este derecho y sus antecedentes en el marco constitucional español, *vid.*, Carmona Cuenca, E., «El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978», *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, núm. 172, 2012, pp. 7-29.

En consecuencia, para afirmar la efectiva garantía jurisdiccional de los derechos sociales en el ámbito doméstico frente a maniobras neutralizadoras, es necesario conocer la potencial posición reacia o comedida de las jurisdicciones nacionales, así como la eventual postura circunspecta o restrictiva de las jurisdicciones internacionales. Tanto en un supuesto como en el otro, tampoco cabe olvidar que la garantía jurisdiccional de los derechos sociales es subsidiaria con relación a las demás autoridades públicas, una subsidiariedad que se acrecienta en el caso de las jurisdicciones constitucionales y de las jurisdicciones internacionales (una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos viene dada, como elemento de interés compensatorio de dicha subsidiariedad, por el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS).

Por último, en el reseñado escenario europeo de tutela multinivel de los derechos sociales (con sus luces y sus sombras)<sup>39</sup>, la eventualidad de estándares concurrentes y, a lo peor, divergentes, debe acometerse tomando en consideración el principio *pro personae*, que debe ser concebido sin recelo por parte de las instancias (nacionales o internacionales) que tengan un parámetro más restrictivo. En tal dirección, no deben tenerse en cuenta únicamente las sinergias en el seno del sistema europeo (con toma en consideración de los cánones nacionales y de los universales), sino igualmente en relación con las aportaciones evolutivas de otros sistemas regionales (con énfasis, obviamente, en el sistema interamericano)<sup>40</sup>. Al hilo de ello, en fin, para poner en práctica el canon más favorable, tienen que verificarse, cuando menos, dos condiciones: una, que sea conocido (por tanto, formación y capacitación); y otra, que se quiera aplicar. Los derechos (también los sociales) valen tanto como las garantías, y éstas tanto como la voluntad (también jurisdiccional) de ponerlas en práctica.

## Referencias bibliográficas

AGUDO ZAMORA, M., *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social. De la ordenación contingente a la organización consciente del bienestar*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2016.

---

<sup>39</sup> Carmona Contreras, A., «La afirmación de derechos en el espacio social europeo: luces y sombras de un proceso (todavía) en construcción», en: Masala, P. (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, CEPC, Madrid, 2018, pp. 53-79.

<sup>40</sup> Entre otras contribuciones de Derecho internacional comparado de los derechos sociales, *vid.* Bazán, V. y Jimena Quesada, L., *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Astrea, Buenos Aires, 2014; o Leao, R.Z.R., *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editoria, Porto Alegre, 2009. Y no centra solamente en los derechos sociales e incorporando también al análisis el sistema africano, Burgorgue-Larsen, L., *Les trois Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, París, 2020.

- ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, p. 13-51.
- ARENAS RAMIRO, M., «La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», en: *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 261-291.
- BAZÁN, V. y JIMENA QUESADA, L., *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- BAZÁN, V., «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Décimo Año, tomo I, Edición 2004, pp. 251-280.
- BIDART CAMPOS, G., «La interpretación del sistema de derechos humanos», en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994, pp. 11-46.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, Legislador y Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.
- BURGORGUE-LARSEN, L., *Les trois Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, París, 2020.
- CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- CARMONA CONTRERAS, A., «La afirmación de derechos en el espacio social europeo: luces y sombras de un proceso (todavía) en construcción», en: Masala, P. (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, CEPC, Madrid, 2018, pp. 53-79.
- CARMONA CUENCA, E., «El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978», *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, núm. 172, 2012, pp. 7-29.
- CARPIZO, E., «El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, pp. 939-971.
- CHATTON, G.T., «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 271-310.
- DÍAZ CREGO, M., «El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales», en: *Lex Social*, núm. 1, 2012, pp. 5-30.
- ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

- «Estudio introductorio», en Hernández, A., Guerrero, J.C., y Chávez, J.J. (coords.), *El juez en el constitucionalismo moderno. Algunas reflexiones*, Ed. Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2020, pp. 9-17.
- FERRER MAC-GREGOR, E., «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en: *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622.
- GOERLICH PESET, J. M., «(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?», en: *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4-17.
- GONZÁLEZ DE LA RIVERA I SERRA, X., «Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales», en Fargas Fernández, J. (coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens Editorial, Barcelona, 2016, pp. 85-120.
- JIMENA QUESADA, L., *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, pp. 79-124.
- PONCE SOLÉ, J., «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2017, pp. 67-98.
- LEAO, R. Z. R., *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editoria, Porto Alegre, 2009.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2016, pp. 27-52.
- «La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas: fortalecimiento de los derechos sociales y sus garantías», en: *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 36, 2021, pp. 65-84.
- TAMER, S. V., *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2018, pp. 140-141.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en: *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2020, pp. 1-9.



CAPÍTULO XI  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES  
Y CONFLICTOS COMPETENCIALES ENTRE ÓRGANOS  
Y PODERES DEL ESTADO





## PRESENTACIÓN

EMILIO PAJARES MONTOLÍO

*Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid*

En esta mesa sobre acción de inconstitucionalidad y conflicto de competencias se trataron algunos asuntos capitales para el Derecho Procesal Constitucional, que en realidad surgen en cuanto se plantea la categoría «garantía jurisdiccional de la Constitución» (bajo cuya denominación genérica tuvo lugar el XII Encuentro iberoamericano sobre la disciplina, cuyas actas se recogen en esta obra). Por lo que al control de constitucionalidad por la vía directa se refiere, ligado en buena medida a la formulación y desarrollo del modelo concentrado de jurisdicción constitucional, presupone la impugnación de una norma (con rango de ley, en principio) ante un tribunal especializado, que asume en exclusiva ese control en la medida en que se considera necesario compatibilizarlo con el privilegio jurisdiccional de la ley, indisponible por tanto para los tribunales ordinarios. No hay que olvidar por lo demás que en el nombre de este encuentro también se incluyó una referencia a los respectivos aniversarios de los tribunales constitucionales de Austria y España, ejemplos muy característicos de ese modelo. A partir de este presupuesto, una mínima reflexión sobre su alcance plantea la necesidad de abordar una serie de previsiones procesales que han de adaptarse a las peculiaridades de ese control (y al contexto específico del ordenamiento jurídico y del sistema político en el que se desarrolle esa forma de control).

En una relación no exhaustiva de estos asuntos, se podrían mencionar de entrada los que plantea la presentación de ese recurso o acción, esto es, quién puede recurrir o impugnar, reconociendo esa legitimación a un número más o menos amplio de sujetos, pero que en la lógica del sistema tiende a ser más bien restringido: puede estar limitado a un elenco limitado a ciertos órganos públicos (o a fracciones dentro de ellos) o concebirse de manera más abierta, aunque se vincule a la existencia de algún interés en la materia. Como es bien sabido, esto no

ha sido óbice para hacerlo compatible con alguna forma de control incidental, suscitado por la aplicación en sede judicial de las normas que son objeto de este control, momento en el que surge el cuestionamiento de su constitucionalidad a instancias pues precisamente de un tribunal ordinario, que no debe ser en ningún caso ajeno a estos problemas de vigencia y aplicación de la norma constitucional.

También hay que atender, en relación con esta última consideración, a la dimensión temporal, esto es, al momento en que se abre la posibilidad de impugnar y por tanto se suscita ese control, con una primera gran división entre los sistemas preventivo o represivo (anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma, por simplificar), pero debiendo en uno y otro caso determinar la amplitud de los plazos en los que se prevé se pueda acudir ante el intérprete supremo de la constitución. Su naturaleza problemática viene ligada a que por lo general este es un control muy vinculado, muy cercano al momento de la creación del Derecho, esto es, al debate —de otro orden— que ha dado lugar a la aprobación de la ley, lo que puede propiciar que ambas controversias, la jurídica y la política, se superpongan, sin distinguir bien entre ambos planos (en la medida en que eso sea posible, por otro lado).

Finalmente, pero todavía en este primer ámbito, un aspecto fundamental de cualquier reflexión sobre este proceso tiene que ser el objeto, esto es, el tipo de norma o acto contra el que cabe plantear ese control: vinculado normalmente al juicio de constitucionalidad de las normas con rango de ley, no es extraño que se amplíe a otras, en principio porque no se considere adecuado que los tribunales ordinarios realicen esa función (tratados, reglamentos parlamentarios...), coincidiendo por lo general en una cierta conexión con la manifestación de la voluntad, si no popular, sí al menos del parlamento.

Una vez planteada la acción o el recurso, un segundo bloque de problemas, aunque no deja de resultar una obviedad señalarlo en un encuentro sobre esta disciplina, tiene un carácter propiamente procesal, acerca de la admisión a trámite de la demanda y las consecuencias, sobre todo de orden suspensivo sobre la eficacia de la norma, que eventualmente pueden tener las decisiones que se adopten en esa fase. En relación con ese efecto hay que recordar una vez más que la lógica del sistema participa de una cierta presunción de legitimidad de la ley, precisamente por su origen parlamentario, lo que en principio no propicia que, durante la tramitación del proceso, la vigencia de la norma impugnada quede en suspenso.

Una vez entablado, asunto crucial es quién puede ser parte en el proceso, sobre todo en la idea de que, para mantener las notas propias de la función jurisdiccional y por tanto el carácter contencioso del proceso, hay que sostener ante el tribunal la constitucionalidad de la norma impugnada, contestando a los motivos en los que se fundamenta la acción. Trascendente resulta pues determinar quién puede personarse y en qué posición, sin que deje de observarse un cierto paralelismo con lo referido a la legitimación para recurrir: ¿solo órganos públicos? ¿Con-

viene abrirlo a quien pueda alegar un interés, siquiera difuso, en la cuestión controvertida (*amicus curiae*)?

Por último, pero desde luego no en último lugar, hay que plantearse todo lo atinente a la resolución del recurso, ámbito en el que cabría aludir en primer lugar a la posibilidad de integrar, junto al texto constitucional propiamente dicho, alguna o algunas otras normas que, sin tener ese rango, también formen parte del parámetro de constitucionalidad (lo que ha dado lugar a utilizar la expresión *bloque de constitucionalidad*), de modo que su vulneración también generaría ese vicio de inconstitucionalidad: pueden ser normas que completen la distribución territorial del poder, que reconozcan derechos, que formen parte de un ordenamiento supranacional... Y, finalmente, el contenido y el valor de la sentencia en este tipo de procesos, en tanto se acomode a las estrictas características del control abstracto (declaración de nulidad) o se prevea —o se haya abierto por vía jurisprudencial— que contenga pronunciamientos de otro orden, más matizados, con una tipología muy diversa de posibles manifestaciones (como por lo demás se abordó en otra de las mesas de este encuentro, que tuvo precisamente como objeto la sentencia constitucional y convencional: contenido, efectos y ejecución, la mesa 15, cuyas ponencias también se recogen en esta obra).

En cuanto al conflicto competencial, de las dos dimensiones en que se puede plantear, sin duda la más relevante es la que se incardina en el funcionamiento de los Estados compuestos, políticamente descentralizados, en los que no es nada inhabitual que se configure un proceso que permita resolver esas disputas entre el ente central y los periféricos, si bien no aparece, al margen de manifestaciones históricas o precedentes más o menos remotos, tan íntimamente ligada a esa definición (académica si se quiere) del modelo concentrado de justicia constitucional. Por lo demás, hay que tener en cuenta que ese tipo de controversias de orden territorial también puede ser suscitado y resuelto, en su caso, por las vías que permiten el control de constitucionalidad, esto es, si el conflicto lo genera una de las normas contra las que puede interponerse el recurso y en su base se sitúa (lo que es perfectamente lógico en este tipo de ordenamientos) la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias. Se trata de uno de los vicios que permiten fundamentarlo, además de los de carácter formal —de procedimiento— o material —de contenido—, en la medida en que esta distinción más o menos convencional siga siendo operativa (esto es, la acción o recurso puede corresponderse con una controversia competencial de ámbito territorial).

Es cierto que es atribución que no está ligada solo a estos supuestos en los que existe división territorial del poder: los conflictos a resolver también pueden ser los que se entablen entre órganos constitucionales, por ejemplo. En uno y otro caso, estos procesos de base conflictiva pueden plantear, para el órgano que asume la jurisdicción constitucional, la necesidad de pronunciarse sobre normas sin rango

de ley o que ocupen una posición igualmente relevante por su jerarquía normativa o incluso sobre meros actos, en la medida en que se haya considerado oportuno que su resolución, con base en el Derecho, se residencie en esta jurisdicción, como garantía última de la distribución (no solo territorial, en su caso) del poder. Se trataría de una función específica dentro de la más genérica de garantizar la supremacía constitucional, desde un planteamiento que, y esta sería la segunda singularidad que en esta presentación pudiera apuntarse, ha de tener en cuenta que, si esa actuación es susceptible, al menos en un número elevado de ocasiones, de control por la jurisdicción ordinaria, es conveniente introducir mecanismos que permitan articular una cierta coexistencia de ambas jurisdicciones en la resolución de conflictos, configurándose por ejemplo como vía previa el recurso ante los tribunales ordinarios o admitiendo la posibilidad de entablarlo en una u otra (en principio no de manera simultánea).

La manera en la que se resuelvan todos estos problemas, más allá de las circunstancias que han podido llevar a regular estos procesos de un modo concreto en cada ordenamiento (atendiendo a muy diversos factores: las condiciones en las que se haya recibido la idea de supremacía constitucional, la posición del poder judicial y más específicamente de su órgano supremo, la influencia que hayan desplegado ciertas corrientes académicas u otros ordenamientos, los términos en los que se desarrolló el debate, constituyente o legislativo, que dio lugar a la aprobación de las normas que lo regulan...), pone de manifiesto, quizá no tanto que se siga de forma coherente y rigurosa un determinado modelo, pero sí ciertos rasgos del sistema de fuentes y por tanto de la organización del poder: quién puede crear Derecho y quién puede controlar su validez (y suscitar ese control).

En todo caso, en esta mesa no cabía hacer un análisis pormenorizado de todo el elenco de cuestiones antes apuntado (y alguna otra que probablemente podría añadirse), que surge al considerar, siquiera sumariamente, estos procesos. Quienes presentaron las cuatro ponencias que integraron esta mesa optaron más bien, en el marco de algún caso nacional, por centrarse en alguno de estos aspectos. Así, Joaquín Brage realiza un análisis de una de las primeras experiencias (en puridad, la primera en ser instaurada) de ese control concentrado, mediante la introducción de un tribunal constitucional en Checoslovaquia en 1920, el mismo año pero unos pocos meses antes en el que se crea su homólogo austriaco, mucho más presente en los estudios sobre la materia. Sobre unas previsiones que encajan perfectamente en las características de este modelo, la escasa operatividad de este tribunal, ocasionada por diversos motivos ajenos a esta construcción normativa, explica a su juicio que no sea un referente muy tenido en cuenta, ni siquiera cuando se aborda este modelo desde una perspectiva histórica.

Por su parte, Ana Carmona presta atención a la manera en la que incide sobre el control de constitucionalidad la compleja relación entre el ordenamiento espa-

ñol y el europeo, en el marco de un proceso de integración supranacional dinámico, con arquitecturas judiciales que atienden a lógicas no enteramente semejantes (entre otras cosas, por la condición de jueces del Derecho europeo que tienen los tribunales nacionales), poniendo de manifiesto cómo ha evolucionado la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional español como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los diversos ámbitos en los que se ha suscitado esa relación.

Aunque ilustrándolo con numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, el trabajo de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera hace frente a dos temas de hondo calado general sobre la interpretación constitucional y la articulación procesal del control de constitucionalidad, uno ya apuntado en estas líneas (la tipología de las sentencias, sobre todo las llamadas interpretativas y sus diversas manifestaciones: manipulativas, estipulativas, aditivas, reductoras, sustitutivas...), con todas las implicaciones que tiene esta distinción sobre la posición de los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional (y de la propia norma constitucional y legal, por otra parte). La segunda cuestión es la que denomina «déficits deliberativos en la tramitación de una ley», que a su juicio van más allá del planteamiento clásico de los vicios de procedimiento, pues afectan a un elemento esencial de todo sistema democrático: el proceso de formación de la voluntad estatal a través de la deliberación característica de un órgano parlamentario.

Por último, Marcos del Rosario Rodríguez, adentrándose en el segundo de los aspectos llamados a tratar en esta mesa, de orden conflictual, aborda la controversia constitucional existente en México y cómo ha ido configurándose a través de sucesivas reformas constitucionales y legales, para concluir que en la actualidad, al haberse extendido tanto los legitimados para entablarla como su propio objeto, que iría más allá de la garantía de la división de poderes para abarcar también la tutela de los derechos fundamentales afectados por el acto que suscita la controversia, ha adquirido una dimensión (lo que juzga de manera abiertamente favorable) de muy considerable amplitud.

No quisiera concluir esta presentación sin dejar constancia que el mismo elevado nivel de estas cuatro exposiciones se registró también en el debate posterior, al que (y reitero ahora las disculpas que expresé entonces) tuve que poner término un tanto abruptamente en mi función de moderador para que pudiéramos asistir al acto de homenaje a Pablo Pérez Tremps que estaba previsto a continuación: creo que es buen final para esta presentación invitar a leer no solo las cuatro ponencias que integran este capítulo sino también las intervenciones de que quienes tomaron parte en esa mesa homenaje a nuestro querido y añorado Pablo, que se pueden encontrar a continuación.



# EL PRETERIDO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN ABSTRACTA DE CONTROL NORMATIVO EN LA CONSTITUCIÓN CHECOSLOVACA DE 1920

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO  
*Magistrado*

## I. Introducción

Como subraya el subtítulo mismo de este XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en 2020 se cumplieron 100 años de la Constitución Federal austriaca (*Oktoberverfassung*), de 1 de octubre de 2020. Esta Constitución se elaboró sobre la base de un proyecto de Constitución elaborado por Hans Kelsen por encargo del Ejecutivo.

Y es sabido que dicha Constitución instauró un sistema de control de la constitucionalidad que, por su peculiaridad frente al sistema norteamericano o estadounidense, a la postre se conocería como sistema austriaco (o, también, europeo) de control de la constitucionalidad. El sistema austriaco, de alguna forma, es resultado de una racionalización, y adaptación a Europa, del norteamericano, con unas coincidencias y unos contrastes entre uno y otro modelo que son sobradamente conocidos y en los que, por ello, no nos detendremos aquí.

Pero hay otro antecedente menos conocido (en gran medida, preterido) y, sobre todo, menos estudiado (entre nosotros, la excepción, casi aislada, es el ya viejo trabajo del profesor Cruz Villalón), de control de constitucionalidad instaurado en Europa en los años 20 del pasado siglo, que no solo coincidió aproximadamente en el tiempo con el austriaco ya referido, sino que en realidad fue unos meses anterior a aquel: el checoslovaco, cuya Constitución, de 2 de febrero de 1920, en efecto, previó un control constitucional de las normas de tipo abstracto, justamente como el que solo más tarde se instauró en la Constitución austriaca, de octubre de 1920, haciéndola famosa.

En este trabajo trataremos de hacer un bosquejo de dicho sistema checoslovaco de control de constitucionalidad, y sus elementos estructurales más relevantes.

También se apuntarán las razones que se atisban para que la fama se la haya llevado, con más o menos justicia, el sistema de la Constitución austríaca (y en particular, Hans Kelsen, como autor del proyecto de dicha *Lex Legum*) frente al sistema de la Constitución checoslovaca, pese a que esta última se anticipó en más de ocho meses a la austríaca en sus previsiones de un control de constitucionalidad de las normas de tipo concentrado y abstracto, que luego incorporaría la Constitución austríaca, y que rompería así con el único modelo de control judicial de constitucionalidad de las leyes hasta entonces operativo: el norteamericano, como control difuso (y no concentrado) y concreto (y no abstracto).

## II. Integración

El Tribunal constitucional estaba integrado por siete magistrados, siendo elegidos:

- a) tres, por el presidente de la República, bien que la Ley del Tribunal Constitucional matizaría la anterior previsión constitucional en el sentido de que dichos magistrados habrían de ser elegidos de entre tres ternas propuestas, respectivamente, por la Cámara de los Diputados, por el Senado y por la Asamblea Legislativa de la Rusia subcarpática, debiendo ser elegido uno de cada grupo por el Presidente de la República, quien además designaba a uno de los tres para ser presidente del Tribunal Constitucional. Tal regulación en la Ley de desarrollo del Tribunal Constitucional era dudoso que se ajustara a la remisión de la Constitución a dicha ley sólo en cuanto a la elección de los magistrados de procedencia judicial a que a continuación nos referimos.
- b) otros dos magistrados habían de ser elegidos por el Tribunal Supremo (y entre magistrados de dicho Tribunal).
- c) y, por último, otros dos magistrados eran elegidos por —y entre— magistrados del Tribunal Supremo Administrativo.

Además, por cada magistrado se elegía otro miembro suplente del Tribunal para deliberar cuando fuera precisa la sustitución y el procedimiento de elección era el mismo que el de los magistrados titulares.

Tanto los magistrados titulares como los sustitutos habían de ser personas bien versadas en Derecho, además de reunir las condiciones para ser elegibles para el Senado y no ser parlamentarios ni funcionarios. El presidente había de ser uno de los del grupo elegido por el presidente de la República, correspondiendo a este su elección.



La Constitución remitía a una Ley de desarrollo específico del Tribunal Constitucional lo relativo a la elección de los magistrados de dicho Tribunal de entre los jueces del Tribunal Supremo y del Tribunal Supremo Administrativo, el término o duración de su nombramiento, las reglas procedimentales y la definición de su jurisdicción.

El 7 de noviembre de 1921 fueron elegidos Karel Baxa (presidente), Antonín Bílý (vicepresidente), Konstantin Petrovic Macik, Josef Bohuslav, Vaclav Vlasák, Frantisek Vázný y Bedrich Bobek.

### III. Mandato

El periodo por el que eran elegidos los magistrados era de 10 años. El transcurso de dicho plazo del nombramiento de los primeros jueces del Tribunal Constitucional condujo a la inoperatividad del mismo prácticamente hasta la ocupación nazi del país, pues el mandato de los primeros jueces constitucionales elegidos terminó en 1931 y los nuevos magistrados no fueron nombrados hasta 1938, correspondiendo la presidencia a Jaroslav Krejčí.

### IV. Legitimación activa

La capacidad de accionar ante dicho tribunal constitucional correspondía a los siguientes órganos:

- a) El Tribunal Supremo
- b) El Tribunal Supremo administrativo
- c) El Tribunal electoral
- d) La Cámara de Diputados
- e) El Senado
- f) La Asamblea legislativa de la Rusia subcarpática.

No existía ningún tipo de legitimación o acción popular, por tanto.

La decisión de plantear una acción de inconstitucionalidad frente a una ley por alguno de tales legitimados para ello, al tratarse de órganos colegiados, había de hacerse por mayoría.

### V. Procedimiento y plazo

En cuanto al procedimiento, es interesante destacar que se fijaba un tope estricto a su duración en 10 meses; que era un procedimiento oral y público, con

participación de las partes, con preguntas y respuestas, y con la presencia de las asambleas legislativas y del Ejecutivo. Si alguna parte dejaba de enviar un representante a la audiencia, el procedimiento continuaba. La resolución del Tribunal Constitucional se comunicaba por el presidente del Tribunal al Gobierno, y el ministro del Interior estaba obligado a publicarla, sin comentario alguno, en el plazo de 8 días, en el Código oficial de Leyes y Reglamentos, publicación esta que hacía formalmente vinculante ese fallo desde ese momento para el Parlamento, el Ejecutivo, la Administración y los jueces y tribunales. La resolución se publicaba asimismo, con su fundamentación, en el diario oficial.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad eran en principio *ex nunc*, no retroactivos por tanto: una ley que estuviera en contradicción con la Constitución era nula e inválida, pero dejaba de ser vinculante sólo desde que así lo declaraba el único órgano competente para ello, que era el Tribunal Constitucional.

El plazo para ejercitar la acción abstracta de constitucionalidad era de tres años desde la publicación, según la Ley del Tribunal Constitucional. Existió un debate sobre la constitucionalidad de dicha previsión de la Ley de desarrollo del Tribunal Constitucional.

## VI. Objeto

La función de control abstracto de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional checoslovaco tenía por objeto:

- a) Las leyes estatales (recordemos que se trataba de un Estado unitario)
- b) La Ley de la Rusia subcarpática (región cuya autonomía no llegó a hacerse realidad).

En cuanto a la legislación de urgencia, no estaba contemplada ninguna normativa de ese tipo aprobada por el Ejecutivo, sino solo unas disposiciones legislativas interinas parlamentarias aprobadas por la Comisión permanente, previéndose para este caso un control de constitucionalidad que además se establecía como preventivo y preceptivo en la propia Constitución.

No se preveía ningún tipo de control de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales.

## VII. Parámetro de control

En cuanto al parámetro de control, era dudoso si podía haber un control de tipo formal o procedimental, mostrándose la mayoría de la doctrina contraria a ello por la propia regulación en la Ley del Tribunal Constitucional.

Se trataba de garantizar que se respetaba, en cuanto a las leyes, el principio de supremacía constitucional proclamado en el art. 1 de la Norma Suprema, lo que conllevaba declarar la invalidez de la ley que fuera contraria a dicha Constitución o a las Leyes constitucionales que la reformaran.

El control que se admitía era uno de tipo material, esto es, que versaría sobre la contradicción eventual de una ley con las disposiciones constitucionales no procedimentales.

## VIII. Mayoría requerida para la declaración de inconstitucionalidad de una ley

Para la declaración de inconstitucionalidad de una ley si seguía una mayoría de cinco sobre un total de siete magistrados, de manera que no bastaría con los votos de los magistrados elegidos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo contencioso administrativo.

Esta previsión, sin duda, fue, junto con la legitimación, una importante barrera a la operatividad del nuevo Tribunal Constitucional, al tiempo que revelaba una desconfianza considerable en la función que había de desarrollar como órgano de control normativo de tipo técnico-jurídico de las leyes, trasladando un requisito propio y razonable de la lógica parlamentaria como lo es la mayoría reforzada al ámbito de los tribunales de justicia, en particular, a las resoluciones de un colegio de expertos juristas, sobre la base de una interpretación constitucional, respecto de la eventual inconstitucionalidad de una ley, en que es contrario a la lógica exigir mayorías reforzadas. Los magistrados se elegían entre personas con amplios conocimientos de Derecho y estaban llamados a fundamentar en Derecho las resoluciones que adopten; no tomaban decisiones según su libre arbitrio o por criterios políticos o de oportunidad, sino a partir de una interpretación jurídico-constitucional y una fundamentación jurídica rigurosa, de manera que era inadecuado trasladar aquí la lógica de las mayorías reforzadas en los órganos políticos.

## IX. Eficacia práctica

La escasa eficacia práctica del Tribunal Constitucional checoslovaco, como ya apuntamos, es lo que explica que sea más conocido el sistema austriaco o kelsenia-

no instaurado por la Constitución austríaca de 1920 bajo el influjo directo de Kelsen.

Y es que, aunque la Ley constitucional provisional de 1918, tras la creación de Checoslovaquia, no preveía un Tribunal Constitucional, sí se introdujo en la Constitución aprobada por la ley 121/1920, de 2 de febrero, siendo así el primer país del mundo que creó un tribunal constitucional que conocía del control normativo abstracto.

Ciertamente, la Ley provisional austríaca de 25-1-1919 ya había creado en dicho país un «Tribunal Constitucional austro-germano» (*deutsch-österreichischer Verfassungsgerichtshof*), pero todavía sin una competencia de control de la constitucionalidad de las leyes de ningún tipo; simplemente, se transfirieron a este las competencias que tenía hasta entonces el Tribunal del Imperio (Reichsgericht), que se vio reemplazado por este nuevo tribunal, en el que en realidad sólo cambiaba el nombre, esa fue su innovación real (aparte, naturalmente, de otra muy relevante: era ahora el Tribunal de una República. Así que la denominación formal de un «Tribunal Constitucional», pero sólo ese *nomen iuris*, la inauguró sin duda dicha norma. Y ello respondió a la propuesta de Hans Kelsen cuando el Canciller Karl Renner le encomendó en otoño de 1918 dicha reforma.

La ley constitucional provisional austríaca de 14 de marzo de 1919, sobre representación del pueblo, además, siguiendo las ideas propuestas por Kelsen en un dictamen de ese mismo año a instancias del Ejecutivo austriaco (donde proponía una Constitución federal con un Tribunal Constitucional con una función de control de la constitucionalidad de las leyes regionales contrarias a las leyes federales), otorgó a dicho Tribunal una competencia para el control constitucional de las normas, bien que sólo como control preventivo y únicamente respecto de leyes de los Länder. Pero no se contemplaba todavía un control de Leyes ya aprobadas, ni menos de Leyes de la Federación (que seguían siendo inmunes a todo control de su constitucionalidad), lo que ya introdujo la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920, pero 8 meses después de haberlo previsto la Constitución checoslovaca.

En este sentido, debe reiterarse que el honor de la creación del primer Tribunal Constitucional con su función característica de control normativo abstracto de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias, incluidas las nacionales, corresponde a la Constitución checoslovaca de 1920.

No se preveía ya un control meramente preventivo y limitado a las leyes regionales, sino un control de constitucionalidad de todas las leyes, sin exenciones para las leyes del Estado, y además un control no *a priori*, sino represivo, que, por tanto, tenía por objeto leyes ya formalmente aprobadas por los cuerpos legislativos como tales leyes y en vigor. Todo esto sólo se hizo así en Austria unos meses más tarde por medio de la Constitución de 1 de octubre de 1920.

Ahora bien, si es justo destacar lo anterior o al menos no ocultarlo, no lo es menos que se haya hecho célebre como sistema austríaco este sistema de control constitucional abstracto y concentrado en un Tribunal Constitucional.

En primer lugar, hay un motivo que lo explica y es que Hans Kelsen, como autor intelectual en gran medida del Tribunal Constitucional austríaco y asimismo integrante posterior del mismo, hizo una labor muy importante de divulgación y teorización doctrinales de dicho Tribunal, labor sobradamente conocida por todos y que dio lugar a un intenso debate sobre la jurisdicción constitucional en aquellos días.

Y otro motivo no menos relevante que explica la oscuridad en que ha quedado el Tribunal Constitucional checoslovaco es que este Tribunal tuvo un funcionamiento hasta hace poco bastante desconocido (hasta el trabajo Osterkamp), de entidad muy escasa, poco significativo, y muy limitado en el tiempo, desde una perspectiva histórica, en contraste con el funcionamiento real y la continuidad (hasta nuestros días, con la interrupción sólo durante la ocupación nazi) que tuvo su homólogo austríaco.

Sintéticamente, su operatividad fue la siguiente:

- a) Los primeros magistrados fueron elegidos el 7 de noviembre de 1921. El Tribunal entró en funcionamiento con su constitución en el Castillo de Praga, en el salón de actos del *presidium* del Consejo de Ministros, el 17 de noviembre de 1920.
- b) Tuvo una actividad escasa entre 1921 y 1931. En 1922 ejerció el control sobre algunas disposiciones legislativas interinas.
- c) En el periodo de 1932 a 1937, estuvo vacante y por ello inactivo, no habiendo nueva elección de magistrados hasta 1938. En 1939, ya tras la invasión nazi, antes de que dejara de funcionar tras la ocupación, y tras un largo procedimiento, tuvo lugar una anulación de una ley por el Tribunal Constitucional, pero entonces ya no tenía significación alguna; y si ciertamente no era más que papel mojado, también llama la atención el rigor jurídico-constitucional de la misma.

Se trata de la decisión de fecha de 23 de mayo de 1939, en la que el Tribunal Constitucional, estando ya el país bajo un protectorado, acabó decretando la inconstitucionalidad de una disposición del Decreto provisional 291/1938 del Comité Permanente, en concreto de la autorización contenida en el artículo 18, incisos tercero y cuarto.

Dicho decreto versaba sobre la expropiación, desempleo y otras medidas adoptadas en el marco de una importante restructuración económica y, en particular, autorizaba al gobierno a complementar o modificar el procedimiento y la responsabilidad de las expropiaciones «según sea necesario».

La cuestión sometida a la resolución del Tribunal Constitucional venía referida al artículo 55 de la Constitución, que estipulaba la vinculación a la ley de los reglamentos, es decir, versaba sobre la relación entre la ley y el reglamento, estableciendo un límite a este último por su vinculación a la ley.

Pues bien, esta disposición se ubicaba sistemáticamente en la sección bajo el epígrafe «Sobre los poderes gubernamentales y ejecutivos». Con apego a esa sistemática y literalidad, era fácil entender que la vinculación a la ley era del Ejecutivo y sólo de él.

Sin embargo, la sentencia estimó que la declaración categórica de la vinculatoriedad del Ejecutivo a la Ley había de referirse/extenderse a todos los órganos del Estado, incluido, en particular, el Comité permanente.

Y el Tribunal Constitucional consideró que esa disposición constitucional permitía a la ley hacer regulaciones abstractas, correspondiendo al Ejecutivo desarrollarlas y detallarlas, pero que las autorizaciones absolutamente generales, vaciadas de todo contenido propio, eran inconstitucionales.

Y también lo era la controvertida disposición de este decreto, artículo 18.3 y 18.4, en cuanto que otorgaba potestades reglamentarias al gobierno «si es necesario» en el proceso de expropiación, puesto que la ley debía establecer en una norma de habilitación los principios rectores esenciales, y ello en la línea de otra célebre sentencia constitucional, la primera del Tribunal Constitucional checoslovaco, de fecha de 7 de noviembre de 1922, por la que se había dictaminado, respecto de lo que era ya un tema muy debatido doctrinalmente en aquella época, que la ley parlamentaria de habilitación (o, en su caso, el Decreto de la Comisión parlamentaria con el mismo contenido habilitador), debía contener las decisiones básicas esenciales tomadas por el legislador (esto es, habría una prohibición constitucional de las autorizaciones en blanco, sin que la ley habilitante fijara unas directrices mínimas).

Además, por otra parte, se estimó que, al permitir estas disposiciones normativas transferir tareas asociadas a la expropiación de las autoridades administrativas a los tribunales por decreto, se vulneraba el artículo 94 de la Constitución, que establece que la organización judicial y la jurisdicción solo pueden ser reguladas por ley.

## X. Conclusión

La Constitución checoslovaca de 2 de febrero de 1920 precedió en el tiempo a la austríaca de 1 de octubre de ese mismo año. Ambas Constituciones instauraron un Tribunal Constitucional.

Es cierto que la Ley Suprema austríaca fue precedida por Leyes en 1919 que ya instauraron un tribunal con dicha denominación, pero sin competencia para

conocer, en abstracto, de la constitucionalidad de todo tipo de leyes ya formalmente aprobadas.

Por ello, en rigor, ha de atribuirse a la Constitución checoslovaca de 1920 la implantación, por primera vez en Europa y aun en el mundo, de un Tribunal Constitucional digno de tal nombre, con la competencia característica propia (y exclusiva de dicho Tribunal) de la acción abstracta de inconstitucionalidad, resultado de una racionalización y adaptación a Europa del sistema americano de control difuso de la constitucionalidad.

Ahora bien, el sistema que ha pasado a la historia como modelo europeo de control abstracto y concentrado de la constitucionalidad, contrapuesto al modelo americano de control concreto y difuso, es el austríaco.

Esto está justificado por la impronta de Kelsen en la Constitución austríaca, que se basó en un Proyecto encargado a dicho profesor por el Ejecutivo; así como por la labor doctrinal de difusión realizada por Kelsen de ese modelo y la controversia con Carl Schmitt sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional; y, no en menor medida, por la operatividad que tuvo el Tribunal Constitucional austríaco en ese período de entreguerras, y luego casi hasta nuestros días, con el intervalo de la Segunda Guerra Mundial (Grabenwerter), frente al breve recorrido histórico, sin pena ni gloria, de su homólogo checoslovaco, lo que resultó favorecido por el otorgamiento de la legitimación activa para interponer una acción abstracta de constitucionalidad a quienes previsiblemente no iban a tener mucho interés en ello; la mayoría fuertemente reforzada que se exigía para declarar la inconstitucionalidad; y la caducidad automática del mandato (conducente a la parálisis durante muchos años luego en la práctica).

Pero es indudable que a este Tribunal Constitucional checoslovaco debe reconocérsele esa prioridad formal y, como precedente histórico del control normativo, concentrado y abstracto, de la constitucionalidad, merece ser estudiado.

En este sentido, en la presente exposición se ha hecho una aproximación a esta institución constitucional, destacando cuáles eran los principales rasgos con los que la Constitución checoslovaca, y la Ley de desarrollo de la misma en lo relativo al Tribunal Constitucional, caracterizó a dicho Tribunal, así como cuál fue la (limitada) actividad resolutoria que tuvo.

## Bibliografía

- CRUZ VILLALÓN, P., «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 115 y ss.

- GRABENWARTER, Ch., «The Austrian Constitutional Court», en: Armin von Bogdandy, Peter Huber, Christoph Grabenwarter (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 19 y ss.
- OLECHOWSKI, Th., «Los comienzos de la justicia constitucional europea», en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), año 16, núm. 49, 2019, pp. 720 y ss.
- OSTERKAMP, J., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939): Verfassungsidee, Demokratieverständnis, Nationalitätenproblem*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2009.
- PETTORUTI, C.E., «Pureza metódica y control de constitucionalidad (Reflexiones sobre el artículo «Los comienzos de la justicia constitucional europea» de Thomas Olechowski)», en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), año 16, núm. 49, 2019, pp. 717 y ss.



# LA ACCIÓN DE CONTROL DE LA LEY EN EL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA

ANA CARMONA CONTRERAS  
*Catedrática de la Universidad de Sevilla*

## 1. Tribunal Constitucional y ley en el marco de la Constitución como norma suprema

La Constitución, como pacto social legitimado por la soberanía popular, se afirma como norma suprema del ordenamiento, lo que le permite abandonar el terreno de la invisibilidad jurídica en el que estuvo instalada durante la precedente fase del Estado liberal. Su entronización no solo como norma, sino también como «la» norma que crea y da origen al sistema político y al ordenamiento jurídico trae consigo una imagen de Constitución empoderada que extiende sus efectos sobre poderes públicos y ciudadanos (artículo 9.1 CE) y, asimismo, genera un efecto de condicionamiento que se proyecta sobre el edificio normativo en un doble sentido. En primer lugar, negativo, puesto que no tolera y, por lo tanto, expulsa de su seno a toda disposición que contravenga los mandatos en ella establecidos. En segundo, en términos positivos, dado que regula en primera persona el proceso de creación jurídica, atribuyendo los correspondientes poderes a unos u otros sujetos y determinando el valor respectivo a las normas que esos sujetos crean<sup>1</sup>. Es precisamente la afirmación de esta función por parte de la Constitución, asumiendo el rol de *dominus* en el diseño de los mecanismos de producción jurídica, la que conduce inmediatamente a la pérdida por parte de la ley de su precedente carácter omnímodo<sup>2</sup>. Sometida a los dictados constitucionales, resulta

<sup>1</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 83.

<sup>2</sup> La ley de los ordenamientos liberales atesora la cualidad de la soberanía, en tanto que expresión de la voluntad general de la sociedad, representada en el Parlamento. Estamos, por lo tanto, ante una ley que, siguiendo los postulados ideológicos de la época, se caracteriza por dos rasgos esenciales: generalidad y abstracción.

destronada<sup>3</sup> y, consecuentemente, el principio de legalidad abandona su anterior puesto de cabecera ordinal para someterse al de constitucionalidad. La ley queda despojada de su anterior carácter constituyente (o si se prefiere, fundante del ordenamiento jurídico) y, por ende, ilimitado. En el contexto del Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE), viene desplazada al terreno de los poderes constituidos y, por tanto, limitada por las prescripciones constitucionales. A pesar de ello, sin embargo, a fin de obtener una imagen completa de la cuestión, ha de situarse en primer término que el firme propósito de parlamentarizar el proceso de creación jurídica primaria del que hace gala nuestra Constitución<sup>4</sup>, confiere a la ley una posición preeminente en el nuevo edificio normativo.

Para velar porque los nuevos postulados inherentes al principio de supremacía constitucional sean efectivamente respetados por las fuentes primarias, la Constitución procede a encomendar la función de su control a un órgano específico al margen del tradicional esquema de división de poderes: el Tribunal Constitucional. Una instancia a la que su ley reguladora define como «intérprete supremo de la Constitución» (artículo 1.1 LOTC). De la ley inexpugnable propia del Estado liberal se pasa a la ley privilegiada del Estado constitucional<sup>5</sup>. A este respecto, resulta necesario recordar que tal privilegio incorpora dos dimensiones interconectadas. En primer término, la ley es una norma privilegiada como consecuencia de la relación exclusiva que entabla con la Constitución. Siendo esta una norma que, en palabras del Tribunal Constitucional, «incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico»<sup>6</sup>, su contenido expresa «propuestas de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de posibilidades»<sup>7</sup> cuya ulterior concreción corresponde al legislador, representante de la soberanía popular que se reúne en las asambleas parlamentarias. Sobre la base de este planteamiento, la ley no se limita a llevar a cabo una mera ejecución de las previsiones constitucionales sino, antes bien, a dotarlas de efectiva concreción, lo que apunta directamente hacia el ejercicio de una labor creativa dotada de una innegable —e irrenunciable— carga de politicidad. Así es porque ha de tenerse muy presente que «el legislador siempre está reduciendo las distintas posibilidades del texto constitucional a una sola y en

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007, p. 40.

<sup>4</sup> PUNSET, R., «Potestades normativas y forma de Gobierno» en: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 84.

<sup>5</sup> REQUEJO, J. L., «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática de los Estados de la Unión Europea» en: PLAZA, C. (coord.), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, p. 17.

<sup>6</sup> STC 9/1981, FJ 4.

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, pp. 13-14.

eso precisamente consiste su trabajo, en moverse dentro de las posibilidades ofrecidas por una norma constitucional, y no fuera de ellas, optando por una determinada»<sup>8</sup>.

Esta necesidad incuestionable de moverse dentro del perímetro constitucional remite a la segunda manifestación del carácter privilegiado de la ley, esto es, la que reserva la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en régimen de monopolio. La implantación del sistema concentrado de justicia constitucional está al servicio y es resultado de «esa voladura controlada del dogma de la soberanía de la ley»<sup>9</sup> que produce el establecimiento del Estado constitucional democrático. En este sentido, la apuesta por el Tribunal Constitucional que lleva a cabo la Constitución española de 1978 sigue una línea similar a la de otros países que «han debido improvisar una tradición constitucional y democrática rigurosamente inédita» y en los que este órgano está llamado a garantizar el nuevo régimen constitucional implantado<sup>10</sup>. Ese privilegio de matriz orgánica que atribuye el control de la ley únicamente a la jurisdicción constitucional incorpora, además, una faceta sustancial referida a la validez de aquella, puesto que la norma sometida a impugnación goza de una presunción de constitucionalidad que se mantiene intacta hasta tanto el Tribunal Constitucional no se manifieste en contra. En efecto, solo cuando se constate que la disposición sometida a sus jurisdicción ha rebasado, desconociéndolos, los límites constitucionales, se procederá a su expulsión del ordenamiento jurídico.

Es, precisamente, en el marco de referencia trazado donde se explica que, en un sistema de justicia constitucional concentrada como el introducido por nuestra Constitución en su Título IX, los jueces, en el desarrollo de su función, se rijan por el principio de vinculación a la ley («sometidos únicamente al imperio de la ley», en la expresión utilizada por el artículo 117.1 CE) y, al mismo tiempo, carezcan de la facultad de formular un juicio de adecuación constitucional con respecto a las mismas<sup>11</sup>. Para el supuesto de que se suscitase la duda «en algún proceso,

---

<sup>8</sup> CRUZ, P., «¿Reserva de Constitución? Comentario al FJ 4 de la STC 76/83, de 5 de agosto, sobre la LOAPA», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 9, 1983, p. 202.

<sup>9</sup> REQUEJO, J. L., *op. cit.*, p.18.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Con respecto a las leyes preconstitucionales, la STC 4/1981, FJ 1 D), introdujo un criterio diferenciador con relación al caso de las leyes anteriores a la Constitución cuya validez suscita dudas al juez ordinario. En tal caso, aclara el TC que «(A) sí como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». Resulta claro que, de estimar la contradicción con la Constitución de una ley precedente, la jurisdicción ordinaria ha de proceder a su inaplicación. El efecto de la Disposición Derogatoria 3ª CE se impone en tal caso. Ahora bien, ante la duda de constitucionalidad, a quien corresponde su determinación es al TC. Otro supuesto en el que

que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución» la vía a transitar es la de plantear «la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». La jurisdicción ordinaria, por lo tanto, queda vinculada por la obligación de aplicar las leyes y las normas con fuerza, rango y valor similar que gozan de la presunción de constitucionalidad. El monopolio del Tribunal Constitucional, en este punto, se muestra inquebrantable.

## 2. Tribunal Constitucional, Constitución y ley en el contexto de la integración supraestatal

### 2.1. INTEGRACIÓN Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Con la irrupción en sede constitucional del fenómeno de supraestatalidad normativa<sup>12</sup>, la Constitución rinde tributo expreso a la apertura del ordenamiento al ámbito externo, dedicando un capítulo específico (el tercero del Título tercero, bajo el epígrafe las Cortes Generales) a los Tratados internacionales (artículos 93 a

---

el control del TC en régimen de monopolio experimenta una significativa modulación nos remite a la figura del decreto legislativo. Y es que, a pesar de ser una norma con rango, fuerza y valor de ley emanada por el Gobierno tras recibir la correspondiente delegación por parte de las Cortes Generales (en forma de Ley de Bases, para la encomienda de elaboración de textos articulados o de ley ordinaria, cuando se delega la potestad para la formación de textos refundidos, según dispone el artículo 82.2 CE), la misma Constitución abre la puerta a la fiscalización por parte de la jurisdicción ordinaria, afirmando que «(S)in perjuicio de la *competencia propia de los Tribunales*, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control» (artículo 82.6 CE). Esta previsión, que sigue la inercia jurisdiccional de la etapa precedente, asumiendo la jurisprudencia en la materia acuñada por el Tribunal Supremo, ha sido concretada por el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se dispone lo siguiente: «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación». Determinar la concurrencia de *ultra vires* en la que pudiera incurrir el producto normativo del Gobierno, fruto de la delegación, corresponde a la justicia administrativa y no al Tribunal Constitucional, como resultaría obligado atendiendo a la naturaleza primaria de la norma controlada. En estos supuestos, se razona en unos términos que, a nuestro juicio resultan constitucionalmente criticables, que el exceso cometido por el decreto legislativo con respecto a la ley delegante no trae consigo un efecto de nulidad sino, antes bien, de degradación de rango normativo. Así pues, una vez constatado el *ultra vires*, la norma afectada pierde su fuerza primaria, degradándose a la categoría de reglamento. Sobre la jurisprudencia en la materia, *vid.* ÁLVAREZ, I., «El decreto legislativo en la encrucijada», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34, 2020, p. 28.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011, p. 56.

96). Especial mención merece a este respecto la previsión que dispone que por ley orgánica se autorice la atribución «a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (artículo 93 CE), dado que la misma contiene una habilitación para abrir una significativa brecha en la vocación de supremacía que es consustancial a la normativa constitucional. En efecto, al permitir la cesión de competencias, es la propia Constitución deja expedita la vía para desprenderse de parcelas de soberanía. La cláusula de apertura contenida en el artículo 93 CE, de este modo, adquiere una importancia capital de cara a obtener una comprensión adecuada de la imagen del edificio normativo que, empezando por sus cimientos —la Constitución— opera efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico. Es, por tanto, la afirmación de la supremacía constitucional (cara) la que permite abrir espacios (cesión de competencias) en los que ésta renuncia voluntariamente a operar (cruz), encomendando su gestión y, asimismo, su regulación a instancias externas con una producción jurídica propia. De este modo, la cesión de poder soberano trae aparejada, como inevitable efecto inducido, la de la potestad de ordenación de las fuentes y con ello se abre la puerta para que el ordenamiento interno incorpore normas de procedencia externa (pluralismo jurídico).

Una importancia determinante asume en la configuración de este nuevo rostro plural del sistema interno de fuentes la circunstancia de que el derecho de la Unión goza de primacía. En virtud de dicho principio, tempranamente acuñado por la resolución adoptada por el Tribunal de Luxemburgo en el Asunto *Costal Enel* (1964<sup>13</sup>), las disposiciones europeas operativas en el ámbito de las competencias cedidas por los Estados miembros desplazan a toda norma estatal, cualquiera que sea su rango<sup>14</sup>, que resulte incompatible con los contenidos incorporados por aquellas. Sin prejuzgar la validez de la previsión interna, la primacía proyecta sus efectos exclusivamente sobre el terreno de la eficacia, ya que constatada la colisión internormativa impide la aplicación de la regulación interna, dando preferencia a la europea. La comprensión absoluta de la primacía<sup>15</sup>, que se predica de cualquier fuente de la Unión y surte efectos, asimismo, frente a toda norma interna, supone un abierto cuestionamiento del principio de superioridad

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964, Asunto *Costa Enel*, 6/1964.

<sup>14</sup> En la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de diciembre de 1970, Asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, quedó establecido que «la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro //...// no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado». El rasgo de primacía que caracteriza las normas europeas así lo determina, por lo que no cabe oponer la supremacía constitucional para justificar el eventual rechazo de su aplicación.

<sup>15</sup> Carácter absoluto que no tiene efectos generales, sino que, como ya se ha indicado, queda circunscrito al ámbito de las competencias cedidas por los Estados miembros. No se olvide que la Unión basa su actividad en el principio de atribución.

jerárquica/supremacía normativa del que goza la Constitución nacional, en tanto que vértice de su ordenamiento. Se impone, pues, una atenta consideración del impacto que el principio de primacía del Derecho de la Unión genera a escala interna, calibrando su comprensión en el marco del Estado integrado. O si se prefiere, determinando cómo ha de entenderse la supremacía constitucional a la luz de dicho principio europeo. Con tal finalidad, resulta imprescindible acudir a la interpretación que de dicho principio ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en su Decisión 1/2004, relativa al proyecto (fracasado) por el que se establecía una Constitución para Europa, cuyo articulado incorporaba expresamente por primera vez la primacía al derecho primario.

Arranca el Tribunal su razonamiento recordando que el referido principio carece de eficacia general, quedando circunscrito su radio de acción al ámbito de las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a la Unión «por voluntad soberana del Estado» mediante la preceptiva ley orgánica (artículo 93 CE). Gracias a la vertiente orgánico-procedimental que incorpora tal precepto, se configura una «bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos»<sup>16</sup>. De esta forma, la Unión Europea queda «habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos»<sup>17</sup>. El pluralismo normativo que se deriva de la adhesión a la Unión, por lo tanto, cuenta con un reconocimiento expreso, ofreciendo un idóneo marco de referencia, al reconocer «preferencia aplicativa» a las normas europeas y permitir el desplazamiento de las previsiones nacionales, incluidas *también* las constitucionales. La trascendente novedad que incorpora la DTC 1/2004 se cifra en la atribución de una —hasta ahora— inédita dimensión sustantiva a dicha cláusula habilitante, mediante la cual se identifica la existencia de límites materiales a la cesión de competencias (sic, a la integración misma). Aunque como el propio Tribunal reconoce dichos límites no aparecen expresamente formulados, estima que «implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto»<sup>18</sup>. La afirmación de esta vertiente material permite al Tribunal enriquecer la idea de primacía limitada o relativa, sirviendo como habilitación para exigir que las normas europeas relativas a las competencias cedidas sean «compatibles con los principios del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución»<sup>19</sup>. Más específicamente, se requiere «el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el

<sup>16</sup> DTC 1/1992, FJ 2.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> DTC 1/2004, FJ 4.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia»<sup>20</sup>. Completa su razonamiento el TC introduciendo una cláusula de salvaguardia mediante la que se habilita a sí mismo a actuar en las siguientes circunstancias: «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del DUE llegase a resultar inconciliable este derecho con la CE, sin que los hipotéticos excesos del Derecho de la Unión respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previsto en esta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal casos se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»<sup>21</sup>.

La construcción jurisprudencial expuesta pone de manifiesto la existencia de un núcleo constitucional resistente a la integración, esto es, una suerte de «Constitución residual»<sup>22</sup> conformada por materias no susceptibles de ser cedidas (*contralímites*). Va a ser precisamente en relación con ese «mínimo constitucional indisponible»<sup>23</sup> donde, como contrapunto, el rasgo de supremacía que es propio de la Constitución se mantenga incólume. Por lo que respecta a las competencias cedidas, la primacía del derecho europeo provoca un irresistible efecto de arrinconamiento de la fuerza prescriptiva de la Constitución en su formulación originaria, siendo reemplazada por «una suerte de Constitución material formalizada sustancialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha establecido el principio de primacía». Así pues, si bien es cierto que, desde una perspectiva formal, la formulación de dicho principio no incorpora la pretensión de expresar «una soberanía propia de la Unión»<sup>24</sup>, no lo es menos que, atendiendo a las consecuencias prácticas que del mismo se derivan, se constata la producción de «un efecto equivalente al de un auténtico poder soberano»<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*. Compartimos el juicio formulado por CRUZ, P., «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en: CRUZ, P. (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 36, considerando que el diagnóstico es acertado, pero no así la interpretación que del mismo lleva a cabo el TC.

<sup>21</sup> DTC 1/2004, FJ 6.

<sup>22</sup> CRUZ, P., «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en: CARRILLO, M.-LÓPEZ, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 29.

<sup>23</sup> ARZOZ, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, pp. 81-82.

<sup>24</sup> REQUEJO, J. L., *op. cit.*, p. 24.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

## 2.2. INTEGRACIÓN Y REDEFINICIÓN DEL ESTATUS DE LA LEY INTERNA

Y si la Constitución resulta arrinconada en términos aplicativos por efecto de la primacía, otro tanto va a sucederle a la ley, allí donde la cesión competencial opera y se produce una colisión con lo dispuesto en la normativa procedente de las instancias europeas. En este supuesto, según se desprende del mandato expresamente formulado por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el Asunto *Simmenthal* (1978<sup>26</sup>), los jueces nacionales resultan obligados a aplicar íntegramente el derecho comunitario, así como a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, *dejando sin aplicación toda disposición normativa interna que se oponga a aquél* (la cursiva es nuestra). Se produce, pues, una clamorosa quiebra del principio constitucional del sometimiento del juez a la ley (artículo 117.1 CE). Estando en juego el derecho europeo, dicho axioma se bate en retirada, dejando expedito el campo para que la jurisdicción ordinaria dé preferencia a aquel en detrimento de la ley interna. No obstante, para solventar las dudas surgidas en torno a la aplicabilidad, los órganos jurisdiccionales nacionales cuentan con el auxilio de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE). Configurada como facultad potestativa para el tribunal juzgador<sup>27</sup>, se eleva al Tribunal de Justicia que, de esta forma, se arroga la competencia para determinar la compatibilidad entre las disposiciones contrapuestas. Consecuentemente, si este emite una resolución contraria a la compatibilidad de la ley nacional con las previsiones europeas, el resultado es claro: aquella queda despojada de eficacia aplicativa, debiendo darse preferencia a estas.

Sobre la base del esquema funcional aludido, resulta obvio que el privilegio jurisdiccional que acompaña a la norma legislativa interna, reservando exclusivamente al Tribunal Constitucional su control, experimenta una sustancial modulación. Es cierto que este sigue manteniendo el monopolio sobre la declaración de validez de la norma, un terreno en el que no se inmiscuyen los jueces de Luxemburgo, cuyo punto de mira se sitúa exclusivamente en el de la aplicación. Aun así, detectada la incompatibilidad, si bien deja intacta la validez formal de la ley nacional, en términos materiales y efectivos la destierra al limbo de la inefectividad. De este modo, al destronamiento que sufre la ley como consecuencia de la afirmación de la Constitución como Norma Suprema viene a sumarse una ulterior degrada-

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, Asunto *Simmenthal*, 106/77.

<sup>27</sup> Artículo 267 TFUE: «1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; 2. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, *dicho órgano podrá pedir al Tribunal* que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo» (la cursiva vuelve a ser nuestra).



ción, al quedar subordinada su aplicación a la compatibilidad con las previsiones establecidas por la normativa procedente de la Unión. Se trata, en cualquier caso, de «una decisión amparada por el constituyente», porque «nada de lo que le sucede es ajeno a la voluntad del soberano» y «la humillación de la ley no tiene otro culpable que el poder constituyente»<sup>28</sup>. La trascendencia que se desprende de este esquema operativo, que produce una sustancial reconfiguración de la relación con la ley y su control que nuestra Constitución atribuye al Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, ha resultado determinante para que aquel haya afirmado una aproximación en clave defensiva, orientada fundamentalmente a preservar un ámbito de actuación propio y diferenciado frente a aquella.

### 3. El Tribunal Constitucional ante la aplicación del Derecho europeo por el poder judicial

#### 3.1. UNA CUESTIÓN DOTADA DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL PARA LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Ya desde los inicios de su jurisprudencia en la materia el Tribunal Constitucional asumió una clara posición, afirmando expresamente que «el problema de la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho Comunitario europeo» carece de contenido constitucional. Tratándose de una cuestión referida a la selección de la norma aplicable al caso, son los órganos judiciales ordinarios quienes deben asegurar la efectividad del derecho europeo, teniendo en cuenta la primacía que lo caracteriza<sup>29</sup>. Y para el caso de que alguna duda se plantease en el ejercicio de dicha tarea, no le corresponde al TC solventarla, debiendo los jueces acudir a los específicos mecanismos de garantías establecidos por el ordenamiento de la Unión (sic, la cuestión prejudicial). Tutelar la recta aplicación de dicha normativa se presenta como una «cuestión de carácter infraconstitucional»<sup>30</sup> que se sitúa al margen de la facultad enjuiciadora del TC<sup>31</sup>. La consideración preliminar que afirma que el artículo 93 CE no «dota a las normas del Derecho Comunitario europeo de rango y fuerza constitucional»<sup>32</sup> se erige en elemento determinante que

<sup>28</sup> REQUEJO, J. L., *op. cit.*, p. 29.

<sup>29</sup> STC 28/1991, FFJJ 6 y 7.

<sup>30</sup> STC 94/1991, FJ 4.

<sup>31</sup> A este respecto, la STC 213/1994, FJ 3, apostilla que «ni la Constitución ni ninguna ley orgánica han atribuido a este Tribunal competencia para conocer de la adecuación al ordenamiento interno al comunitario, por lo que dicha competencia debe entenderse comprendida dentro de la genérica y privativa del Poder Judicial».

<sup>32</sup> Recuérdese que en tal momento, dicho precepto únicamente incorporaba una dimensión «orgánico-procedimental», limitando su función a «regular el modo de celebración de una determi-

va a permitir, por una parte, afirmar que el hecho de la integración no ha traído consigo ninguna alteración en su condición de «intérprete supremo de la Constitución (artículo 1.1 LOTC)»<sup>33</sup> y, por otra, identificar el parámetro de control aplicable en la resolución de aquellos litigios en los que la actuación de los poderes públicos españoles se sustenta en previsiones europeas. Llamado a resolver tales casos, el Tribunal circunscribe su radio de acción únicamente a las disposiciones contenidas en la Constitución y su normativa de desarrollo, rechazando de plano aplicar las previsiones emanadas por la Unión<sup>34</sup>. Ello es así porque, como afirmó la Declaración 1/1992, «los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones»<sup>35</sup>.

Esta actitud elusiva con respecto al impacto que la normativa europea proyecta sobre el ejercicio de la función que corresponde al TC experimenta un significativo cambio, tornándose proactiva, cuando el foco de atención se desplaza hacia la jurisdicción ordinaria. En este sentido, la primera cuestión a reseñar es que la actividad fiscalizadora que despliega el Alto Tribunal va a discurrir a través de un cauce eminentemente procesal, empleándose un canon de enjuiciamiento integrado por los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE). Desde tal premisa se concluye que los mismos resultarán conculcados si en el ejercicio de sus funciones los tribunales de justicia ignoran el sistema de fuentes vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Dado que el mismo está compuesto por normas de derecho europeo que gozan de primacía en su ámbito de aplicación, el juez está obligado a respetarlas, de modo que si éstas resultan indebidamente preteridas se incumple tal deber y, con ello, se produce una lesión de derecho que no se circunscribe «al ámbito de la legalidad ordinaria»<sup>36</sup>. Así pues, aunque el TC sigue resistiéndose a controlar la actuación de la actividad de los jueces ordinarios desde la perspectiva del Derecho de la Unión, admite sin reservas que «las quejas planteadas tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo», debiéndose, por lo tanto, pronunciarse

---

nada clase de Tratado internacional» (STC 28/1991, FJ 4). Como ya se ha expuesto anteriormente, será a partir de la Decisión TC 1/2004 cuando adicionalmente se le atribuya una vertiente de índole material.

<sup>33</sup> STC 64/1991, FJ 4.

<sup>34</sup> Más específicamente, sigue razonando la STC 64/1991, FJ 4, por lo que se refiere a los recursos de amparo afirma que aun cuando el acto del poder público que se impugna haya sido dictado en ejecución de una norma europea «el único canon admisible» será «el precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia», sin entrar a valorar «si aquel acto es o no regular desde la perspectiva del ordenamiento comunitario europeo».

<sup>35</sup> DTC 1/1992, FJ 4.

<sup>36</sup> STC 145/2012, FFJJ 5 y 7

sobre las mismas<sup>37</sup>. El esquema valorativo propuesto, por lo demás, circunscribe sus efectos al ámbito estrictamente procesal, lo que permite al Tribunal mantener su aislamiento frente al derecho de la Unión y seguir esquivando el desarrollo de un control de alcance material encaminado a ofrecer tutela efectiva a los concretos derechos fundamentales proclamados por aquél<sup>38</sup>.

Una vez sentado que el parámetro inmediato de control utilizado por el Tribunal se nutre en exclusiva de los preceptos constitucionales, sin embargo, va a establecerse un puente de conexión con el ordenamiento europeo que permitirá la toma en consideración de sus disposiciones de cara a la resolución de los litigios en los que éstas resultan aplicables. El instrumento llamado a actuar como interfaz interordinamental es el artículo 10.2 CE, cuyo texto alberga un mandato de interpretación conforme que ha de presidir la actuación de los poderes públicos nacionales en relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas por la Constitución, debiendo interpretarlos «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». A través de esta vía mediata queda abierta la puerta para la toma en consideración de la normativa europea que, a estos efectos, se identifica con un tratado internacional. Obrando de este modo, el TC limita sustancialmente la eficacia de aquella en su ámbito jurisdiccional, puesto que le atribuye un carácter indirecto, aclarando con rotundidad que el recurso a la misma no la convierte «en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales». Antes bien, estamos ante «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal», configurándose como «un elemento más para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad» de la infracción denunciada<sup>39</sup>. Es evidente

---

<sup>37</sup> *Ibidem*. O para expresarlo con las palabras de RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M., «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: Los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016, p. 121, «el derecho de la Unión Europea no tiene ni rango ni fuerza constitucional, pero sí llega a poseer una relevancia constitucional en conflictos específicos».

<sup>38</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», en: *Papeles de derecho europeo e integración regional*, WP IDEIR, 23, 2015, p. 15, subraya que esta aproximación permite al TC rechazar «el control de la recta aplicación del Derecho de la Unión» y al mismo tiempo llevar a cabo el «control de la recta aplicación de la Constitución por los órganos constitucionales nacionales que proceden al desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea».

<sup>39</sup> STC 64/1991, FJ 5. Esta misma jurisprudencia es la que se trae a colación en la STC 26/2014, en la que el Tribunal resuelve el recurso de amparo en el Asunto Melloni tras la resolución por la STJUE de 13 de febrero de 2014 de las cuestiones prejudiciales que el mismo TC elevó ante dicho órgano. Un análisis sobre dicha resolución, señalando sus razonamientos constitucionalmente criticables se recoge en CARMONA, A., «Los derechos fundamentales en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias»,

que razonando en estos términos el Alto Tribunal se sitúa al margen de la cesión de soberanía que es propio del derecho de la Unión (artículo 93 CE), para situarse en el de la interpretación conforme que se predica del Derecho internacional (artículo 10.2 CE).

### 3.2. PROCESO SELECTIVO DE LA NORMA APLICABLE Y CUESTIÓN PREJUDICIAL:

La exposición del marco general de referencia acotado por la jurisprudencia constitucional permite, a continuación, encarar el análisis de la que se configura como cuestión esencial, esto es, qué pautas han de seguir los jueces y tribunales de última instancia<sup>40</sup> cuando se plantee un conflicto entre las normas aplicables para la resolución de una controversia, siendo una nacional y otra de procedencia europea. En el marco de esta aproximación, el Tribunal lleva a cabo una valoración diversa que conduce a un resultado igualmente dispar, distinguiendo nítidamente entre el caso de que la norma que se desplaza en la resolución del litigio suscitado ante la jurisdicción ordinaria sea la europea, dando preferencia a la nacional o viceversa.

En el primer supuesto señalado, esto es, cuando ante la apreciación de un conflicto interpretativo, el juez da preferencia a la disposición nacional, resultando inaplicada la procedente de la Unión al margen del recurso a la cuestión prejudicial, el TC adopta una actitud deferente hacia aquel. En efecto, porque si la decisión de no interpelar al Tribunal de Luxemburgo «se funda en una interpretación razonable y motivada» de su régimen jurídico se da por válida la interpretación del derecho europeo realizada por la jurisdicción ordinaria. El TC intervendrá únicamente en la hipótesis de que «la motivación judicial resultara irrazonable, arbitraria o incurra en error patente»<sup>41</sup>. Y es que, determinar si la instancia jurisdiccional «interpretó correctamente el Derecho comunitario (...) es una cuestión sobre la que este Tribunal, que no es una tercera instancia, (...), no puede en efecto pronunciarse»<sup>42</sup>.

Por el contrario, el TC asume una aproximación mucho más incisiva, a la hora de articular su potestad de control, en aquellos supuestos en los que la norma

---

en: ARAGÓN, M. *et al* (dirs.), *La Constitución de los Españoles*, Fundación M. Giménez Abad — Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 571-583.

<sup>40</sup> En este supuesto se activa la previsión contenida en el artículo 267.3 TFUE: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

<sup>41</sup> STC 27/2013, FJ 7.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

aplicada sea la europea, desplazando a la interna. En este sentido, adquiere una relevancia indudable determinar si dicha operación requiere o no el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. Para despejar tal incógnita el TC inicialmente consideró que la decisión corresponde al órgano judicial «de forma exclusiva e irreversible»<sup>43</sup>. Asimismo, afirmó que, aunque la no activación de tal mecanismo procesal no genera per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no cabe excluir que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada la lesión del derecho fundamental aludido<sup>44</sup>. Así sucederá cuando el órgano jurisdiccional sostenga la incompatibilidad entre la normativa nacional y la comunitaria al margen de los criterios interpretativos sentados previamente por el Tribunal de Justicia, percibiendo «una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado». Para tal caso, el TC considera que no cabe eludir la cuestión prejudicial «conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las CCEE (...) para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por lo que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un derecho con el otro»<sup>45</sup>.

Si concurre la existencia de jurisprudencia del TJUE en las materias concernidas por la actividad judicial interna, nuestro TC ha procedido a desgranar distintas situaciones con respecto a las que afirma expresamente el carácter preceptivo de las resoluciones dictadas por los jueces de Luxemburgo. Precisamente sobre la base de esta última apreciación, ha concluido que las decisiones judiciales que «de forma deliberada excluyen la eficacia ex nunc de la sentencia dictada por el TJUE en un procedimiento por incumplimiento» resultan irracionales e incurrir en

<sup>43</sup> STC 58/2004, FJ 8.

<sup>44</sup> STC 58/2004, FJ 10.

<sup>45</sup> STC 58/2004, FJ 13. Por su parte, el FJ 14 traza un paralelismo entre la cuestión prejudicial y la de inconstitucionalidad, afirmando que «cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario, ..., debe convertirse en una de las garantías en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del derecho comunitario». Esta argumentación fue objeto de posterior rectificación en la STC 78/2010, FJ 2, en la que vino a ponerse de manifiesto la diferencia esencial que existe entre ambos mecanismos, los cuales se someten a regímenes jurídicos diversos que, a su vez, responden a exigencias no similares. En efecto, «la contradicción de la ley con la Constitución plantea un problema de validez que sólo puede resolver este Tribunal, por lo que el juez que inaplica la ley por inconstitucional sin elevar la cuestión vulnera el artículo 24.2 CE. En cambio, la contradicción de la ley con el Derecho europeo plantea un problema de estricta aplicabilidad que debe resolver el juez ordinario». Consecuentemente, para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial «sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24.2 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

arbitrariedad, por lo que vulneran los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías<sup>46</sup>. Vinculada específicamente al supuesto del recurso por incumplimiento, pero extensible a otros procedimientos ventilados ante la jurisdicción europea, resulta especialmente significativa la aseveración formulada por el TC cuando afirma en su sentencia 145/2012<sup>47</sup> que la declaración por el TJUE de que una norma es contraria al Derecho de la Unión «impone a los órganos jurisdiccionales (*incluido, desde luego, este Tribunal*), la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas»<sup>48</sup>.

Asimismo, tampoco se impone la obligación de elevar la cuestión prejudicial en los supuestos acuñados en el Asunto *Ciflit* (1981)<sup>49</sup>. En el mismo, quedó establecido que la interpretación sostenida por el TJUE «resulta determinante para las partes en litigio»<sup>50</sup>, (1) cuando el juez ordinario se enfrenta a una cuestión materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo (acto aclarado), o bien (2) cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución del caso (acto claro)<sup>51</sup>. Concurriendo algunas de las circunstancias indicadas, la autoridad judicial interna, una vez detectada y expuesta la similitud concurrente, sin que sea necesario elevar una nueva cuestión prejudicial, tiene la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión. Lo que no cabe en modo alguno es ignorar tal jurisprudencia, ya que ello conduce a adoptar una solución «arbitraria

<sup>46</sup> STC 145/2012, FJ 2.

<sup>47</sup> La relevancia de esta resolución ha sido enfatizada en sede doctrinal, poniendo de manifiesto lo que, en palabras de Daniel Sarmiento, supone un «giro europeo» por parte del TC. *Vid.*, SARMIENTO, D., «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional, judgment 145/2012 of July 2012, Iberdrola vs. Comisión Nacional de la Energía», en: *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 875.

<sup>48</sup> STC 145/2012, FJ 7, la cursiva es nuestra.

<sup>49</sup> En el párrafo 21 de dicha resolución (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de octubre de 1981, 283/81), el Tribunal de Luxemburgo estableció la doctrina del acto aclarado y del acto claro en relación con la obligación de plantear cuestión prejudicial sobre la base del siguiente razonamiento: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad» (la cursiva es nuestra).

<sup>50</sup> STC 232/2015, FJ 3 y 75/2017, FJ 3.

<sup>51</sup> STC 58/2004, FJ 13.

e irrazonable» en la resolución del litigio que genera una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva derivada del desconocimiento del principio de primacía<sup>52</sup>, así como de la obligación de preservarla por parte de los jueces domésticos en el ámbito de las competencias cedidas<sup>53</sup>.

Una significativa reformulación de esta aproximación ha sido adoptada por el TC a partir de su sentencia 37/2019<sup>54</sup>. Al hilo de la resolución de un recurso de amparo, el Alto Tribunal ha venido a arrogarse la competencia para controlar la motivación esgrimida por el tribunal correspondiente (en este caso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo), de no plantear la cuestión prejudicial por considerar que concurría un supuesto de «acto aclarado». En su resolución, el TC estimó que la decisión de no aplicar la normativa española, dando preferencia a la europea, generó la lesión de un proceso con todas las garantías por alteración del sistema de fuentes, ya que dicha operación se basó en una percepción errónea de la citada doctrina<sup>55</sup>. El Tribunal Supremo asumió su pertinencia recurriendo a una aproximación analógica, al considerar que las sentencias del TJUE invocadas se referían al sector energético, si bien no específicamente al de la electricidad, por lo que cabía su aplicación en el litigio suscitado ante su jurisdicción. Por su parte, el TC rechazará expresamente tal *modus operandi*, fundando su rechazo en la imposibilidad de verificar que la cuestión planteada en el litigio fuera «materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión de carácter prejudicial en un asunto análogo (Cilfit)»<sup>56</sup>. El argumento determinante esgrimido es que las resoluciones aludidas por el Supremo para fundamentar su decisión (Asuntos *Federutility*<sup>57</sup> y *Anode*<sup>58</sup>) se refieren al sector del gas natural y son resueltas sobre la base de sendas directivas reguladoras del mismo. Por el contrario, el caso suscitado ante su jurisdicción giraba en torno al eléctrico (concretamente, la financiación del bono social en dicho sector energético), cuyo referente normativo europeo es otro distinto. En efecto, las disposiciones tomadas en consideración por el TS aparecen recogidas «en Directivas distintas: la sentencia dictada en el asunto *Federutility* interpreta la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y la sentencia recaída en el asunto *Anode* interpreta la Directiva 2009/73/CE del

---

<sup>52</sup> STC 232/2015, FJ 5 c).

<sup>53</sup> STC 232/2015, FJ 5 b).

<sup>54</sup> A una conclusión similar había llegado poco antes la STC 31/2019.

<sup>55</sup> STC 37/2019, FJ 4 b).

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2010, Asunto *Federutility* y otros, C-265/08.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de septiembre de 2016, Asunto *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, C-121/15.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Por el contrario, el precepto que concierne al pleito resuelto por el Tribunal Supremo se encuentra en la Directiva 2009/72/CE»<sup>59</sup>. Asimismo, sigue razonando el TC, «lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esos supuestos no solo atañe a Directivas distintas sino que, además, incide sobre casos de muy dudosa analogía»<sup>60</sup>. En función de las consideraciones expuestas, concluye el TC defendiendo que las sentencias del TJUE aludidas no permiten afirmar que estemos «una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia para apreciar la concurrencia del «acto aclarado» y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial»<sup>61</sup>. Consecuentemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo estaba obligada al planteamiento de la cuestión prejudicial y al no hacerlo, llevó a cabo una «selección arbitraria e irrazonable de la norma aplicable»<sup>62</sup>, lo que generó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estimado el amparo y devuelto el asunto a la jurisdicción ordinaria, a continuación —y como no podía ser de otro modo—, el Tribunal Supremo cumplió con el deber impuesto y procedió a elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Resuelta por la sentencia dictada en el Asunto *Viesgo Infraestructuras SL y otros* (2021)<sup>63</sup>, nos interesa reseñar los argumentos referidos a la competencia de la jurisdicción europea, la cual resultó abiertamente discutida por las empresas eléctricas afectadas por la anulación del recurso de amparo. Estas, afirmaron ante el TJUE, que la cuestión interpuesta no aparece basada en motivos derivados del Derecho de la Unión. Muy al contrario, según tales empresas, el Tribunal Supremo resultó «obligado a presentar las cuestiones prejudiciales en virtud de un procedimiento y de una jurisprudencia nacionales cuando *no albergaba dudas de interpretación* en el asunto»<sup>64</sup>. En esta misma línea, la Sala Tercera puso de manifiesto que «el verdadero motivo de esa anulación (sic, de la sentencia en el recurso de amparo) radica en que el Tribunal Constitucional aplica a las resoluciones de los jueces nacionales un criterio de control distinto y más intenso en materia

<sup>59</sup> STC 37/2019, FJ 6.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> STC 37/2019, FJ 5 c).

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de octubre de 2021, Asunto *Viesgo Infraestructuras SL y otros*, C-683/19.

<sup>64</sup> STJUE Asunto *Viesgo*, párrafo 20 (la cursiva es nuestra). En este sentido, en el párrafo 34 de sus Conclusiones, presentadas el 15 de abril de 2021, el Abogado General M. Bobek, recuerda que «(E)l Derecho de la Unión no se opone en modo alguno a que un tribunal superior o un tribunal constitucional decidan penalizar el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE».



de aplicación e interpretación del Derecho de la Unión cuando éstos dejan sin aplicación una ley nacional por considerarla contraía al Derecho de la Unión que cuando deciden que la normativa nacional es conforme con ese Derecho»<sup>65</sup>. Ante tal aproximación negacionista, el TJUE recuerda que, «en principio, está obligado a pronunciarse» en tanto que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieran a la interpretación o la validez de normas de la Unión<sup>66</sup>. En dichos supuestos existe una «presunción de pertinencia» que únicamente resultará desvirtuada, provocando el deber de abstención «cuando la interpretación solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado»<sup>67</sup>. Las exigencias indicadas concurren en el asunto incoado<sup>68</sup>, poniendo de manifiesto que la petición de decisión prejudicial obedece a una necesidad objetiva para la resolución del litigio»<sup>69</sup>, lo que despeja toda duda sobre la competencia del TJUE en este caso<sup>70</sup>. Sentadas tales premisas, a continuación, se abordaron los aspectos sustanciales del tema, determinándose que, en efecto, la normativa nacional que regula el bono social eléctrico se opone a la regulación que de dicha materia lleva a cabo la Directiva pertinente, causando discriminación a las empresas a las que fue aplicada<sup>71</sup>. Detectada la colisión, la

---

<sup>65</sup> *Idem*, párrafo 21.

<sup>66</sup> *Idem*, párrafo 23

<sup>67</sup> *Ibidem*. Por su parte, el Abogado General M. Bobek, en el párrafo 31 de sus Conclusiones, recordaba que «una hipotética apreciación sobre la existencia de un acto claro a efectos de exención de la obligación de plantear la remisión, en el sentido de la sentencia Cilfit, no afecta a la admisibilidad de la o las cuestiones prejudiciales».

<sup>68</sup> *Idem*, párrafo 24.

<sup>69</sup> *Idem*, párrafo 25.

<sup>70</sup> Finaliza su recorrido argumental el TJUE con una cláusula de cierre en la que recuerda que «nada impide a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según una de las partes del litigio principal, no deje lugar a duda razonable alguna. Por lo tanto, aun suponiendo que así fuera, no por ello resultaría inadmisibile la petición de decisión prejudicial que contuviese tales cuestiones (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia, C 5/19, EU:C:2020:343, apartado 45 y jurisprudencia citada)».

<sup>71</sup> *Vid* el párrafo 53, en el que se exponen las razones por las que se llega a tal conclusión: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer únicamente en las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva».

disposición interna debe quedar desplazada en la práctica, debiendo otorgarse la debida preferencia aplicativa a su referente europeo.

La resolución emanada por el TJUE, por lo tanto, avala la interpretación de la doctrina Cilfit sostenida por la STC 37/2019. De este modo, la preferencia aplicativa de una norma europea en detrimento de otra de carácter interno por parte del juez ordinario de forma automática, esto es, sin necesidad de elevar cuestión prejudicial por estimar la concurrencia de un supuesto de acto claro o aclarado, aparece sometida a un importante condicionante: queda limitada únicamente a aquellos supuestos en que dicha doctrina se refiera un supuesto materialmente idéntico<sup>72</sup>. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de considerar su aplicación por analogía a aquellos casos con los que existe una relación de *similitud*<sup>73</sup>. Actuando de este modo, se refuerza esa actitud de especial deferencia con respecto a la normativa interna, cuya preterición aplicativa en beneficio de la europea aparece rodeada un nivel reforzado de cautela. Desde tal aproximación general, se confirma la impresión de que la vinculación entre el respeto de los derechos fundamentales a la tutela judicial y al justo proceso y la cuestión prejudicial se orienta de modo preeminente no a la atribución de un perfil constitucional a la colaboración de los jueces ordinarios con el TJUE sino, antes bien, al reforzamiento del deber de aplicación de la normativa interna, sometiendo su excepción a un condicionamiento previo<sup>74</sup>. Asimismo, el pertinaz mantenimiento de una actitud elusiva ante la normativa europea (sic, de los derechos fundamentales) en su propio ámbito de actuación, desvirtuando su eficacia jurídica (efecto de primacía) para conferirle el valor de mero canon her-

<sup>72</sup> ARZOZ, X., *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 315, anticipó el sentido de la resolución emitida por el TJUE, al considerar que la interpretación del TC «se mueve dentro de los términos de la jurisprudencia Cilfit, tal y como fue elaborada por el Tribunal de Justicia».

<sup>73</sup> Especialmente significativas a este respecto resultan las afirmaciones del Abogado General M. Bobek recogidas en el párrafo 27 de sus Conclusiones, señalando que si «el tribunal constitucional nacional ante el cual se ha interpuesto un recurso extraordinario empieza a revisar si el tribunal de última instancia ha aplicado correctamente la excepción del «acto claro» de la jurisprudencia CILFIT, lo más probable es que ese propio tribunal de recurso *haya de interpretar el Derecho de la Unión*» (la cursiva es nuestra). En este sentido y para ilustrar la problemática inherente a este modus operandi en el marco de la comprensión que de su actividad sostiene el TC español frente al DUE lleva a cabo la siguiente reflexión (*vid. nota 27*): «en la comprobación específica de si existía o no un «acto claro» ante un tribunal de última instancia en un caso concreto, no puedo dejar de admirar la capacidad para revisar el fondo de un asunto sin entrar en él e interpretarlo. Es como el sueño de Schrödinger hecho por fin realidad: tener la habilidad de decir con certeza si el gato (de CILFIT) está vivo o muerto sin siquiera tener que abrir la caja (del Derecho de la Unión)».

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M., *op. cit.*, p. 132, manifiesta su percepción en torno al hecho de que para el TC «el desplazamiento en la aplicación de la ley por el juez ordinario, dando efectividad al principio de primacía de la norma europea requiere, como requisito previo, que éste eleve la cuestión prejudicial al TJUE».

menéutico, le permite mantener el espejismo, a efectos meramente formales, de mantener el derecho a decir la última palabra<sup>75</sup>.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ, I., «El decreto legislativo en la encrucijada», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34, 2020.
- ARZOZ, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015.
- *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- BUSTOS, R. «La aplicación judicial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un decálogo a partir de la jurisprudencia del TJUE», *ob. cit.*, núm. 39, 2017, p. 358.
- CARMONA, A., «Los derechos fundamentales en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en: ARAGÓN, M. *et al* (dirs.), *La Constitución de los Españoles*, Fundación M. Giménez Abad — Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.
- CRUZ, P., «¿Reserva de Constitución? Comentario al FJ 4 de la STC 76/83, de 5 de agosto, sobre la LOAPA», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983.
- «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en: CARRILLO, M.-LÓPEZ BOFILL, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en: CRUZ, P. (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995.

---

<sup>75</sup> BUSTOS, R. «La aplicación judicial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un decálogo a partir de la jurisprudencia del TJUE», *ob. cit.*, núm. 39, 2017, p. 358 atribuye justamente a tal actitud la consideración de una «victoria pírrica». Por su parte, LÓPEZ, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, p. 166, señala que «la mera prelación formal de su jurisdicción de pretendida última palabra, ni se compecede con el estado actual de la confluencia judicial en el espacio constitucional europeo, ni le permite tampoco desempeñar un papel más contributivo en la determinación de los estándares europeos, para no quedarse en instancia subsidiaria, de mera recepción (en su caso) crítica de estándares».

- LÓPEZ, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018
- PÉREZ LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.
- PUNSET, R., «Potestades normativas y forma de gobierno», en: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- QUADRA-SALCEDO, T., «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», en: *Papeles de derecho europeo e integración regional*, WP IDEIR, 23, 2015.
- REQUEJO, J. L., «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática de los Estados de la Unión Europea» en: PLAZA, C. (coords), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M., «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: Los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016.
- SARMIENTO, D., «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional, judgment 145/2012 of July 2012, Iberdrola vs. Comisión Nacional de la Energía», en: *Common Market Law Review*, 50, 2013.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007.

DOS ASPECTOS QUE ENRIQUECEN EL MARGEN DE ACCIÓN  
DE LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD:  
EL USO DE LAS «SENTENCIAS INTERPRETATIVAS»  
Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS POR DÉFICITS  
DE DELIBERACIÓN EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
*Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú*

1. Breves palabras a modo de introducción

El alcance de la labor de jueces y juezas constitucionales dentro de lo que en el Perú denominamos «Procesos de Inconstitucionalidad», y que otros entienden como proceso directo para evaluar en abstracto normas con rango de ley, se encuentra muy lejos de operar en una dinámica de «legislador negativo»<sup>1</sup>. Ahora las juezas y jueces constitucionales se manejan con mucho más soltura, y, por ello, aquí de inmediato pasaré a desarrollar dos instrumentos que hoy tiene en sus manos: las «sentencias interpretativas» y la inconstitucionalidad de las normas por déficits de deliberación en la tramitación legislativa.

2. Los elementos que ayudan a la aparición de las llamadas  
«sentencias interpretativas»

Mucho se ha escrito sobre la «constitucionalización del Derecho»<sup>2</sup> o sobre la «constitucionalización de la política»<sup>3</sup>. A la luz de ello, es claro que la jurisdicción

---

<sup>1</sup> En rigor, y si miramos el contexto en el cual la jurisdicción constitucional fue instaurándose en Europa, con un contexto de Parlamentos victoriosos frente a los reyes, probablemente no quedaba otra alternativa. Ver al respecto, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, CEC, 1987.

<sup>2</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Sobre los límites al juez(a) constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2019

<sup>3</sup> FAVOREU, Louis, La constitucionalización del Derecho. *Revista de la Universidad de Valdivia*, 1982, p. 32 y ss.; GUASTINI, Riccardo, La «constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2009, p. 49 y ss.

constitucional en general, y los alcances de la labor del juez(a) constitucional en particular, se encuentran en una indisimulable dinámica expansiva<sup>4</sup>.

Esto se debe a, como se sabe, a que no estamos ante alguien ajeno al quehacer político, y a una necesaria tarea de control, sino frente a los parámetros y los organismos llamados a, con instrumentos jurídicos, promover consensos al emprender su labor de interpretación (concretización) de la Constitución, y en base a ellos, canalizar la vida política, económica y social determinada, y dar pautas para la comprensión de nuestros diferentes ordenamientos jurídicos.

En ese orden de ideas, en un escenario donde la supremacía de la Constitución y las denominadas «constitucionalización del Derecho» y «constitucionalización de la policía» aparecen como constantes que progresivamente van consolidándose, la declaración de una norma como inconstitucional implica a todas luces la sanción más grave que a esa norma se le pueda imponer. Sin embargo, esta importante atribución debe manejarse con especial cuidado, pues, ante otros factores, como se ha dicho, durante la vigencia de cualquier norma se ha actuado en base a cualquier norma se ha actuado en base a una presunción de constitucionalidad de la misma, y, por ende, se han dado una serie de relaciones y situaciones jurídicas con buena fe y de innegable relevancia, suponiendo precisamente que estábamos habilitados en base a normativa dictada en base a la Constitución vigente.

Por ello, en la línea de lo expuesto, una importante preocupación de los(as) intérpretes vinculantes de las Constituciones contemporáneas es hoy, en la línea de preservar una presunción de las normas o actos emitidos, y además, en consecuencia con la intención de consolidar una interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico vigente, la de circunscribir la declaración de inconstitucionalidad de acto o norma a lo mínimo indispensable, recurriéndose incluso a dar pautas sobre cómo tiene que ser comprendido un precepto vigente para ser todavía conforme a la Constitución o para reducir su sesgo de inconstitucionalidad de inconstitucionalidad a solamente aquello que no pueda ser todavía conforme a la Constitución o para reducir su sesgo de inconstitucionalidad a únicamente aquello que no pueda evitarse ser reputado como tal.

Es pues dentro de este contexto, con inspiración norteamericana, pero con una importante labor de sistematización y difusión emprendidas por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana que aparecen las llamadas «sentencias interpre-

---

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, los diferentes ordenamientos jurídicos han habilitado el reconocimiento de nuevos procesos constitucionales. En el Perú, la Carta de 1993 incorpora al *habeas data* y al proceso de cumplimiento. Además de ello, en el uso de procesos ya instaurados previamente, como el *habeas corpus* (donde desde la sentencia «Eleobina Aponte» se reconocen subtipos de *habeas corpus* distintos al tradicional *habeas corpus* clásico o reparador) Ver al respecto ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *En defensa de la Constitución*. Lima, Gaceta Jurídica, 2018, p. 101 y ss.

tativas» pueden ser aplicadas en procesos constitucionales de la libertad como el amparo. Sin embargo, su uso ha sido más frecuente en los procesos de inconstitucionalidad, y por ello lo desarrollo en esta oportunidad.

Las sentencias interpretativas se explican en la medida en que la finalidad de todo proceso no se agota con la resolución del conflicto o la incertidumbre con relevancia jurídica puesta en conocimiento de algún juzgador, sino que también incluye o supone la obtención de un clima de paz social en justicia<sup>5</sup>. Ello irremediamente lleva a asumir que todo juez o jueza dentro del Estado Constitucional no solamente sea un intérprete llamado con su tarea interpretativa a concretizar los principios, derechos o valores constitucionales, sino también es un verdadero mediador —en su caso, bajo parámetros jurídicos— en la resolución de los conflictos más importantes a nivel político, social o económico en una sociedad determinada.

Esa ha sido, con altas y bajas, la actuación de la Corte Suprema Federal norteamericana, garante de ciertos parámetros y determinadas perspectivas. Sintomático es que los momentos de mayor crisis de legitimidad de este Alto Tribunal (la coyuntura previa y posterior al caso «Dred Scott», la confrontación con Roosevelt y la coyuntura del «Court Packing Plan» o la reciente oleada de críticas generada por «Dobbs v. Jackson Women s Health Organization») se dieron cuando esta Corte no desempeñó las labores de mediación aquí reseñadas, o no asumió la responsabilidad de canalizar ciertos reclamos esenciales a pesar de la notoria conflictividad que generaban los mismos (es más, cuando en casos como el de la Corte Warren la judicatura norteamericana no elude ese tipo de responsabilidad, aun caminando al borde del hiperactivismo, la experiencia ha demostrado que, a pesar de las críticas, la Suprema Corte salió bien fortalecida).

Pero en esta lógica no solamente encontramos a lo sucedido en los Estados Unidos de Norte América, sino también a lo ocurrido con los Tribunales Constitucionales europeos, que hace mucho abandonaron los parámetros de «legislador negativo», los cuales, en principio, parecen circunscritos al pensamiento kelseniano<sup>6</sup>. Como es por todos conocido, actualmente esos Tribunales Constitucionales

---

<sup>5</sup> Una detallada explicación de este concepto básico del Derecho Procesal se encuentra en MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Derecho Procesal Civil*. Lima, Studium, 1987, p. 13 y ss.

<sup>6</sup> Y es que si tomamos en cuenta los especiales recaudos dentro de los cuales se planteó la propuesta kelseniana, seguramente coincidiremos en señalar que estos son explicables dentro del especial contexto en el que dicha propuesta fue formulada, un escenario cuyos rasgos también estaban presentes en buena parte de Europa occidental: bien podría crearse que en un escenario de crisis política y social, donde imperaba un sentimiento de desconfianza en la labor parlamentaria, no venía mal jugar con la posibilidad de contar con un organismo imparcial que asegurara bajo parámetros jurídicos la plena vigencia de la limitación y organización del poder prevista en la Constitución, aunque sin interferir en las tareas de otras instituciones o el normal desarrollo de la vida política de cada Estado en particular.

incluso emiten «sentencias interpretativas», siendo ahora más bien el reto el de la necesidad de establecer cuál es el límite para la actuación judicial en un escenario tan interesante y a la vez tan complejo como este, tema que he abordado en otros trabajos<sup>7</sup>.

### 3. La regulación de las denominadas «sentencias interpretativas»

#### 3.1. EL PROBLEMA DEL NOMBRE «SENTENCIAS INTERPRETATIVAS»

Ahora bien, es preciso anotar que el nombre «sentencias interpretativas» para referirse a aquel tipo de sentencias es, en rigor, equívoco, como bien en Italia han destacado autores como Crisafulli, Silvestre o Montella. Y es que, en puridad, cualquier sentencia es interpretativa en tanto y en cuanto toda sentencia implica el desarrollo y la conclusión de tareas de interpretación (sin preocupar en ese escenario la perspectiva de la cual es parte).

Sin embargo, habitualmente se denominan «sentencias interpretativas» a aquellas donde, luego de efectuar una distinción entre cada disposición o enunciado normativo en particular y las normas o sentidos interpretativos que contiene, quien(es) emite(n) la(s) sentencia(s), buscando por un lado preservar la supremacía constitucional, pero también intentando evitar la eliminación de leyes ya existentes (salvando la constitucionalidad de la disposición cuestionada o construcción cuestionada o constriñendo la inconstitucionalidad de la misma a lo más acotado posible), consagrarán una comprensión de las disposiciones sometidas a su análisis conforme con la Constitución.

#### 3.2. LA DIFERENCIA ENTRE DISPOSICIÓN Y NORMA

La diferencia a la cual nos venimos refiriendo es aquella que distingue entre disposición y norma. Por disposición se suele comprender al enunciado gramatical contenido en un precepto normativo y que recoge el conjunto de palabras, signos de puntuación, la redacción empleada, entre otros aspectos. En cambio, cuando se alude a una norma se está aludiendo al mandato normativo que se desprende de

---

En ese contexto más que un intérprete o un mediador, lo que Kelsen buscará entonces es alguien que resuelva o concluya ciertos criterios con la menor presencia social y política de cada Estado en particular, y de allí la lógica del «legislación negativo». KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (traducción de Roberto J. Brie). Madrid, Tecnos, 1995; y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *En defensa de la Constitución*, op. cit., p. 324.

<sup>7</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Sobre los límites al juez(a) constitucional*.



la le que extraen las normas jurídicas que se extraen de la lectura de la disposición. En este sentido, es de una disposición jurídica que extraen las normas jurídicas, dando lugar que el primero será el significante, y el segundo, el significado<sup>8</sup>

De la distinción glosada, se puede entender, con toda claridad, que existe la relación entre disposición y norma, más aún si de la disposición siempre se desprenden las normas o sentidos. En definitiva, a partir de una disposición se pueden extraer varias normas, tantas como significados sea posible atribuir a sus enunciados normativos, al igual que habrán normas que sean producto de la combinación de más de una disposición, o incluso normas implícitas, que en principio no son de disposición alguna en particular. Todo esto se hace patente en la dinámica de todo proceso judicial, y particularmente en los de control de normas, en tanto que una parte articula su defensa sobre la base de una lectura de la disposición en principio aplicable a su caso (es decir, de una norma jurídica, y la otra, en función de una visión diferente de la misma disposición, y por consiguiente, arguyendo una norma jurídica distinta<sup>9</sup>).

No obstante, y como no puede ser de otra manera, el paso de uno a otro se da a través de la interpretación jurídica. En ese orden de ideas, los criterios, los métodos y los principios de interpretación que he comentado en diversos textos<sup>10</sup> juegan un papel por demás fundamental. Y es que, conforme se ha visto, la posición axiomática del intérprete y el uso que este le otorgue a los criterios y principios de interpretación constitucional, así como a los métodos correspondientes, determinará en última instancia la naturaleza y el contenido del mandato normativo, es decir, de la norma jurídica.

Esta distinción entre disposición y norma jurídica se torna esencial para efectos de interpretación para efectos de aproximarnos al margen de acción del juez(a) constitucional. En la medida en que su labor está dirigida a defender la jerarquía normativa de la Constitución, y, como parte de ello, los límites al poder y los derechos fundamentales, habría que preguntarse si al momento de examinar la constitucionalidad de una ley, el objeto de su análisis es la disposición o la norma jurídica. En otros términos, en los casos en que se confirma en que se confirma la acusada inconstitucionalidad, ¿se declara inconstitucional la disposición o la norma? La respuesta a esa interrogante nos permitirá establecer cómo es que la dife-

<sup>8</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra, 2003, p. 53.

<sup>9</sup> Sobre la base de este tipo de consideraciones, se han identificado las disposiciones en varias clases. Así, tenemos las complejas, de las cuales se extraen varias normas de forma conjunta; las ambiguas, de las que se pueden desprender varias normas alternativamente (una u otra); las sinónimas, supuesto en el cual de varias disposiciones obtiene la misma norma; y las parcialmente sinónimas, en cuyo caso de cada una de las disposiciones se obtiene en conjunto varias normas, algunas de las cuales coinciden.

<sup>10</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *En defensa de la Constitución*.

rencia que vengo apuntado se erige en un presupuesto básico para la emisión de sentencias interpretativas por parte del juez(a) constitucional. Pues bien, habría que tomar en cuenta, reformando conceptos previamente fijados, que en última instancia, las normas jurídicas son los resultados de las interpretaciones de las disposiciones: es decir, es la manera como se materializa al proceso racional del operador del Derecho.

De acuerdo con lo expuesto, no queda duda que, cuando se cuestiona una ley u otro componente normativo, se hace sobre la base de una de las posibles de ella, lo que quieren atención decir que bien podría ser factible la existencia de otras y que no necesariamente presenten los vicios o deficiencia que la parte demandante acusa. En otras palabras, la inconstitucionalidad que se alega es a partir de la norma jurídica que se alega es a partir de la norma jurídica que el demandante ha derivado de una o varias disposiciones; sin embargo, en atención a la diferencia que aquí hemos hecho, ello no significa que de ese precepto legal o de esas mismas disposiciones no puedan derivarse otras normas jurídicas que resulten compatibles con la Constitución. De presentarse este último caso, el juez(a) constitucional se ve en la obligación de señalar cuál es la interpretación conforme con la Constitución.

### 3.4. LOS TIPOS DE SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS<sup>11</sup>

#### 3.4.1. *Consideraciones generales*

Ahora bien, la interpretación de esta técnica en la jurisprudencia peruana a la cual acudo solo a presentar esta tipología de sentencias, pues, en rigor se trata de un fenómeno constatable en la vista experiencia comparada y, por lo tanto, es en rigor propio de la jurisdicción-constitucional contemporánea, se da a partir del caso «Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos» (STC 010-2002-AI) y ha seguido utilizándose en casos posteriores<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Debo aclarar que el uso de sentencias interpretativas puede usarse en procesos como el amparo, pero que es en el escenario de los procesos de inconstitucionalidad donde es más frecuente y rico el uso de esta importante técnica interpretativa

<sup>12</sup> Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos recurrieron al Tribunal Constitucional buscando la declaración de inconstitucionalidad de una serie de decretos leyes dictados por el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori desde el «autogolpe» del 5 de abril de 1992 y la instauración del autodenominado por el fujimorismo Congreso Constituyente Democrático. Además, planteaba para discutir las normas dictadas luego del 5 de abril de 1992 hasta el momento de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional, tanto con la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993.

Siguiendo las pautas de una «sentencia instructiva» (explicativa, con una dinámica de manual), el Tribunal Constitucional, este calificado intérprete de la Constitución, además de abordar otros te-

En efecto, ya en «Tineo Silva», aun cuando luego se han establecido algunos importantes matices al respecto, el Tribunal Constitucional peruano acoge toda una tipología para comprender a sus diferentes tipos de sentencias, donde incluye a las diversas clases de sentencias interpretativas cuya existencia reconoce y acoge de la experiencia de otros países. Así pues, se hablará de sentencias estimativas y sentencias desestimatorias. Al interior de las estimativas se ubicará a las de simple anulación, las interpretativas propiamente dichas y las interpretativas manipulativas (las cuales a su vez incluyen a las exhortativas, estipulativas, aditivas, reductoras y sustitutivas). En el escenario de las desestimatorias se consigna más bien a las de desestimación por rechazo simple y las de desestimación por sentido interpretativo (o interpretativas desestimatorias). Veamos entonces con un poco más de detalle cada una de estas sentencias.

### 3.4.2. *Las sentencias estimativas*

Se hablará entonces de la existencia de sentencias estimativas, como aquellas mediante las cuales se declarará fundada una demanda de inconstitucionalidad. Estas a su vez se subdividirán en sentencias de simple anulación, interpretativas propiamente dichas e interpretativas manipulativas.

#### 3.4.2.1. Las sentencias de simple anulación

En las sentencias de simple anulación el (la) juzgador(a) constitucionalidad de todo o parte de la norma. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de la norma, siguiendo la vieja propuesta kelseniana, solamente tendría efectos desde su dación, y con repercusiones para el futuro.

---

mas, indica qué entiende por sentencias interpretativas, reseña sus tipos o clases y da las pautas mediante las cuales justifica y legitima un uso. Ello, en base a un razonamiento con más o menos el siguiente tenor: si el trabajo de un Tribunal Constitucional en general (y con el juez o jueza constitucional en particular) es el de, además de declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas con rango de ley, proporcionar los parámetros de inconstitucionalidad de aquellas normas con rango de ley, proporcionar los parámetros interpretativos en función de leyes, corresponder y aplicar las leyes, jueces ordinarios y cualquier otro(a) ciudadano(a) deben comprender y aplicar las leyes, corresponderá al Tribunal Constitucional emitir sus sentencias estimatorias o desestimatorias sin dejar vacíos o lagunas, debiendo conocer con cualquier incoherencia o confusión.

Asimismo, a renglón seguido, una clasificación con claro origen italiano, el Tribunal Constitucional peruano efectuará ciertas anotaciones sobre el contenido y sentido de los diversos tipos de sentencias interpretativas que asume aplicable el Perú. Así, las sentencias que denomina «interpretativas propiamente dichas» están descritas en el fundamento 29 del fallo que vengo comentando. Las aditivas en el 31 y las exhortativas en el 32. Sin embargo, es recién con la STC004-2004-CC (caso «Poder Judicial») que el Tribunal peruano completará la clasificación que hasta ahora aplica sobre el particular

### 3.4.2.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

Por su parte, en las sentencias interpretativas propiamente dichas lo que se declarará inconstitucional es aquella interpretación reputada errónea o indebida de una norma en particular (o al menos, de alguno de sus preceptos), equivocación mediante la cual se le ha dado un contenido y un significado distintos a aquellos que en realidad le correspondan. En tal sentido, sean estas sentencias estimadas o desestimadas, apuntan, como ya se ha dicho, a entrar al sentido de la disposición analizada, buscando evitar una declaración de inconstitucionalidad. O en su caso, circunscribir sus alcances a la mínima expresión<sup>13</sup>. Dicho con otras palabras, se escoge entre los sentidos interpretativos (normas) cuál(es) es(son) conformes a la Constitución o en su defecto cuál(es) es(son) conformes a la Constitución o en su defecto, cuál(es) es(son) el(los) que incluye(n) elementos de inconstitucionalidad en menor incidencia o más acotados.

### 3.4.2.3. Las sentencias interpretativas manipulativas

Las sentencias interpretativas manipulativas implicarán en cambio que el juzgador o juzgadora competente encuentren y determinen un contenido normativo institucional dentro de una norma con rango de ley, y otro constitucional, subdiviéndose por ello a su vez en sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas. Entraremos en primer lugar un poco más en detalle en esta última subdivisión.

a) Sentencias exhortativas. Cuando hago mención a las sentencias exhortativas, me estoy refiriendo a aquellas donde el juez(a) constitucional, a pesar de haber detectado la incompatibilidad de una norma con la Constitución, le solicita al legislador(a) al legislador(a) que, en un plazo razonable, efectúe las modificaciones que resulten necesarias para eliminar el vicio detectado (más no sancionado). En este sentido, únicamente implican la emisión de recomendaciones para que, dentro de tiempo razonable, sean expedidas las normas que en puridad sean acordes con los parámetros constitucionales vigentes.

<sup>13</sup> Un ejemplo de este tipo de decisión en la STC 010-2012-AI/TC f. 93. En dicha oportunidad se estableció que, entre dos posibles interpretaciones del artículo 6, inciso 4, del Decreto Ley número 25659 8que una señalaba que» No son admisibles las acciones de *habeas corpus* sustentadas en los mismos derechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto». Esto en el marco de procesales penales por delitos de terrorismo o traición a la patria)) debe considerarse constitucional la interpretación que se admite la procedencia del *habeas corpus* «si existiera afectación del derecho a la libertad individual» debida a «una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dar al procedimiento», y se descarta más bien la interpretación que admita que el juez constitucional se descarta más bien la interpretación que el juez constitucional se pronuncie en torno a la interpretación.

Ahora bien, el reconocimiento de un mecanismo como el de la emisión de las sentencias exhortativas no es, o por lo menos no debiera ser, o por lo menos no debiera ser, una puerta abierta para que, en el plano de las recomendaciones, aquella respecto a lo cual en un Pleno de un Tribunal (o en una de sus Salas) no existió consenso pueda ser presentado como algo exigible a los diferentes intervinientes en un proceso, y, de ser necesario, a las distintas reparticiones estatales e incluso a la comunidad en general. Sin embargo, tampoco implica un pretexto para «que las(los) juzgadoras(es) constitucionales se conviertan en los directores de la vida política de un país»<sup>14</sup>.

Para Marina Gascón, en puridad, una sentencia exhortativa solamente debiera emitirse cuando los(as) jueces(zas) constitucionales advierten la inconstitucionalidad de una norma o una situación jurídica determinada, pero, en la medida que no le compete dictar en el detalle de cómo debe darse una regulación infraconstitucional, deriva al legislador la responsabilidad de reparar los vicios que detecte<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Mención especial merece el uso dado a las sentencias exhortativas en el caso conocido como «Poder Judicial» (STC 004-2004-CC). Allí, por lo menos en el apartado 3.3.4 de esta sentencia, el voto en mayoría da a entender que es el Congreso no cumple con la exhortación que allí le formulan, dentro de un plazo cuya razonabilidad haya sido determinado por los Magistrados del Tribunal Constitucional peruano. Sus miembros podrán emitir una nueva sentencia sobre el particular. Los alcances de lo señalado por algunos de los entonces integrantes del Tribunal Constitucional pueden ser objeto de discusión, pues, con todo respeto, no parece contar con sustento constitucional suficiente.

<sup>15</sup> Ver al respecto GASCÓN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 73. Justo es señalar que en algunos casos en buena medida, quienes recurren a diferentes tribunales/TC, donde veinticinco congresistas peruanos buscaron cuestionar jueces(zas) constitucionales son verdaderos corresponsables de este cambio de perspectivas al plantear demandas que en realidad pueden encerrar preocupaciones valederas, pero que en rigor debieron más bien obtener una exhortación del Tribunal y poco más. Esto fue lo que sucedió, por citar un caso, en la controversia recogida en el Expediente 0044-2004-AI/TC, donde veinticinco congresistas peruanos buscaban cuestionar la constitucionalidad del Himno Nacional, lo cual consiguieron en parte, pues lograron la reincorporación a ese mismo himno de una estrofa, redactada en su momento por sus compositores originales, sin que para ello medie una actuación del legislador(a). Aquí se deniega el uso de una exhortación al legislador(a), lo que hubiese sido en rigor lo propio. Sin embargo, en el grueso de los casos, las exhortaciones habían sido usadas para casos similares.

Y si lo recientemente expuesto no fuese suficiente, ante casos como el proceso competencial conocido con el nombre de «Poder Judicial» (STC 004-2004-CC), encontramos exhortaciones como aquella dirigida a que la judicatura ordinaria formule una política institucional de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se organizará la judicatura ordinaria para impartir justicia. Para ello, se indicaba que la judicatura ordinaria debía identificar sus fines y objetivos específicos; hacer un inventario de los medios con que cuenta, los lugares donde centraría su actuación, y cuáles serían sus líneas de acción.

Como bien podemos apreciar, las exhortaciones vienen incluyendo invocaciones de lo más diversas para pronunciarse acerca de temas en los cuales se va más allá de lo que puede y le conviene hacer. Durante mi desempeño en el Tribunal Constitucional peruano, siempre fui partidario de dar órdenes u orientaciones dentro de nuestras competencias y en el campo de lo que luego podamos seguir su cumplimiento.

b) Sentencias estipulativas. Sería, en cambio, aquellas que exponen sus conceptos, alcances y efectos, para así, más adelante, ya no tener que volver a explicarlos. En este aspecto, habría que reconocer la vocación didáctica que envuelve a este tipo de sentencias, pero cuyo uso debiera darse, como es obvio, solo en la medida en que resulte estrictamente necesario y sin que ello implique imponer concepciones doctrinarias particulares sobre asuntos que admiten más de una postura<sup>16</sup>.

c) Sentencias aditivas. En ellas se constata la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto el juez(a) constitucional comprueba que se ha dejado de mencionar algo que era necesario que estuviese previsto para que dicha disposición (o parte de ella) deberá, de allí en adelante, resulte conforme a la Constitución. Ante este tipo de casos, no se declara inconstitucional de todo el precepto legal, sino que se resalta la omisión. Por ello, y luego de comprada la inconstitucionalidad correspondiente, para que la Constitución deberá, de allí en adelante asumirse como parte de su contenido aquello que el juez(a) constitucional consideró como omitido.

En buena cuenta, serían las sentencias manipulativas aditivas que pasan por la determinación de una inconstitucionalidad por omisión legislativa e implican añadir algo a lo hasta entonces vigente para así alcanzar su constitucionalidad<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> En este sentido, en atención a su carácter didáctico, las sentencias «estipulativas» y las «instructivas» tienen aspectos en común. Lo que tal vez las distingue, sin que se trate de una situación excluyente, es la intención más bien pedagógica o divulgatoria en el caso de las instructivas, y la vocación sobre todo relacionada con el establecimiento de precisiones conceptuales o técnicas, vinculadas estrechamente con lo que se quiere resolver, en el caso de las estipulativas.

<sup>17</sup> Casos relevantes en los cuales se ha hecho uso de este tipo de decisión son, por ejemplo, lo resuelto en el fundamento 65 de la STC 00010-2002-AI, en el cual se dispuso que el artículo 2 del Decreto Ley N.º. 25475, que en torno al delito de terrorismo prescribía «El que provoca, crea o mantiene (...)», y debe entenderse como «El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene», con la finalidad de que sea considerado como constitucional. Otro caso en el que se usó esta técnica lo encontramos en la STC 0002-2008-AI, sobre la legislación que autorizaba al personal militar a intervenir para establecer el orden interno; al resolver, se estableció que la disposición contenida en el artículo 7 de la Ley N.º. 29166 era constitucional siempre que la expresión «en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia», sea entendida como «en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley (...)». Asimismo, en el caso Exp. N.º. 0044-2004-AI, conocido como el caso del Himno Nacional, el Tribunal Constitucional peruano alegó la aplicación de una sentencia de tipo aditivo (f.j. 19).

Como se ha dicho, este tipo de decisiones implica incluir a un determinado grupo de personas o de situaciones en una regulación jurídica que inicialmente los excluía, lo cual es considerado como inconstitucional. Ahora bien, en puridad esa tarea poco o nada tenía que ver con la incorporación de una estrofa en el Himno Nacional dentro de las consignadas en la ley correspondiente, esto es, la Ley N.º. 1801, y por ello consideramos que en este caso no era necesario recurrir a las sentencias de carácter aditivo.

Decisión sin duda polémica, más aún si no se maneja con solidez la diferencia entre disposición y norma, pues podría pensarse que en realidad el juez constitucional estaría incorporando algo en la disposición que no fue objeto de atención por el legislador<sup>18</sup>.

d) Sentencias reductoras. Se caracterizan precisamente por lo inverso al caso que acabo de describir: aquí la inconstitucionalidad de una disposición, o de parte de ella, se produce en tanto y en cuanto el juez(a) constitucional considera que allí se ha incluido algo con un sentido o posibilidad interpretativa que no sería conforme a la Constitución. Aquí, y luego de la declaración correspondiente, para que la disposición en cuestión sea entendida como conforme a la Constitución, deberá asumirse que, para salvar la constitucionalidad de la disposición impugnada (o constreñir su inconstitucionalidad a lo más acotado posible), considerar que lo colocado en exceso (mirado desde los parámetros de la interpretación confirme a la Constitución) como fuera del contenido ese aspecto en particular.

En esa línea de pensamiento, las sentencias reductoras serían aquellas en las cuales se anota que parte de un texto cuestionado es inconstitucional, inconstitucionalidad que buscará revertirse recortando su contenido normativo, y por ende, circunscribiendo su aplicación a casos concretos en sede administrativa o judicial<sup>19</sup>.

e) Sentencias sustitutivas. Finalmente, las sentencias sustitutivas tienen como particularidad que la inconstitucionalidad de toda una disposición, o parte

<sup>18</sup> Para más detalle revítese DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2003, pp. 55-63.

<sup>19</sup> Un ejemplo claro de sentencia reductora lo encontramos en lo resuelto en la STC 0015-2001-AI, 0016-2002-AI y 004-2002-AI (acumulados) a través de la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta disposiciones que limitaban el pago de sumas de dinero ordenadas judicialmente en los procesos seguidos contra el Estado. Al respecto, al resolver el Tribunal Constitucional dispuso que el artículo 2 de la Ley N.º 26756 era inconstitucional en la parte que contiene el adverbio «Solo» (la regulación señalaba que, «Solo son embargables [...]»), subsistiendo entonces con la siguiente redacción: «Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley». En similar sentido, se dispuso que lo regulado por el artículo 42 de la Ley N.º 27584, esto es que «las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas única y exclusivamente por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda (...)» resulta inconstitucional en la medida que incorpora las expresiones «única y exclusivamente», por lo cual se declara la inconstitucionalidad de dichas expresiones.

Otro ejemplo claro en que se encuentra este tipo de decisiones lo encontramos en la STC 00022-2011-PI, pues en alguno de sus puntos resolutorios se declara la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, pero únicamente en la medida en que se ha incluido algunas expresiones, por lo cual se declara la inconstitucionalidad de un específico «enunciado normativo» (en el caso, la expresión «punzo cortantes o contundentes en cantidad» prevista inicialmente en el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095 o en «el extremo que se incluye» una determinada palabra (la expresión «rebelión», contenida en el artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094).

de ella, no es consecuencia de la omisión de un aspecto (como las aditivas) o la indebida inclusión de otro (como las reductoras), sino más bien en resultado de incluir algo no conforme con la Constitución en vez de tener previsto aquello que sí estaría de acuerdo con parámetros constitucionales.

La labor que aquí efectúa el juez(a) correspondiente tiene dos partes o etapas: una primera, por la cual se declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición impugnada; y una segunda, donde el (la) juzgador(a) «reconstruye» la disposición dándole un contenido diferente, ahora sí de acuerdo con los principios constitucionales que se considera habrían sido vulnerados. En tal sentido, simultáneamente se declara la inconstitucionalidad parcial de una norma y se incorpora una modificación del aspecto que acaba de señalarse como inconstitucional, produciendo así un cambio o alteración de parte de la «literalidad» de una disposición<sup>20</sup>.

#### 4.4.3. *Las sentencias desestimativas*

Al lado de todos los diferentes tipos de sentencias estimativas tendremos sentencias a las cuales se denominan desestimativas, las cuales declaran, según cada caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las pretensiones de reputar a alguna(s) norma(s) como inconstitucional(es). Una denegatoria como esta implicará la imposibilidad de plantear un cuestionamiento de similares características al ya resuelto, o, de insistirse con un planteamiento similar, el inevitable rechazo del mismo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Aun cuando justo es reconocer como el Tribunal Constitucional peruano se ha preocupado en explicar cómo y cuándo recurre a las diferentes posibilidades de sentencias interpretativas con las que cuenta, sobre todo si estas son de tipo aditivo o sustitutivo, no puedo aquí dejar de resaltar como en varios casos no se ha dado precisamente un adecuado manejo de las categorías invocadas. Así por ejemplo, en el Exp. N°. 010-2002-AI y el primero vinculado con la legislación antiterrorista, y más directamente a lo relacionado con el artículo 13, inciso a) del Decreto Ley N°25475, la mayor parte de los miembros del Tribunal Constitucional, básicamente entre los fundamentos 135 y 137 de su pronunciamiento, alegan cambiar el sentido interpretativo de la norma antes mencionada, recurriendo para ello a aprobar una sentencia sustitutiva. Sin embargo, con la sola lectura de la norma cuestionada quedaba claro cuál era el sentido de dicha norma, con la que en rigor no era necesario emitir una sentencia sustitutiva, tal como anotó el voto singular de entonces magistrada Revoredo Marsano. Salvo que lo que quisiera hacerse es emitir una nueva norma para no dejar sin regulación in tema en particular, lo que aquí debió hacerse sin más es declarar inconstitucional el precepto impugnado. Lo contrario, que es lo que finalmente se realizó, puede ser una muy bien intencionada muestra de hiperactivismo, pero sin duda va bastante más allá de lo que compete a un(a) juez(a) constitucional.

<sup>21</sup> Basta con una rápida mirada a las definiciones dadas por el Tribunal Constitucional peruano en las sentencias antes mencionadas para encontrarse con ciertos problemas conceptuales. Entre ellos tenemos, por ejemplo, el de la ausencia de correspondencia entre lo que se califica como sentencia interpretativa manipulativa y el concepto asignado a las sentencias reductoras, supuestamente una es-



Ahora bien, debe en todo momento tenerse presente que no son pocos quienes asumen a las sentencias interpretativas como un desafío y hasta una intromisión en los ámbitos tradicionalmente reservados para aquellos que cuentan con potestad legislativa y — sobre todo — con competencias propias de los parlamentarios o congresistas. Una formulación insuficiente o inconsistente de estas posibilidades de pronunciamiento si duda las hace más vulnerables a este tipo de críticas y críticos, y por ello, estamos ante un aspecto cuyo análisis no debiera descuidarse.

#### 4.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS POR DÉFICITS DE DELIBERACIÓN EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

##### 4.5.1. *Déficits deliberativos en la tramitación de una ley, o norma con rango legal, en el Congreso*

Muchas veces se cree que, frente a la eventual inconstitucionalidad de una norma, dicha inconstitucionalidad puede ser invocada tanto por «razones de forma», como «razones de fondo». Ahora bien, además de ello es necesario precisar que si las alegaciones realizadas para cuestionar la constitucionalidad de una norma giran en torno a la exoneración de los trámites o del íter legislativo habitual que debía seguir la aprobación de la resolución legislativa cuestionada estamos ante un vicio de inconstitucionalidad diferente y específico. Nos referimos pues a déficits de deliberación y reflexión, los cuales, más aún si partimos de un sistema de Congreso unicameral como el vigente en el caso peruano, no deberían ser considerados tan solo como vicios «de forma» o, dicho con otras palabras, como un mero incumplimiento de previsiones procedimentales o de tramitaciones formales.

Por el contrario, estos déficits de deliberación constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Por ello entonces, y no solo por cuestiones de tramitación, es que la contravención de tales parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

El principio democrático se encuentra expresamente reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Entre sus contenidos o subprincipios se encuen-

---

peña de dicho género. Por otro lado, la definición asumida de sentencias sustitutivas (modificación o alteración de una parte del texto literal de una ley o norma con rango de ley) tampoco compatibiliza con la distinción entre disposición y norma, base de la construcción de las sentencias interpretativas en general.

tran, entre otros, el principio mayoritario (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el principio pluralista (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la descentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc); el principio de respeto a las minorías (o de «respeto a los derechos de las minorías», el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como «democracia sustantiva»); el principio de alternancia (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o de régimen competitivo de elecciones por ejemplo); y el principio deliberativo (que implica que la democracia va más allá del «momento del voto», sino que es una «cultura» o «forma de vida», lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.).

Volviendo entonces al sustento y alcances de los vicios deliberativos, conviene anotar que estos se relacionan directamente con, valga la redundancia, el componente deliberativo del principio democrático. De esta forma, los señalados vicios únicamente podrían ser considerados como meramente «formales» desde concepciones ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia tan solo equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, tal vez siguiendo las formalidades previstas al respecto, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide (en este sentido, se tratarían de concepciones que solo atienden al «principio de mayoría»).

Efectivamente, para las concepciones mayoritaristas de democracia solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Sin embargo, y por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, hoy la legitimidad de las decisiones públicas se entiende basada en las razones que se ofrecen a favor de estas y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede y hasta corresponde hablar ahora de un «giro argumentativo» o «deliberativo» en la concepción de democracia. Este giro se encuentra directamente relacionado, por cierto, y entre otros factores, al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, el cual ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional peruano (SSTC 00090-2004-AA, f. j. 12; 03864-2014-PA, f. j. 32; 4101-2017-PA, f. j. 20; 5811-2015-HC, f. j. 42; STC 06167-2005-HC, f. j. 30; 01803-2004-AA, f. j. 12-14), y también con las previsiones constitucionales que señalan que la persona humana es el fundamento y el límite último para el poder político (artículo 1 de la Constitución); o con las prescripciones constitucionales que resaltan la naturaleza limitada del poder político (artículo 45 de la Constitución). En efecto, y de lo anterior, se desprende con

claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político no puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones y no puede simplemente imponerlas.

En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, asimismo, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la «legitimidad» de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, el cual va más allá de la aislada «legalidad» o la «autoridad formal». Así, es claro que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales —como lo es la aprobación de una ley o de una resolución legislativa— deben ser «legales», pero deben también ser «legítimos». Deben emanar de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. En otras palabras, deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su «vigencia» («formal») como con su «validez» («material»).

En este sentido, además, en un pronunciamiento muy reciente, el Tribunal Constitucional peruano ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones y, en particular, de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. N°0006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada «Ley Antitransfugismo»), se sostuvo que:

«3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.

4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las precedan al conteo de votos, de manera

que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general».

En similar sentido, recientemente, en la STC exp. N°00006-2018-AI (llamado caso de la «cuestión de confianza»), el Tribunal Constitucional se ha referido también a los «vicios de deliberación» para precisar que las leyes que involucran «trascendentales reformas que inciden en la esencia misma de nuestra Constitución» no pueden ser discutidas a la ligera ni ser exoneradas, utilizando como regla un mecanismo excepcional, de los debates que corresponde llevar a cabo en el ámbito de las comisiones parlamentarias y del Pleno.

Con lo anotado, es claro pues que la legitimidad, e incluso si cabe hablar de ello, la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una deliberación robusta hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de aquellos que se encuentren directamente en situación de violación o amenaza de violación, así como las de los sujetos y colectivos que se encuentren en situación de debilidad, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no deben tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publicación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser

plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de deliberación suficiente en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente. Ello significaría no entender que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

Adicionalmente, y a mayor abundamiento, este tipo de inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. «caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería», de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

#### 4.5.2. *Sobre los criterios a seguir para especificar si estamos ante déficits de deliberación en el debate parlamentario*

Señalado lo anterior, parece necesario hacer referencia a algunas consideraciones adicionales en torno a la posibilidad de realizar el mencionado control constitucional sobre los déficits de deliberación, ello con la finalidad de hacer más racional u ordenado dicho análisis.

De esta forma, podemos agregar lo siguiente, a modos de criterios o insumos a tener en cuenta, en relación con los temas que se discuten en el ámbito parlamentario o con los presupuestos básicos de la deliberación parlamentaria.

Una referencia a la exigencia deliberativa. Conforme a este criterio, algunos temas, debido a su relevancia constitucional o a su importancia manifiesta, deben implicar mayores esfuerzos en cuanto al debate y la generación de consensos en torno a los contenidos a ser aprobados. En este sentido, algunas materias, principalmente en atención a lo dispuesto por la propia Constitución de cada Estado, deben encontrarse sujetas a un mayor escrutinio deliberativo. Aquello implica, básicamente, que cuando mayor sea la importancia o relevancia constitucional del asunto discutido, mayor debe ser el estándar para evaluar la suficiencia deliberati-

va del procedimiento parlamentario. De este modo, y entre los temas que dentro de la Constitución peruana de 1993 pueden encontrarse como lo que deben exigir una mayor exigencia en la discusión, la reflexión y la eventual revisión de los contenidos aprobados o por aprobar, encuentro a, por ejemplo:

- Los asuntos considerados por la propia Constitución como «deberes primordiales» del Estado (artículo 44): soberanía nacional, derechos humanos, seguridad nacional y bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
- Las materias que forman parte del núcleo identitario de nuestra forma de Estado, de nuestra forma de gobierno, de nuestro sistema político o de nuestro constitucionalismo en general: sistema político republicano y democrático (artículo 3, 43 al 46), Estado social (artículo 43, 23 y 59), Estado independiente y soberano (artículo 43), forma de Estado unitario y descentralizado (artículos 43, 188 y ss.), forma de gobierno (artículos 43, 90 y ss.), régimen de separación entre iglesia y Estado o de «Estado laico» (artículo 50). En igual sentido, deben ser objeto de un mayor escrutinio deliberativo regulaciones que indican en nuestra Constitución económica (artículo 58 y ss.), nuestra Constitución cultural (artículos 2, incisos 8 y 19; 21 y 89), o nuestra Constitución ambiental (artículos 7-A, 66 y ss), y similares.
- Las cuestiones que, conforme con la Constitución, deben ser reguladas necesariamente a través de leyes orgánicas (artículos 200, inciso 6; 31, 66 y 106): los derechos de participación política, el aprovechamiento de los recursos naturales, la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado (básicamente de los poderes estatales y los organismos constitucionales autónomos) y los procesos constitucionales.
- Los temas contenidos en tratados internacionales y que, también por mandato constitucional, requieren en atención al objeto de la regulación, de una intervención necesaria del Congreso (artículo 56): derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; y obligaciones financieras del Estado.

En atención a ello, en todos casos corresponde un mayor nivel de exigencia deliberativa, es decir un escrutinio deliberativo exigente o alto, en el proceso de discusión, aprobación y reflexión en torno a disposiciones legislativas. En el marco de lo expuesto, asimismo, es posible hacer referencia a un segundo grupo de materias que requerirían de un escrutinio deliberativo intermedio: por ejemplo, aquellas relacionadas con los objetivos y políticas contenidas en el Acuerdo Nacional. Recordemos, a estos efectos, que el propio reglamento del Congreso

peruano prevé como un requisito para las proposiciones de ley o de resolución legislativa, que estas deben hacer referencia explícita a si lo regulado relacionado con «políticas de Estado expresadas en el Acuerdo Nacional». En igual sentido, podría incorporarse, por ejemplo, lo relacionado a lo contenido en el «Plan Estratégico de Desarrollo Nacional» (actualmente el «Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021», pero que se encuentra sujeto a revisión por parte del Ceplan, Centro Nacional de Planeamiento Estratégico). Finalmente, y con beneficio de inventario, seguramente las otras materias que podrían ser reguladas le s competiría un nivel de exigencia deliberativa menor, y por ende, se trataría de cuestiones cuyos déficits deliberativos (lo cual, por cierto, habría que evaluar caso por caso) no necesariamente acarrearía la inconstitucionalidad de la disposición legislativa.

Anotaciones sobre suficiencia deliberativa. Este criterio alude a los presupuestos o condiciones mínimas de discusión y reflexión que corresponde exigir en la tramitación de una ley o resolución legislativa. Ahora bien, es claro que no se le puede negar al Congreso la posibilidad de tramitar con celeridad y de modo excepcional algunas propuestas, eximiendo para ello a las iniciativas, proyectos o dictámenes de algunas de las etapas del procedimiento legislativo. Sin embargo, y en sentido inverso, tampoco puede aceptarse que, con base a la posibilidad de que algunos requisitos o etapas puedan ser exoneradas, se elimine toda forma de deliberación o de reflexión sobre el contenido de la ley, de tal forma de que la discrecionalidad con la que cuenta el Congreso para eximir o dispensar a los proyectos del cumplimiento de algunas exigencias reglamentarias no constituya, más bien, una arbitrariedad. Con base en ello, es posible hacer referencia a dos presupuestos mínimos que deben tenerse en cuenta en atención a la suficiencia deliberativa en la tramitación de un proyecto legislativo.

- **Deliberación mínima:** Este criterio alude a la necesidad de que las propuestas legislativas deben pasar, por lo regular o como estándar medio, por un espacio en el cual haya sido posible discutir sus contenidos, esto es, intercambiar razones a favor y en contra de la regulación con la finalidad de mejorar, corregir o validar la propuesta de que se trata.

Dentro de las etapas del procedimiento legislativo, las directamente relacionadas a este ámbito de deliberación son las del debate (1) en el seno de las comisiones de estudio (donde la discusión es principalmente técnica y se permite la intervención de especialistas, y de agentes sociales o públicos relevantes) y (2) en el Pleno del Congreso (donde además la discusión adquiere un temperamento político). En este sentido, el que una ley o una resolución legislativa deba ser objeto, en algún punto, de deliberación, significa que, prima facie y como parte del «escrutinio deli-

berativo medio», no puede exonerarse al mismo proyecto legislativo de los dos momentos o etapas de deliberación.

- Reflexión o revisión: Por su parte, este criterio expresa el valor, en el marco de la necesidad de dar razones y de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad, de reflexionar interna o colectivamente en torno a lo contenido en las propuestas legislativas. En ese mismo sentido, tiene relación también con la necesidad de dar cuenta a la sociedad, o a otros actores institucionales que pudieran estar involucrados, sobre los contenidos de alguna decisión legislativa cuya aprobación se esté tramitando.

Como es evidente, los espacios en los que esta revisión o reflexión sobre las propuestas legislativas se hacen posibles, en lo principal, se dan con (1) la publicación de los dictámenes de las comisiones (pues se permite que la sociedad y los actores políticos conozcan la propuesta así como la opinión de los congresistas que integran la comisión) o, también, permitiendo (2) una segunda votación en el Pleno del Congreso (ya que se hace posible que los mismos congresistas tengan un momento de reflexión y de revisión de lo que aprobaron en primera votación —asunto de especial importancia en el marco de un modelo unicameral— y, además, en el ínterin el proyecto legislativo es conocido y valorado por la comunidad política).

En este marco, conforme a un estándar de «escrutinio deliberativo intermedio», deberá darse cuando menos alguno de estos momentos o espacios reflexivos para que una ley o resolución sea considerada constitucional con base a su suficiencia deliberativa.

Ciertamente, lo que viene exigiendo por el criterio que venimos desarrollando no es, en absoluto, un estándar material de deliberación (por ejemplo: un debate «de calidad», «prolongado», «con participación de determinados actores» o «con tal cantidad de tiempo», etc.), en la medida que no se le puede exigir a los actores deliberar en tal cual o sentido, o con una específica extensión o intensidad. Lo que sí viene exigido es, en todo caso, es que se haya presentado, la oportunidad efectiva de deliberar y reflexionar, esto es, que al proyecto legislativo no se le haya exonerado de los requisitos o las etapas elementales que corresponden.

Finalmente, y en atención a la existencia de pautas como la actual práctica parlamentaria peruana, la cual permite exonerar o dispensar a las propuestas legislativas de requisitos o etapas, sin mayores exigencias, a través de formatos escuetos en cuanto al contenido de lo exonerado que incluso pueden ser aprobados a distancia, sin mayor justificación o debate, considero necesario exhortar a Congresos como el peruano para que regule este tipo de situaciones, teniendo para ello como base a los criterios formales y sustantivos aquí desarrollados.



## A modo de conclusión

La labor de quien es parte de una jurisdicción constitucional se ha ido ampliando con el tiempo. A Kelsen, en un contexto de predominancia parlamentaria, no le quedaba mucho más que señalar que la labor a efectuar era señalar el error parlamentario y poco más. Es más, cuando al parlamento austríaco no estuvo conforme con el pronunciamiento de su Tribunal de su país frente a la Ley de Divorcios, jugó a recomponer su Tribunal, dejando fuera al mismo Kelsen. Y cien años antes, la sentencia *Marbury versus Madison* vino con algunos límites no solamente en mérito a una división de funciones más marcada, sino también en relación con el indisimulable rechazo que tenía el entonces presidente Jefferson. Es más, la Suprema Corte Federal de Justicia de los Estados Unidos no volvió a ejercer la judicial review hasta el desafortunado pronunciamiento del caso *Dred Scott* contra *Sandford* de 1857.

Sin embargo, los tiempos han cambiado y la labor de la Corte Warren en los Estados Unidos, así como los cambios producidos en Europa Occidental continental han consolidado una diferente lectura de la labor del juez(a) constitucional y de los Tribunales Constitucionales: estamos hoy ante quienes deben concretizar la Constitución, constitucionalizar el Derecho, constitucionalizar la política, convencionalizar el Derecho y buscar realizar labores de integración y mediación social. Para poder realizar estas labores, y sobre todo en los escenarios de los procesos de inconstitucionalidad, las sentencias interpretativas son un escenario para, en aplicación del principio de presunción de constitucionalidad, y usando la distinción entre disposición y norma, se salve la constitucionalidad de las diferentes disposiciones, acogiendo el sentido normativo acorde con la norma constitucional, o reduciendo a la mínima expresión lo inconstitucional, lo cual es de suyo relevante.

Además, es importante resaltar que la labor congresal no puede darse si no se entiende que la representación, el sustento del mismo Congreso, solamente funciona si sus trabajos (dar leyes, ejercer control político, realizar labor presupuestaria, asumir quehacer cuasijurisdiccional) son producto de una deliberación y pierde legitimidad si no se sustenta precisamente en ello. No se entiende la labor del Congreso sin ello. Pero no es patrimonio hoy del Congreso. El mismo Tribunal Constitucional se legitima si hay debate de sus procesos en general, y el del proceso de inconstitucionalidad. Hay que buscar que todos los actores involucrados en un proceso pueden decir su verdad, para así alcanzar una jurisdicción validada en su quehacer. Esta institución y lo referido a las sentencias interpretativas ya antes explicado son los temas que quería explicar y ojalá haya sido entendido.



# LA CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL: CONTENIDOS Y ALCANCES A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2021

MARCOS DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

*Coordinador de la Carrera de Derecho del ITESO, Guadalajara<sup>1</sup>*

## Introducción

La controversia constitucional como medio de control jurisdiccional, tiene una función indispensable para mantener el equilibrio orgánico entre los poderes públicos, así como entre los distintos niveles gubernamentales. Su objetivo principal es garantizar la división de poderes y la vigencia efectiva del modelo federal<sup>2</sup>.

Al ser un control constitucional de naturaleza orgánica, resulta lógico que los órganos de poder, así como los distintos niveles gubernamentales, posean legitimación procesal activa para hacer valer vulneraciones y/o afectaciones perpetradas por actos o normas jurídicas en sus esferas competenciales. Sin embargo, en el diseño constitucional primigenio, no se advirtió la posibilidad de que los órganos constitucionales autónomos tuviesen legitimación procesal, toda vez que el Poder Revisor se limitó a reconocer como sujetos procesales a la primigenia triada de poderes<sup>3</sup>.

Tal situación propició que ante cualquier invasión competencial, los órganos constitucionales autónomos estuviesen en estado de indefensión, sin posibilidad alguna de hacer valer las afectaciones en el ámbito de sus atribuciones. De ahí la

---

<sup>1</sup> Profesor e investigador de tiempo completo, Coordinador de la carrera de Derecho en el ITESO. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1.

<sup>2</sup> *Cfr.* Fabiola Martínez Ramírez, «Controversia Constitucional», en Eduardo Ferrer MacGregor, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni A. Figueroa Mejía y Rogelio Flores Pantoja, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ed. IIJ— UNAM, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 3ª ed, México, 2021, p. 407

<sup>3</sup> *Cfr.* José Ovalle Favela, «Las controversias constitucionales y los órganos autónomos», *Cuestiones Constitucionales*, No. 25, México, 2011

importancia y trascendencia de la reforma constitucional del 11 de marzo de 2021, en la cual, se reconoció, después de un sinnúmero de demandas planteadas, su legitimación para acceder a este medio de control constitucional<sup>4</sup>.

De igual manera, la reforma en cito, redimensionó los alcances de la controversia constitucional, toda vez que mediante este mecanismo, además de demandar vulneraciones competenciales, también se pueden hacer valer violaciones constitucionales, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

De ahí que sea necesario hacer una reflexión sobre estas modificaciones, que sin duda vienen a robustecer el contenido y alcances de la controversia constitucional como medio de control constitucional, y advertir la evolución que ha tenido desde su inclusión en nuestro marco constitucional hasta la actualidad.

## 1. Naturaleza y evolución de la controversia constitucional en el sistema jurídico mexicano

La controversia constitucional tiene como finalidad dirimir los conflictos que puedan surgir, entre los órganos de poder, así como entre los ámbitos competenciales, para garantizar la vigencia del principio de división de poderes. Si bien, los controles políticos poseen un objetivo común a la controversia, en cuanto a que buscan contener los actos emanados por los órganos de poder que generen un desequilibrio orgánico<sup>5</sup>, existe elementos diferenciadores que deben advertirse.

Los controles políticos, son aplicados por órganos de naturaleza política, en ese sentido, su aplicación se supedita a criterios e intereses de carácter subjetivo<sup>6</sup>. Otro aspecto por considerar es su carácter discrecional, derivado de que los órganos encargados de ejercerlos tienen la facultad subjetiva de determinar si lo llevan a cabo o no<sup>7</sup>. De igual forma, la mayoría de los controles no traen aparejada una sanción o algún tipo de consecuencia jurídica en caso de que no se cumplieren<sup>8</sup>. De ahí, que sean insuficientes para conservar de forma efectiva, la intangibilidad de la parte orgánica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

<sup>4</sup> DOF. 11/03/2021. Decreto por el que se declara reformados y adicionados diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación.

<sup>5</sup> Cfr. Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Ed. IIJ—UNAM, 3ª ed, México, p. 186

<sup>6</sup> Manuel Aragón Reyes, «El control parlamentario como control político» *Revista de derecho político*, No. 23, España, 1986, p. 11

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Jaime Cárdenas Gracia, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit. 398

La controversia constitucional se encontraba ya prevista en la Constitución Federal de 1824, en el artículo 137, fracción I, en el que se disponía como atribución de la Corte Suprema de Justicia: conocer de las diferencias que pudieran existir entre un Estado de la Federación con otro, siempre que fueran sustanciadas en un juicio contencioso en el que deba recaer formal sentencia<sup>9</sup>.

En la Constitución Federal de 1857, el artículo 97, fracción IV, establecía que: corresponde a los tribunales federales conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más Estados<sup>10</sup>.

Fue en el texto constitucional de 1857, en el artículo 101, fracción II, donde se incorporó la *sui generis* figura del amparo soberanía, cuyos alcances no correspondían a los previstos originalmente en el juicio de amparo, como medio avocado a la defensa de los derechos humanos<sup>11</sup>. En ese mismo artículo, en la fracción III, se establecía que los tribunales federales tendrían facultad para resolver las controversias suscitadas por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal<sup>12</sup>.

No fue sino hasta la CPEUM de 1917, que la controversia constitucional tuvo una regulación normativa más *ad hoc* a sus fines, toda vez que en el enunciado previsto en el artículo 105, contemplaba el contenido y alcances de este medio de control constitucional, cuya competencia era exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):

Art. 105. 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 de aquellas en que la Federación fuese parte<sup>13</sup>.

Si bien el artículo 105 constitucional estableció la competencia de la SCJN, los supuestos de procedencia y alcances de la controversia constitucional, al no existir una ley reglamentaria que definiera los aspectos procesales para su sustanciación, existió una deficiencia procesal para un adecuado tratamiento. Aun sin una ley reglamentaria, la controversia constitucional se hizo valer para solventar conflictos entre ámbitos de competencia. Un ejemplo de esto es el caso Monte

---

<sup>9</sup> Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México (1808-1997)*, Ed. Porrúa, México, pp. 624

<sup>10</sup> *Supra* p. 623

<sup>11</sup> Carlos Aguilera Ortíz, *Breves consideraciones sobre el amparo-soberanía*, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, 2015, p. 8

<sup>12</sup> Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México*, *op. cit.* p. 623

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.860

Albán, en cuya resolución se hiciera valer las facultades implícitas de la Federación, limitando las facultades de los estados para legislar sobre monumentos y zonas arqueológicas<sup>14</sup>.

La primera reforma al artículo 105 de la CPEUM, fue promulgada el 25 de octubre de 1967, cuyo objetivo fue precisar la competencia de la SCJN, estableciendo que conocería de las controversias en que la Federación fuera parte «en los casos que establezca la ley»<sup>15</sup>.

Posteriormente, el 25 de octubre de 1993, se publicó una segunda reforma, en la que se adicionaron en otros supuestos de controversias, las que se suscitaran entre uno o más estados y el Distrito Federal y las que acontecieran entre órganos de gobierno del Distrito Federal<sup>16</sup>.

No fue sino hasta la reforma constitucional en materia judicial de 1994, sin duda una de las más importantes en nuestra historia constitucional, toda vez que hubo un rediseño en la conformación de la SCJN, en la que se le confirieron facultades de control abstracto, mediante el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad, lo cual vino a fortalecer su rol como intérprete y auténtico tribunal constitucional en sentido material<sup>17</sup>.

Derivado de la reforma constitucional, se publicó finalmente una Ley Reglamentaria del artículo 105, fracción I y II, en la que se detalló los aspectos procesales para la interposición, sustanciación y resolución de las controversias constitucionales, con lo cual, se detonó una nueva vertiente de litigio constitucional, hasta antes inexistente; toda vez que hasta ese entonces, no existía forma alguna de subsanar la afectaciones al apartado orgánico de la Constitución, ya que el juicio de amparo era el único medio de control de constitucionalidad, hasta antes de la mencionada reforma.

## 2. Ampliación de la procedencia y legitimación para su interposición

La reforma constitucional de 1994 definió una serie de supuestos de procedencia para la interposición de la controversia constitucional, delimitando la legitimación procesal activa a determinados sujetos:

---

<sup>14</sup> Manuel González Oropeza, *Cuadernos Constitucionales*, IJ— UNAM, México, pp. 17-21

<sup>15</sup> Marisonia Vázquez Mata, Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales, Justicia Electoral, TEPJE, México, pp. 341-342

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Jorge Carpizo, Reformas constitucionales al Poder Judicial de la Federación, Boletín Mexicano de Derecho comparado, No. 83, México, 1993, pp. 835-836

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

La reforma en cuestión materializó los supuestos de procedencia y los sujetos de legitimación activa para la interposición de la controversia constitucional, con lo que se solventó los déficits normativos que se tenían anteriormente para lograr una adecuada sustanciación y solución de conflictos orgánicos.

Si bien, la reforma definió los aspectos procesales de la controversia constitucional, sólo se contempló como sujetos legitimados y supuestos de procedencia, los conflictos que pudieran suscitarse entre el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión o algunas de sus Cámaras, no se consideraron a los órganos constitucionales autónomos (OCA), situación que desde ese entonces, generó un desequilibrio orgánico, puesto que se carecía de algún medio judicial que pudiera reparar las afectaciones generadas en los ámbitos de las esferas competenciales, propiciado por la comisión de actos en concreto o normas jurídicas de alcances general.

Previo a la reforma constitucional de 2011, hubo algunos precedentes que evidenciaron la necesidad de que los OCA contaran con legitimación procesal. En algunos casos, hubo un reconocimiento tenue por parte de la SCJN, y en otros casos, se señaló de forma enfática su carencia de legitimación, al no disponerse de forma expresa en la CPEUM.

Un precedente relevante, fue la Controversia Constitucional C.C. 20/2002, en la cual se le reconoció legitimación procesal activa a la Delegación Benito Juárez, derivado de una demanda interpuesta por el Jefe Delegacional de la misma, en contra del Jefe de Gobierno y Secretario de Gobierno del entonces Distrito

Federal. En su resolución, la SCJN determinó que, con fundamento en el artículo 122, Apartado C, BASE TERCERA, fracción II, en la que se disponía que las delegaciones eran órganos político— administrativos, y, por ende, poseían el carácter de órganos gobierno, para efecto de la interposición de las controversias constitucionales, tal y como lo contemplaba el artículo 105, fracción I, inciso k).

En sus consideraciones, la SCJN, hizo alusión a la naturaleza *sui generis* del Distrito Federal, como sede de los poderes federales. De igual forma, advirtió que en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se previó el establecimiento de órganos político— administrativos en cada una de las demarcaciones territoriales, denominadas como delegaciones, las cuales fungían como divisiones territoriales del Distrito Federal<sup>18</sup>.

La SCJN señaló que estos órganos gozaban de autonomía de funciones, de gestión y presupuestal, contando con competencias delimitadas en cuestiones de gobierno, administración, asuntos jurídicos, obras, servicios, protección civil, seguridad pública, promoción, entre otras; las cuales advertían rasgos de autonomía que los colocaban como un nivel de gobierno.

Más allá de los argumentos esgrimidos, en esta resolución, la SCJN vertió una interpretación extensiva, ya que amplió la procedencia de la controversia a otros sujetos distintos a los que expresamente establecía el artículo 105, de la Constitución Federal.

Esa misma inercia interpretativa se advirtió en las controversias C.C. 27/2002, C.C. 28/2002 y C.C. 29/2002, en las que se admitieron demandas presentadas por delegaciones (Venustiano Carranza, Benito Juárez y Cuajimalpa de Morelos), siendo consistente con el primer criterio referido.

Continuando con el reconocimiento ampliado de sujetos legitimados para la interposición de la controversia constitucional, en el asunto identificado con el expediente C.C. 31/2006 interpuesto por el Tribunal Electoral del Distrito Federal en contra de la Asamblea Legislativa y del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, la SCJN determinó que dicho órgano se encontraba legitimado para interponer la demanda de controversia<sup>19</sup>.

En sus consideraciones, la SCJN retomó los argumentos esgrimidos en las controversias en las que reconoció la legitimación a las delegaciones, ubicando al Tribunal Electoral en lo previsto por el supuesto del artículo 105, fracción I, inciso k), al reconocerlo como un órgano que goza constitucionalmente de autonomía jurisdiccional y presupuestal, con una competencia delimitada por el Estatuto de

<sup>18</sup> Marisonia Vázquez Mata, Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales, Justicia Electoral, *op. cit.*, pp. 347-348

<sup>19</sup> Sentencia recaída en la Controversia Constitucional 31/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 11 de abril de 2007.



Gobierno, cuyo fundamento se establecía en el artículo 122 de la Constitución Federal.

Posteriormente a estos precedentes, la SCJN dio un viraje en sus criterios interpretativos, limitándose a reconocer legitimación procesal activa, única y exclusivamente a los sujetos que expresamente establecía el mencionado artículo 105, fracción I. Lo anterior, fue un retroceso para el camino de progresividad y garantismo, ya que a continuación, se hará referencia a dos casos que pudieron haber consolidado la extensión de procedencia de la controversia, particularmente para los OCA, quienes pretendían acceder a este medio de control constitucional orgánico, toda vez que son auténticos órganos de poder.

En la Controversia Constitucional C.C. 15/2006, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), interpuso una demanda en contra del Titular del Poder Ejecutivo Federal, como parte de la negativa del Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, órgano dependiente de la Administración Pública Federal, de autorizar a favor de la CNDH, la donación de determinados bienes inmuebles<sup>20</sup>.

Posteriormente en la Controversia Constitucional C.C. 11/2007, el entonces Instituto Federal Electoral (IFE), presentó también una demanda en contra del Titular del Poder Ejecutivo Federal y de la Cámara de Diputados, derivado de la aprobación del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) del año 2007, en la que se efectuó una modificación presupuestal a las prerrogativas de los partidos políticos.

La SCJN decidió desechar ambas demandas, arguyendo que carecían de legitimidad procesal, puesto que no se encontraban en ninguno de los supuestos del artículo 105, fracción I, inciso c), que señalaba la procedencia de la controversia, cuando hubiese conflictos entre: «El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal».

En las consideraciones expuestas, la SCJN señaló que estos órganos no contaban con asidero constitucional, ya que el legislador no lo previó expresamente, en consecuencia, no podría establecer supuestos de procedencia para la interposición de controversias constitucionales.

En la resolución del recurso de reclamación 58/2007, la SCJN estableció que la CNDH al tener legitimación procesal para presentar acciones de inconstitucionalidad, era un factor que lo excluía para interponer controversias constitucionales. Este argumento reduccionista, conllevó a señalar que la CPEUM en el artículo 105, estableció estancos exclusivos y excluyentes, en materia de controversias y

---

<sup>20</sup> Marisonia Vázquez Mata, Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales, Justicia Electoral, *op. cit.*, p. 351

acciones de inconstitucionalidad; con lo cual, se concluyó arbitrariamente en su interpretación, que si un ente posee legitimación activa en un medio de control determinado, lo carece en el otro<sup>21</sup>.

Aun cuando la SCJN había asumido una postura progresista, ampliando los criterios de procedencia, incluyendo a sujetos distintos a los señalados en la CPEUM, en estos dos casos, se observó una postura reduccionista y restrictiva, imposibilitando que los OCA pudieran acceder a este medio de control.

De ahí que la reforma constitucional del 21 de marzo de 2021, sea de suma trascendencia, ya que viene a fortalecer la competencia y alcance de la controversia constitucional, al incluir como sujetos de legitimación a todos los órganos de poder, entre ellos a los OCA, con lo cual se puede decir, hoy por hoy, que en realidad es un medio que, al menos en su diseño normativo, garantiza la vigencia efectiva del principio de división de poderes y el modelo federal.

### 3. La controversia y su papel como medio de control ante vulneraciones constitucionales y violaciones de derechos humanos

Como se ha señalado, la controversia constitucional es un medio de control jurisdiccional que busca garantizar el equilibrio de poderes, así como preservar la vigencia del orden federal<sup>22</sup>. Sin embargo, desde la reforma constitucional de 1994, se ha discutido sobre sus alcances, en lo relativo a las violaciones de derechos humanos que pudieran hacerse valer, de forma alterna o subsecuente a la invasión de esferas competenciales o atribuciones que se controvierta en una demanda.

En la resolución de la Controversia Constitucional C.C. 31/97, se estableció que dentro de la finalidad de la controversia constitucional, se incluía también, de manera relevante, el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los órganos de poder. En su razonamiento, la SCJN argumentó que siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánicas y dogmáticas de la Constitución, lo que justifica que la controversia como mecanismo de control constitucional, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pue-

---

<sup>21</sup> Sentencia recaída en la Recurso de Reclamación 58/2007 —PL, derivado de la Controversia Constitucional 11/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Genaro David Góngora Pimental, 11 de abril de 2007.

<sup>22</sup> *Cfr.* Humberto Suárez Camacho y Antonio Rodrigo Mortera Díaz, «Reflexiones en torno a la controversia constitucional», Cuestiones Constitucionales No. 17, IJ— UNAM, México, 2007

da admitirse ninguna limitación, lo cual podría propiciar arbitrariedad, lo cual iría en contra del pueblo<sup>23</sup>.

En esta importante sentencia, la SCJN logró definir la razón de ser del principio de división de poderes, que es evitar la concentración de poder que ponga en riesgo los derechos de las personas. El propio Carlos Luis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu, en su clásica obra *El espíritu de las leyes*, en la que hilvanó su teoría sobre la separación de los poderes del Estado, refirió de alguna forma, que las distintas funciones del Estado, buscaban limitar el poder despótico que trae consigo la concentración del poder, con el fin de salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos.

En ese sentido, todo actuar desproporcionado por parte de un órgano de poder, puede conllevar vulneraciones que deben ser susceptibles de protección, con independencia de la naturaleza del mecanismo o control.

Pese a este criterio, la SCJN estableció la improcedencia de la controversia para conocer de violaciones a derechos humanos. En las resoluciones de las Controversias Constitucionales C.C 21/2006 y C.C 54/2009, se puso de manifiesto los límites y alcances de este medio de control, acotando su alcance únicamente a cuestiones orgánicas.

Aun cuando se estableció la improcedencia en materia de derechos humanos, hubo un precedente excepcional, en la Controversia Constitucional C.C. 32/2012, en el que la SCJN dio entrada a la demanda planteada por el Municipio de Cherán, Estado de Michoacán en contra del Poder Legislativo de la misma entidad federativa, por violaciones a los dispuesto por los artículos 1º y 2 de la CPEUM, así como del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>24</sup>.

El antecedente de este caso se remonta a la célebre decisión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), del 2 de noviembre de 2011, en el que reconoció el derecho de la comunidad del municipio de Cherán, a elegir a sus autoridades mediante sus usos y costumbres, como parte de sus derechos indígenas, lo anterior derivado de la negativa del órgano electoral local por reconocerlos, por no contar con un asidero en la Constitución local.

El 22 de enero de 2012, se llevó a cabo la elección del Concejo Mayor de Gobierno Comunal, mediante usos y costumbres, elecciones y resultados que fueron validados por la autoridad electoral competente. Posteriormente, el Congreso del Estado aprobó una reforma constitucional publicada el 16 de marzo de 2012,

---

<sup>23</sup> Sentencia recaída en la Controversia Constitucional 31/1997, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Mariano Azuela G., 9 de agosto de 1999.

<sup>24</sup> Sentencia recaída en la Controversia Constitucional 32/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Luna Ramos, 29 de mayo de 2014.

en la que se reconoció los derechos de las comunidades indígenas para elegir a sus autoridades; sin embargo, el Concejo de Cherán promovió una controversia ante la SCJN, en contra del Titular del Poder Ejecutivo y del Congreso de Michoacán, por considerar que se había violado su derecho humano a la consulta previa, libre e informada, previsto en la CPEUM y en instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano.

El *quid* a resolver en la controversia en cito, era determinar si el Municipio indígena de Cherán poseía el derecho a la consulta previa, libre e informada, y en su caso, advertir si le fue respetado por el Congreso local, ya que como concepto de invalidez, se manifestó que durante el proceso legislativo no se les tomó en consideración su sentir.

En su resolución, la SCJN señaló que la pretensión expuesta por el municipio de Cherán era válida, señalando que si bien, en el artículo 2º de la CPEUM, no se hacía mención de forma expresa del derecho a la consulta previa, libre e informada, de conformidad con en el artículo 1º de la Constitución Federal, el Convenio 169 de la OIT forma parte del parámetro de regularidad constitucional, lo que implica que el Congreso del Estado de Michoacán se encontraba obligado a consultar al Concejo de Cherán, como órgano municipal competente dentro de ese municipio<sup>25</sup>.

En sus consideraciones, la SCJN determinó que durante el proceso legislativo que derivó en la reforma impugnada, no se respetó el derecho mencionado, ya que si bien, se llevaron a cabo foros de consulta, estos no se celebraron adecuadamente ante la autoridad municipal, ni con el quórum necesario para considerarlos válidos. En tal sentido, al no existir posicionamiento alguno por parte del Congreso michoacano, la SCJN resolvió que se vulneró la esfera de competencia y el derecho a la consulta, libre e informada del Municipio de Cherán, con lo cual se declaró la invalidez de la reforma en cuestión.

Este caso sin duda evidenció que hay conflictos jurídicos a nivel constitucional en los que pueden existir situaciones de afectación a esferas competenciales, y que de forma simultánea, se pueden vulnerar derechos humanos.

De ahí la importancia de la reforma constitucional multimencionada, toda vez que, como medio de control constitucional abocado a la salvaguarda de la parte orgánica, tiene que solventar cualquier efecto que traiga consigo la invasión competencial perpetrada por los órganos de poder y/o algún nivel gubernamental.

---

<sup>25</sup> *Cf.* Víctor Collí Ek y Mirlene Aguayo González, «El derecho a la consulta de comunidades indígenas frente a cambios legislativos. Su reconocimiento en la doctrina constitucional de la Suprema Corte mexicana», *Cuestiones Constitucionales*, No. 40, México, 2019, pp. 388-403.

## Conclusión

Como se pudo advertir a lo largo del presente artículo, la controversia constitucional como mecanismo de control constitucional de carácter jurisdiccional se ha visto fortalecido como consecuencia de las modificaciones que a nivel constitucional tuviera en marzo de 2021.

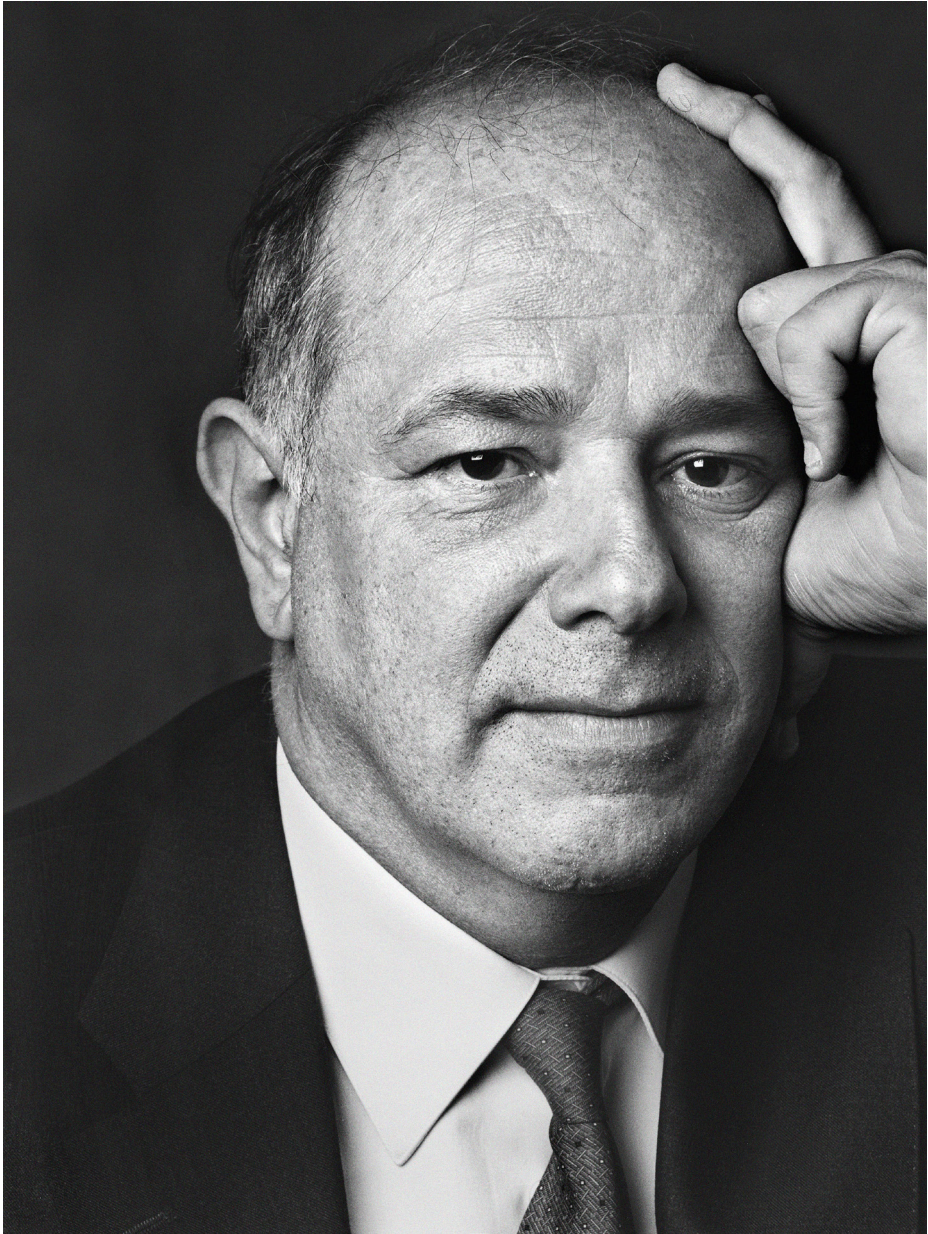
Dos aspectos esenciales son lo que identifican a la reforma señalada. Por un lado, la incorporación de los OCA como sujetos legitimados procesalmente para interponer controversias, al igual que el resto de los órganos de poder, cuando se susciten conflictos de atribuciones dentro de sus competencias, lo cual, como se señaló, ha ampliado los efectos y alcances de este control, erigiéndolo como un verdadero medio para asegurar la armonía y equilibrio entre los poderes públicos.

Con dicha incorporación, se potencia la defensa de la parte orgánica de la CPEUM, ya que no habrá conflicto alguno que afecte el equilibrio de poderes que no pueda ser susceptible de revisión judicial por parte de la SCJN.

Por otro lado, al extender los alcances de protección de la controversia no sólo por conceptos de invalidez que emanan de vulneraciones a los ámbitos de competencia sino también por afectaciones que puedan cometerse en la vigencia efectiva de los derechos humanos que se encuentren involucrados como consecuencia del acto o norma jurídica que generen la violación constitucional, viene a redefinir el papel de este mecanismo, haciéndolo más integral y eficiente, de cara a la conservación efectiva del parámetro de regularidad constitucional.



CAPÍTULO XII  
*IN MEMORIAM*: PABLO PÉREZ TREMPES (1956-2021):  
LEGADO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL



*Ana Torralba Forero. @Tribunal Constitucional.*



## PRESENTACIÓN: PABLO, JURISTA EUROPEO E IBEROAMERICANO

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Me creo autorizado, en nombre de todos los que tomamos parte en este congreso sobre Derecho procesal constitucional, para agradecer y felicitar a D. Eduardo Ferrer Mac-Gregor por su iniciativa de dedicar esta sesión al recuerdo del profesor Pablo Pérez Tremps. En pocos escenarios hubiera sido más procedente este recuerdo, pues en este congreso convergen las dimensiones de su trayectoria académica y profesional como son su vocación por la justicia constitucional y su proyección de un lado en el ámbito europeo y de otro en el ámbito iberoamericano.

He podido comprobar de primera mano la presencia de esas dimensiones en la figura académica de Pablo Pérez Tremps, en cuanto testigo, desde su principio, de su carrera universitaria, al pertenecer por mi parte a lo que podríamos llamar generación académica inmediatamente anterior, no sólo por motivos cronológicos, sino porque Pablo pertenecía a la que pudiera denominarse «generación de la Constitución», al haber iniciado su trayectoria ya dentro de un sistema de democracia constitucional en nuestro país frente a los que hubimos de llevarlo a cabo durante varios años bajo un régimen dictatorial.

En efecto, como el resto de los intervinientes en este acto, he tenido el privilegio de ser testigo de la trayectoria académica y vital de Pablo Pérez Tremps (difíciles de separar una de otra) y además de haber compartido tareas y haber coincidido en las mismas funciones y puestos, a veces en forma simultánea o coetánea y en otras ocasiones en forma sucesiva. Hemos desempeñado las mismas funciones como docentes en la Universidad Complutense de Madrid, letrados del Tribunal Constitucional y posteriormente magistrados, catedráticos en la Universidad de Extremadura, vocales de la Junta Electoral Central, representantes españoles en la Comisión de Venecia y catedráticos en la Universidad Carlos III de Madrid. No

me resisto a mencionar que, además, estudiamos todo el bachillerato en el mismo centro, el Colegio de Agustinos Nuestra Señora del Buen Consejo; si bien, obviamente, fue en épocas distintas, tuvimos muchas conversaciones en que intercambiamos recuerdos y vivencias de aquella experiencia. Pues bien, este desarrollo de carreras y trayectorias paralelas me ha proporcionado múltiples ocasiones para disfrutar no sólo de su colaboración y orientación académica, sino también del lujo de conocer y tratar de cerca a Pablo como colega, como amigo y como entrañable ser humano.

Todos los que le tratamos pudimos tempranamente apreciar la valía académica de Pablo, como perteneciente a lo que denominé arriba la generación de la Constitución, habiendo obtenido su licenciatura en la Universidad Complutense precisamente ese año 1978 en que se aprobó el texto fundamental desde entonces vigente; debo señalar que de ese mismo año procede su primera publicación, un artículo sobre la Ley para la reforma política, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. A diferencia de mi generación académica (que se inició en la docencia de lo que entonces se denominaba «Derecho Político» y no Derecho Constitucional, por razones obvias), Pablo pudo desde un principio iniciar su trabajo dentro del marco de una Constitución democrática, cooperando con su interpretación y aplicación desde una perspectiva, dentro del más estricto rigor jurídico, en defensa de los principios democráticos y los derechos humanos.

Y en este aspecto, y en lo que se refiere a su condición de jurista, puedo dar fe de su valía; por una parte como miembro y presidente del tribunal que juzgó su tesis doctoral sobre el tema «Tribunal Constitucional y Poder Judicial», publicada en 1985, tribunal en que tomaban parte los profesores Rubio Llorente, Peces-Barba, De Esteban y Aguiar de Luque. Valga decir que muchas de las propuestas de la tesis se recogieron en la posterior Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y a partir de ahí, el prestigio de Pérez Tremps se fue confirmando por sus aportaciones propias a la literatura jurídica, señaladamente dos obras: su *Sistema de justicia constitucional*, en dos ediciones (2010 y 2016), y *El recurso de amparo*, también en dos ediciones (2010 y 2015), obra ésta que representa sin duda el punto más relevante de referencia en la materia en nuestro país. Debo agradecer aquí la oportunidad que he tenido de colaborar con él en diversos trabajos y publicaciones; al respecto, debo decir que, si bien en un principio me correspondió, por razones de antigüedad, una papel director, la labor de Pablo, a medida que se confirmaba como relevante autoridad en el marco del Derecho Constitucional, fue pasando de la colaboración al impulso y la dirección, sobre todo en las materias en las que se configuraba como destacado experto: entre otros ejemplos, en la que debe ser su última obra, del año 2019, tuve la satisfacción de participar, esta vez como colaborador, en un libro que él dirigió sobre el papel de la justicia constitucional en Europa e Iberoamérica.

Pero además, valga mi testimonio en cuanto he podido apreciar su valía y agradecer su apoyo e intervención en tareas de índole jurídica práctica. Primeramente, y en forma discreta poco conocida por el público, por su labor como letrado del Tribunal Constitucional. Puedo señalar, entre otros muchos ejemplos, que su asesoramiento e indicaciones como letrado del Tribunal Constitucional, en la época en que coincidimos, yo como magistrado, él como letrado, fueron no solo relevantes sino decisivas para mi labor como ponente en no pocas ocasiones y para la formulación de proyectos que acabaron como sentencias del Tribunal. Mostraba así Pablo una capacidad para la aplicación del Derecho que se hizo patente esta vez ya públicamente en su labor posterior como magistrado del Tribunal Constitucional y ponente en sentencias de innegable trascendencia en nuestro ordenamiento, como la referente al matrimonio igualitario.

Como miembro de la generación de la Constitución, Pablo fue consciente del doble contexto en que esta se situaba y de la vinculación de nuestro Derecho constitucional con las nuevas realidades tanto de Europa como de Iberoamérica. Todos los que hemos convivido con Pablo conocemos su labor en ambos contextos. Por una parte, la labor de interpretación constitucional a la luz del Derecho de la Unión Europea (cuestión en que se especializó a partir de su estancia como investigador en la Universidad de Florencia entre 1984 y 1985), labor que dio lugar no sólo a libros como *Constitución española y Constitución Europea y Constitución española y Constituciones nacionales*, sino también a su participación en instituciones europeas como la Comisión de Venecia y la Autoridad sobre el Sistema Schengen, como representante de España. Por otro lado, es de destacar su trabajo en la formación de redes de discusión y colaboración académica con colegas europeos e iberoamericanos. Y en esta tarea se hizo evidente el carácter abierto y humano de Pablo, en cuanto a su capacidad para crear contactos que iban más allá de lo académico y para establecer lazos de amistad y confianza entre colegas de países muy distintos que dieron lugar a obras colectivas imposibles sin esos lazos: pongo por ejemplo las colecciones por él dirigidas de sistemas constitucionales iberoamericanos y de sistemas de justicia constitucional europeos. Es de destacar sobre todo su participación en proyectos en colaboración con países de Iberoamérica, en los que tuve también ocasión de colaborar con él, con grato recuerdo del enfoque de su papel en esos proyectos. No puedo por menos de referirme a las líneas que dedicó al recuerdo de otro colega, el profesor Chechu Amuchastegui, que tituló «Mis viajes con Chechu», cuya lectura recomiendo, subrayando siempre su voluntad de investigación y aprendizaje frente a toda pretensión dogmática o magistral, de manera que la colaboración fuera esencialmente una vía de conocimiento y comprensión. Como dejó por escrito en aquellas líneas, con ocasión de sus trabajos en Iberoamérica pudo aprender que «los derechos humanos eran algo distinto o al menos mucho más complejo que lo que estudiábamos e íbamos osadamente en-

señando por esas latitudes»; en especial, que, también en sus palabras, «el feminismo no era sólo cosa de progres y de libros, un slogan político, sino también una necesidad de muchas mujeres cultural, económica, laboral y sexualmente explotadas». Experiencias vitales que se reflejaron en su labor posterior, académica y jurisdiccional.

Recuerdo que en una visita que hizo Pablo como representante del Tribunal Constitucional al Tribunal de Estrasburgo me trajo un ejemplar de la novela *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro* de Antonio Tabucchi, autor también de *Sostiene Pereira*, al que admiraba. Me señaló, como elemento pintoresco, que uno de sus personajes se dedicaba a la búsqueda obsesiva de la norma hipotética fundamental kelseniana. Yo no sé si Pablo se identificaba con ese personaje, pero sí que en su vida académica se esforzó continuamente en la búsqueda de las vías de interpretación y aplicación de aquellas normas que consideraba fundamentales para una vida social y personal justa. Valga recordar aquí su aportación en esta línea en su libro, a la vez ameno y profundo, sobre *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Si la labor de búsqueda de Pablo se ha visto prematuramente interrumpida, nos ha dejado un legado por el que debemos estar agradecidos.

## EN MEMORIA DE PABLO PÉREZ TREMPIS

LUIS AGUIAR DE LUQUE  
*Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Conocí a Pablo Pérez Tremps en el Departamento de Derecho Político de la Universidad Complutense de Madrid a principios de los años 80 del siglo pasado, cuando yo acababa de obtener la plaza de profesor titular de Derecho y él elaboraba su tesis doctoral sobre un tema siempre relevante, pero más aún en aquellos primeros momentos en que la Justicia Constitucional iniciaba su andadura en nuestro país.

Desde el primer momento Pablo me pareció un tipo muy estimable en lo académico, como corresponde a su adscripción a una saga familiar de juristas de primer nivel, pues su padre había sido magistrado del Tribunal Supremo y su hermano mayor sería años más tarde letrado del Consejo de Estado. En lo personal, Pablo era jovial, inteligente, trabajador, leal, bromista y, sobre todo, buen amigo.

Pronto sintonizamos y, en consonancia con ello, unos meses más tarde, cuando se nombraron los miembros del Tribunal que iba a juzgar su tesis doctoral, Pablo tuvo la amabilidad de sugerir mi nombre al director del Departamento para incorporarme como quinto miembro del Tribunal, dado que, como profesor titular, también podía participar en la evaluación de las tesis doctorales.

Como consecuencia de esa gestión de Pablo, la comisión que finalmente evaluó la tesis quedó así compuesta —amen de por mi modesta persona— por tres reconocidos juristas en esas lides como eran Francisco Rubio Llorente, relevante profesor de Derecho Constitucional que había trabajado en Caracas con el maestro Manuel García-Pelayo y que por entonces era magistrado del Tribunal Constitucional, Gregorio Peces-Barba, significado profesor de Filosofía del Derecho y en esos momentos presidente del Congreso de los Diputados, y Jorge de Esteban, también profesor de prestigio del Departamento de Derecho Político y maestro de Pablo, que había fungido como director de la tesis que debíamos juzgar. Y junto a

los tres *seniors* ya citados y yo mismo como joven aprendiz de constitucionalista, que por expresa petición de Pablo me había deslizado en el Tribunal, un quinto miembro, ya por entonces catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura y que, amén de amigo fraternal de quien ahora escribe, contaba con una brillante trayectoria académica desde los años que coincidimos en los estudios de licenciatura unos años antes. Me refero a Luis López Guerra, que por razones que hoy sería muy largo de explicar nos presidió a los cinco en el acto de defensa de la tesis.

En todo caso, más allá de las vicisitudes y anécdotas con las que se desarrolló la lectura de la tesis, dado el alto rango académico de cuatro de los integrantes del Tribunal, el acto de defensa de la misma fue, sin duda, un primer reconocimiento académico favorable al entonces doctorando, no solo premiando la tesis con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad, sino también haciendo unas intervenciones sumamente laudatorias del trabajo del doctorando y favorables a la máxima calificación.

En suma, Pablo realizó su doctorado en la Universidad Complutense de Madrid defendiendo una tesis sobre las relaciones entre el poder judicial y la jurisdicción constitucional en la España recién constitucionalizada, tesis dirigida por Jorge de Esteban, que fue ganadora del Premio Nicolás Pérez Serrano del año 1984 del Centro de Estudios Constitucionales, lo que comportó que se publicara inmediatamente (un año más tarde) bajo el título de *Tribunal Constitucional y Poder Judicial* dentro de la colección «Estudios Constitucionales» de dicho organismo.

Por lo demás, nada más justo, porque el libro constituía una excelente investigación que abordaba un tema de patente actualidad en la España del momento, al abordar un problema necesitado de reflexión como era la distribución de atribuciones jurisdiccionales entre la recién inaugurada jurisdicción constitucional a cargo del Tribunal Constitucional y la labor realizada por el órgano jurisdiccional superior de la jurisdicción ordinaria, encarnada hasta entonces en la organización judicial española por el Tribunal Supremo. Se podría decir, en suma, que la realización de dicha tesis doctoral constituyó el primer éxito de Pablo en sede académica tras el cual que vendrían después muchos otros.

Finalizada con éxito la evaluación de la tesis doctoral de Pablo y obtenido por éste el grado de Doctor por unanimidad del Tribunal en los términos que se acaban de exponer, la vida académica empezó a discurrir para todos nosotros y lo que comenzó casi como un juego terminó transformándose en una excelente relación académica y de amistad entre los tres (Luis López Guerra, Pablo Pérez Tremps y yo mismo), en la que puedo afirmar que sin ninguna duda yo fui el más beneficiado.

En efecto, la amistad entre Pablo y *los Luises*, como él con frecuencia nos llamaba a Luis López Guerra y a mí, se consolidó pronto en el curso de los años si-

guientes a través de muy variados vericuetos, circunstancias y un sinfín de coincidencias, siempre girando en torno a la actividad universitaria en el marco del Derecho Constitucional, recorrido que culminaría varios años más tarde cuando los tres coincidimos en la Universidad Carlos III de Madrid, gracias principalmente a la ayuda y apoyo que nos brindó el rector Peces-Barba para conformar en dicha Universidad un sólido grupo en el Departamento de Derecho Público del Estado. Pero para llegar hasta allí, es preciso repasar la trayectoria desplegada por Pablo en los años siguientes.

En todo caso, el progreso y avance de Pablo desde la finalización y lectura de su tesis doctoral hasta su consideración como un jurista de relevancia en este país transcurrió con rapidez tras la lectura de su tesis doctoral, pues concluida ésta con éxito, Pablo consolida y profundiza en su formación, manteniendo en todo caso su vinculación como profesor ayudante en la Universidad Complutense primero y como profesor titular del Departamento de Derecho Constitucional después. Paralelamente Pablo amplía su ámbito de formación en numerosos centros académicos de prestigio.

Muy en particular en estos años (1984-1985) es de destacar que, entre otros lugares, Pablo realiza una estancia en el Istituto di diritto comparato de la Università degli studi di Firenze, donde conocerá y trabará contacto con el maestro Alessandro Pizzorusso, que le acogió como un discípulo más de su grupo académico, forjando unos vínculos que Pablo nunca olvidará, hasta tal punto que siempre considerará a Pizzorusso como el gran maestro que más había influido en su consolidación como constitucionalista.

Retomando de nuevo cronológicamente la trayectoria académica de Pablo, es preciso dejar constancia de que en 1986 regresará al Departamento de Derecho Político de la Complutense para adquirir el estatus de profesor titular de universidad. En el periodo 1988-1991 funge como letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> para ejercer las funciones de asesoramiento y apoyo que los magistrados pudieran precisar para la adopción y fundamentación de sus decisiones.

Tras tres años como letrado en el Tribunal Constitucional, Pablo, consciente de que su vocación universitaria puede frustrarse si no retorna a los estrados universitarios (y con ello a la actividad docente e investigadora), reingresa primero a su plaza de profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Complu-

---

<sup>1</sup> El estatus de los letrados de Tribunal Constitucional (tanto sus funciones como los modos de acceso a tal condición) están regulados en el art. 97 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Básicamente para acceder al Cuerpo de Letrados es preciso superar el correspondiente concurso público que convoca el propio Tribunal, pero con frecuencia también se accede de modo interino y temporal como personal de apoyo a un concreto magistrado o para desempeñar una específica tarea. Pablo accedió al estatus de letrado del Tribunal Constitucional por esta segunda vía.

tense de Madrid y, poco tiempo después, obtendrá la plaza de catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura (1991), donde muy poco tiempo después será elegido por sus compañeros como decano de la Facultad de Derecho en Cáceres. Desde allí pasó, pocos años más tarde, a la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, primero en comisión de servicios y poco después por concurso público en el año 1998.

Ya como catedrático de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Público del Estado en la Universidad Carlos III su actividad y prestigio como constitucionalista se disparan y las publicaciones se multiplican. Baste citar, sin ánimo de exhaustividad, algunas de sus publicaciones en ese periodo: *Constitución española y Comunidad Europea* (Civitas, 1994), «El ejercicio de los derechos fundamentales por funcionarios públicos», en el *Libro homenaje al profesor Eduardo Ortiz* (Universidad Autónoma de Centroamérica, 1994), *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional* (Diputació de Barcelona, 1998), *Constitución y financiación autonómica* (con García Morillo y Zornoza, Tirant lo Blanch, 1998)...

Paralelamente, Pablo funge igualmente como vocal de la Junta Electoral Central, órgano superior en España en materia de control electoral, durante las V y VI legislaturas de las Cortes Generales (1994-2000) y es propuesto por el Gobierno de la Nación como magistrado del Tribunal Constitucional (2004-2013), tiempo en el que también fue nombrado secretario general de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (2005-2012).

En todo caso, creo poder afirmar que en los años siguientes a su acceso a la Universidad Carlos III de Madrid, sin perjuicio de haber desempeñado algunas otras relevantes funciones públicas (la más importante sin duda la ya citada de magistrado constitucional), desde que Pablo se incorporó a la plantilla de catedráticos de Derecho Constitucional, ésta fue su casa intelectual por excelencia y probablemente la que más satisfacciones le dio. Y lo más importante: desde ese puesto de catedrático del área de Derecho Constitucional en esta Universidad Pablo realizó un muy relevante papel para lograr su consolidación y que aumentara el prestigio del área.

Pablo era muy inteligente. Tenía liderazgo, tenacidad, capacidad de trabajo y bonhomía, virtudes todas ellas imprescindibles para crear grupos de trabajo sólidos, dinámicos, esforzados y que permiten predicar con el ejemplo. Y Pablo, como todos los que colaborábamos con él sabíamos, además de tener tales cualidades, tenía un firme compromiso con el área académica de la Universidad Carlos III de Madrid, compromiso que mantuvo con dignidad y entereza hasta sus últimos días.

Desde esta perspectiva, hay un sinnúmero de campos en los que la labor de Pablo en esta Universidad fue esencial. Pero hay un sector y una actividad, quizá menos



conocida, que también por las muchas horas y la ilusión con la que Pablo los trabajó merece que le dedique la última parte de estas líneas.

Me refiero concretamente a la difusión de los valores y mecanismos del Estado de derecho y del régimen constitucional en el mundo iberoamericano, como a él le gustaba denominarlo. Y entre los muchos ejemplos que la actividad profesional de Pablo desplegó en ese terreno merece la pena explicar y recordar brevemente lo que entre nosotros denominamos *el Proyecto Ecuador*.

Corría el año 2000 cuando Pablo llegó emocionado a la Facultad con lo que había encontrado: una convocatoria pública de la Unión Europea en la que quizás podíamos encajar algún proyecto. Se trataba de una convocatoria denominada «Iniciativa para la Democracia y los derechos humanos» que constituía uno de los ejes preferentes de la cooperación internacional de la Unión Europea.

A propuesta suya, nos planteamos presentar alguna solicitud que encajara en nuestra línea prioritaria de trabajo en el instituto de investigación que habíamos creado. Nos decantamos por la justicia constitucional en un país iberoamericano en el que, de algún modo, tuviéramos contactos. Nos pareció que, por la dimensión del país, su situación en el panorama internacional y sus características políticas e institucionales (entre ellas contar con un Tribunal Constitucional), bien podía ser Ecuador el país donde encajar nuestra propuesta.

Contactamos con un viejo colega iberoamericano, constitucionalista ilustre en el país, con el que yo había coincidido primero en París y, posteriormente, en un par de ocasiones en Madrid, Hernán Salgado Pesantes, que se sintió encantado de poder colaborar en lo que pudiéramos necesitar para preparar nuestra propuesta.

Ahorro detalles. Un par de meses más tarde Pablo y yo, con la colaboración de una becaria española que trabajaba en la Unión Europea y que conocía la jerga comunitaria, cerramos el proyecto y lo remitimos a la Unión Europea.

Tres o cuatro meses más tarde, la Comisión Europea nos comunicó que el proyecto «Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador» presentado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, había sido uno de los seleccionados para su ejecución en un periodo de tres años y dotado con 840.000 €.

Durante los tres años siguientes, con la colaboración de un buen amigo, profesor titular de Derecho Constitucional en Valencia, Fernando Flores, que se instaló en Quito para gestionar *in situ* las actividades del proyecto, desarrollamos las diversas acciones que habíamos incluido en esa propuesta.

Se celebraron más de veinte seminarios sobre distintas facetas de la justicia constitucional, preferentemente en Quito, pero también en otras varias ciudades del país. Se publicaron en el propio Ecuador más de una docena de libros sobre diversas dimensiones de la justicia constitucional, con la intervención de lo más

granado de la doctrina constitucional europea e iberoamericana sobre el tema. Se llevaron desde España unos cuantos miles de libros a la biblioteca especializada del Tribunal Constitucional. Se informatizó el funcionamiento procesal del Tribunal Constitucional...

No quiero prolongar más mi intervención. Pero de lo que sí quiero dejar constancia con esta última referencia es de la capacidad de Pablo para impulsar y gestionar todo tipo de iniciativas y actividades en el terreno de la doctrina constitucional, por lo que la labor que él realizó pervivirá más allá de lo que ahora podemos imaginar.

Descanse en Paz.

Jaca, septiembre de 2022

## IN MEMORIAM PABLO PEREZ TREMPs

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

*Profesora de la Universidad Carlos III de Madrid*

La actividad académica es la más creativa de las que se puede desarrollar siendo jurista. La más artística

Era el mes de junio de 1998. Estábamos sentados en el despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura en Cáceres. Allí había llegado Pablo Pérez Tremps como catedrático de Derecho Constitucional en el curso 1991-1992. Tenía 35 años en aquel momento. Se había licenciado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid en 1978, año en que se aprobó la Constitución. Y se había doctorado en la misma Universidad en 1984. En el periodo de siete años que transcurrió entre su doctorado y su llegada a la cátedra había sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1979-1988) y letrado del Tribunal Constitucional (enero de 1988 a septiembre de 1991).

Una experiencia enorme en un período de tiempo muy corto, si lo observamos desde los tiempos que hoy se imponen a la vida universitaria. Una experiencia desde la teoría y desde la práctica que le permitía afirmar, con autoridad, pero sin atisbo de superioridad alguna, que la actividad académica era creativa. O mejor dicho, que debía ser creativa.

Esa idea del profesor Pérez Tremps no fue nunca una mera declaración de principios teóricos. Era su forma de enfrentar el trabajo académico y, con el tiempo, llegado el momento de asumir sus funciones como Magistrado del Tribunal Constitucional, también fue la forma de abordar el trabajo jurisdiccional.

Fue creativo en el modo de enseñar el Derecho Constitucional. En el curso 1993-1994, cuando le conocí siendo profesor de la asignatura entonces denominada Derecho Constitucional I (Plan de estudios de 1953), lo que hoy conocemos

como «plan Bolonia» no estaba ni en el horizonte. Pero Pablo ya acostumbraba a enseñar derecho desde una perspectiva práctica, para desarrollar el espíritu crítico de los alumnos y una adecuada comprensión de la realidad sociopolítica que acompañaba, justificaba y explicaba el Derecho Constitucional. A cada tema del programa<sup>1</sup> asociaba la lectura y comentario de una sentencia del Tribunal Constitucional o la resolución de un caso práctico que, en muchas ocasiones, traía sorpresivamente a la clase, para evitar que sus alumnos de primero nos acomodásemos, nos aburriésemos o, sencillamente nos durmiésemos en aquella complicada aula magna del renacentista Palacio de la Generala. Recuerdo el día que me hizo leer en clase el art. 13.2 de la Constitución. Era una persona observadora. Había percibido que yo llevaba en la carpeta, por no cargar con volúmenes grandes, el ejemplar de la Constitución que en su día se había buzzoneado con carácter previo al referéndum aprobatorio de diciembre de 1978. Y, siendo ya el año 1993, la redacción del art. 13.2 CE había cambiado para hacer posible la ratificación del Tratado de Maastricht. ¿Quién iba a imaginarlo? Yo desde luego no. Después de las risas, la anécdota le sirvió para hablar de la incorporación de España a la Unión Europea, de la reforma constitucional, de la adaptación del sistema constitucional español al derecho supranacional. Así era el profesor Pérez Tremps: ameno, divertido, provocador, atento a sus alumnos y pendiente de abrirnos al mundo jurídico que tan difícil de comprender era en aquel primer curso que, posiblemente resultara muy formativo, pero con toda seguridad conectaba poco con la realidad.

Pablo, en aquel año, fue para sus alumnos y alumnas la realidad en el sentido más amplio de la palabra: la realidad europea, la realidad de los derechos humanos, la realidad de la interacción entre niveles normativos. Sin dogmas y con espíritu crítico. Recuerdo también que no creía en la perfección académica. Atribuía matrículas de honor sin calificar con un 10 porque, por bien que te supieras el temario, jamás podías saberlo todo. Siempre había algo más, algo que hacer mejor, algo que buscar más lejos. Perfeccionista y exigente, consigo y con los demás, pero siempre con buen tono.

Cuando llevaba siete años ejerciendo como profesor de Derecho Constitucional en Cáceres tuvo la oportunidad de pasar en comisión de servicio a la Universidad Carlos III de Madrid. Era la Universidad en la que también tenían su plaza como catedráticos Luis Aguiar de Luque y Luis López Guerra.

A partir de ese momento la creatividad se concentró aún más en la tarea de investigación y de cooperación académica. Fue el momento de mayor expansión de su trabajo hacia América Latina y también hacia Europa. Si durante su prime-

---

<sup>1</sup> Que se correspondían con los del manual *Derecho Constitucional* publicado por Tirant lo Blanch desde el año 1991. De esta obra didáctica iniciativa de los profesores Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui se han comercializado once ediciones.

ra década profesional se había centrado en el estudio del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial<sup>2</sup>, con algunos trabajos en materia de sistema de fuentes y organización territorial del Estado<sup>3</sup>, a partir del año 1991 empezó a proyectar su interés académico sobre la jurisdicción constitucional fuera de España y sobre la integración europea. El libro *Constitución Española y Comunidad Europea* (Civitas, 1994) y el coordinado por él bajo el título *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica* (Tirant lo Blanch, 2000) son muestra inequívoca de esa tendencia y constituyen, sobre todo el primero, obra de referencia en la materia.

La llegada a la UC3M le da la posibilidad de profundizar en sus temas de interés desde el trabajo colaborativo y a través de proyectos de investigación y cooperación al desarrollo. Su primer proyecto de investigación había sido, estando en Cáceres, el que llevó a la publicación del libro sobre la justicia constitucional en Centroamérica (desarrollado con quien después sería su buen amigo el profesor Rubén Hernández Valle). A partir de ahí colaboró, con distinto grado de implicación, en proyectos de los diversos Planes Nacionales de Promoción del Conocimiento y en otros financiados por entidades privadas o por la UE<sup>4</sup>.

Además, en la Carlos III desarrolló su propio equipo de investigación en torno al Instituto de Derecho Público Comparado, creado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de abril de 1997, poco antes de su llegada a esta Universidad, y que el dirigiría en un primer periodo en el curso académico 2003-2004. En este tiempo, culminó la dirección de varias tesis, habiendo sido la primera la de Ignacio Navarro Méndez (*La democracia interna de los partidos políticos*, 1998), aún en la Universidad de Extremadura, e inició la guía de otras tantas<sup>5</sup>. Pero no

---

<sup>2</sup> Su primera monografía, resultado de su tesis doctoral, se tituló *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>3</sup> *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, 1987.

<sup>4</sup> La justicia constitucional quince años después: balance y perspectivas (1995-1998); Garantía institucional de la autonomía local (1997-1999); El desarrollo del Estado de las Autonomías (1998-2001); Gobernabilidad y transformación de los órganos constitucionales en la reforma del Estado en Iberoamérica (1998-2001); Informe de las Comunidades Autónomas (1992-2003); Justicia Constitucional en Iberoamérica (2001-2004); Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador (2002-2004); La solución jurídica de controversias en los sistemas de integración económica (Europa y América Latina) (2002); *After 2004: the integration of the constitutional Treaty into the national Constitution* (2003-2004).

<sup>5</sup> Se cuentan entre sus doctorandos Carmen Montesinos Padilla (*Tutela multinivel de los derechos: obstáculos procesales*, 2015), Luis I. Gordillo Pérez (*Las relaciones entre ordenamientos de naturaleza constitucional*, 2010), Sabrina Ragone (*Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali*, 2009), María José Gálvez (*La diversidad lingüística comunitaria*, 2009), Beatriz Sánchez Mojica (*El estatuto constitucional del desplazado interno en Colombia*, 2008), Richard Eddy Cardozo Daza (*El recurso de amparo en Bolivia*, 2007), Ana Ovejero Puente (*Régimen constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia*, 2004), Itziar Gómez Fernández (*Constitución y Derecho Internacional. Relaciones de conflicto y de colaboración*, 2003), Claudia Storini (*Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del*

sólo pensó en sus propios estudiantes, también trabajó por desarrollar las estructuras necesarias para una formación doctoral más amplia y basada en el estudio comparado del derecho. El doctorado conjunto con la Università degli Studi di Pisa, a la que después se uniría la Facultad de Derecho de Aix en Provence, fueron prueba inequívoca de esa vocación. Lamentaba no hablar un mejor inglés y empezó a estudiarlo con más interés, porque sabía que era necesario tender más puentes y ver más lejos. E insistía a quienes trabajábamos con él en la necesidad de abrirnos a experiencias en el extranjero. Nunca cobijarnos bajo sus alas fue una opción. Siempre nos empujó a salir, a mirar fuera, a conocer otras personas y tener experiencias distintas de las que él podía darnos. Y siempre fue generoso con sus contactos y amistades, que iban siendo poco a poco también los nuestros.

Y cuando todos esos proyectos académicos empezaron a consolidarse llegó el acontecimiento inesperado de su nombramiento como magistrado del Tribunal Constitucional. Tenía 48 años, a punto de cumplir los 49. Ni él lo esperaba (sí había imaginado, en un momento dado, poder ser director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), ni lo esperábamos quienes entonces trabajábamos con él en la Universidad. No fue su primera responsabilidad institucional, porque había sido designado vocal de la Junta Electoral Central en las V y VI legislaturas (1994-2000). Pero sí fue la más importante, y la que marcaría, para lo bueno y para lo menos bueno, el final de su carrera profesional.

Y empezó la fase de la creatividad jurisdiccional. En junio del año 2004 asumió como magistrado un académico que nunca dejó de ser académico, a pesar de verse en la tesitura de ejercer como magistrado constitucional. Un auténtico experto en justicia constitucional que lo era por haberse doctorado con una tesis sobre la jurisdicción constitucional, por haber ejercido como letrado durante tres años y por haber continuado durante toda su vida académica trabajando en este tema<sup>6</sup>. Un magistrado que, como académico, comprendió las virtudes del trabajo colaborativo también en el seno de una alta jurisdicción. Y ello le llevó a impulsar la creación de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC), cuya Secretaría General ocupó entre los años 2006 y 2012<sup>7</sup>.

Durante sus nueve años como magistrado en la jurisdicción constitucional fue ponente (magistrado redactor) de 239 sentencias (23 recursos de inconstitu-

---

*Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial*, 2001), y Francisco Javier Donaire Villa (*La Constitución y el acervo de Schengen*, 2000).

<sup>6</sup> *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional* (Diputació de Barcelona/Marcial Pons, 1998); *Escritos sobre justicia constitucional* (Porrúa, México, 2005); *Los procesos constitucionales (La experiencia española)* (Palestra, Lima, 2006); además de un ingente número de capítulos de libros y artículos sobre esta materia (véase el perfil en Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=231076> — último acceso el 3 de junio de 2022).

<sup>7</sup> Sobre la conferencia véase <https://www.cijc.org/es/Paginas/default.aspx> (último acceso 3 de junio de 2022).

cionalidad, 21 cuestiones, 183 recursos de amparo y 12 conflictos positivos de competencias). Y formuló 48 votos particulares (9 de ellos frente a autos y no frente a sentencias). Y, si hubiera que destacar una sentencia y un voto particular, tendría muy claros cuáles son los dos pronunciamientos en que, con más claridad, se pone de manifiesto el constitucionalista que era Pablo Pérez Tremps.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificaba el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para incluir a las personas del mismo sexo. La sentencia, más allá del fallo, construye un modelo de interpretación evolutiva de la Constitución, que pone de manifiesto la postura de Pablo en relación con la labor de los tribunales constitucionales y con la concepción dinámica del Derecho Constitucional: «la Constitución es un «árbol vivo» —en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (FJ 9).

El voto particular al ATC 86/2011, de 9 de junio, que acordaba el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es expresión clara de la posición que Pablo tenía en relación con la integración europea: «La confianza legítima horizontal, recíproca, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega, inserto en la cooperación policial y judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar «el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal» (considerando 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, entre otras normas)». Para Pablo, esta confianza legítima horizontal hacía innecesario plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre el nivel de garantía aplicable en España a la hora de aplicar una euroorden: el nivel de garantía español no podía pretender hacerse extensible a otro estado miembro de la UE.

Otros episodios mucho más tristes de su paso por el Tribunal no merecen más reflexión en estas líneas, por la total falta de protagonismo de Pablo en lo que tuvo que ver con su recusación<sup>8</sup> y posterior aprobación de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sucedió lo que sucedió muy a su pesar y con todo el pesar que le acompañó después.

La enfermedad se manifestó en el invierno del año 2007. Pero no dejó de trabajar. Ni de escribir. Ni de juzgar. Ni de crear. Con menos energía. Con más amargura a veces, aunque nunca sabré si hablaba la enfermedad o la decepción. Su vuelta a la Universidad en el año 2013 le liberó el tiempo necesario para trabajar en dos obras fundamentales, en las que vuelca el conocimiento práctico adquirido durante su paso por el Tribunal: *Sistema de Justicia Constitucional* (Civitas, 2016) y *El recurso de amparo* (Tirant lo Blanch, 2015). En su última obra (*Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, 2018) empezó a asumir también, como muchos otros teóricos, que la Constitución de 1978, que le había acompañado desde que se licenció en la Facultad de Derecho de la Complutense y que inspiró su deseo de incorporación al mundo académico, había cumplido un ciclo y era necesario empezar a pensar en su reforma. En este trabajo introduce un tema nuevo para él: la aproximación al sexo como causa clave de la discriminación estructural que se vive en las sociedades modernas. Muchas de sus alumnas, de sus doctorandas, le fuimos enseñando, con los años, que la discriminación sexual, en la academia, en el Tribunal, en la sociedad, sigue siendo realidad, y no historia. Nos demostró, con ese último gesto, que el maestro, al que no le gustaba que llamásemos maestro, había llegado al punto de convertirse de nuevo, con toda la humildad, en aprendiz.

Y es que, para él, para el magistrado constitucionalista, para el constitucionalista magistrado, la academia era algo más que un trabajo. Era su forma de vivir y de ver el mundo y de enseñárnoslo al resto. Y de aprender. Sobre todo, de aprender.

Maestro, Amigo, Pablo... Que sigas aprendiendo allí donde estés. Aquí seguiremos en ello también.

---

<sup>8</sup> Me refiero al ATC 26/2007, de 5 de febrero.



## LA AMISTAD Y EL CARIÑO NO PRESCRIBEN

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE  
*Profesor de la Universidad de Costa Rica*

Mi amistad con Pablo Pérez Tremps se inició a mediados de los años 80 en la Ciudad de Guatemala, cuando él junto a su entrañable amigo común Luis López Guerra asistieron a un encuentro sobre justicia constitucional en Antigua organizado por Jorge Mario García Laguardia, también de grata memoria.

En esa hermosa ciudad se acostumbra al inicio de seminarios internacionales a realizar una actividad solemne en la sede del Concejo Municipal, ubicado en un hermoso edificio colonial, en la que se entrega a los participantes extranjeros certificados en los que se los declara ciudadanos de honor (por cierto, tengo como cuatro de esos certificados).

En esa ocasión tanto Pablo como Luis estaban muy sorprendidos de que los habían nombrado ciudadanos de honor de la ciudad de Antigua sin que hubieran transcurrido ni siquiera 24 horas de su llegada por primera vez. Les expliqué que era una costumbre local muy arraigada, pues para ellos constituía un honor albergar seminarios con la participación de expositores extranjeros.

Pablo dijo, con el humor que lo caracterizaba, que iba a seguir viniendo más a menudo para coleccionar certificados de ciudadanía honorífica, los cuales, por cierto, son muy hermosos, pues están escritos con una caligrafía propia de la época colonial en un papel fino, llenos de sellos y adornado con ribetes con los colores de la bandera guatemalteca, que es muy hermosa.

A partir de ese momento entablamos una amistad cercana, por lo que cada vez que iba a Madrid salía a cenar con él y con *los Luises*, pues en mi primera visita me presentaron a Luis Aguiar de Luque, con quien también trabé una entrañable amistad que desde luego perdura hasta el día de hoy. Con frecuencia salíamos en parejas, cuando yo iba con mi esposa, lo que permitió que nos hiciéramos amigos también de Menchu, Cora y Becky.

Desde luego, cuando Pablo iba a Costa Rica como conferencista en algún seminario que organizaba el Tribunal Constitucional invariablemente también salíamos a cenar. En una época estuvo viajando con frecuencia a mi país, pues dirigió un programa centroamericano sobre la justicia constitucional, básicamente en El Salvador y Nicaragua, pero siempre pasaba por San José a la ida o a la vuelta.

Cuando dirigió un programa de Justicia Constitucional en el Ecuador para la Unión Europea que duró varios años y producto del cual se realizaron varios seminarios y se hicieron bastantes publicaciones, me invitó en un par de ocasiones a dar conferencias a los magistrados del Tribunal Constitucional y a publicar artículos en los libros que recogían temáticas específicas sobre la justicia constitucional, con especial recuerdo a los dedicados a la sentencias de los Tribunales Constitucionales y al recurso de amparo.

También publiqué, a través de él, en *Tirant lo Blanch*, en la colección sobre Constituciones Latinoamericanas. Por cierto, el primer número fue el dedicado a Costa Rica. Asimismo, me hizo participar en otras publicaciones colectivas sobre temas de Justicia Constitucional.

Por medio suyo y de Luis Aguiar entré a formar parte, a pesar de no ostentar ni la nacionalidad española ni la italiana, del grupo de estudios constitucionales italo-españoles que se reunía todos los años alternativamente en una hermosa ciudad de alguno de los dos países. Tuve ocasión de conocer lugares tan hermosos como Lanzarote o Cerdeña en tales seminarios.

Cuando fui Embajador en Italia (1994-98) Pablo me introdujo con Giancarlo Rolla de la Universidad de Siena y con Alessandro Pizzorusso de la Universidad de Pisa. Con ambos hice gran amistad y tras mi retorno a Costa Rica en varias ocasiones regresé a esas Universidades a dictar cursos sobre Justicia Constitucional latinoamericana.

Él también era el representante español en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, del cual soy vicepresidente, por lo que acostumbraba asistir a los seminarios anuales que realizamos en distintas ciudades de América Latina. Por cierto, en 2012 lo hicimos en Cádiz, organizado por Miguel Revenga, para conmemorar los 200 años de la promulgación de su famosa Constitución, la cual sirvió como modelo de las primeras Constituciones latinoamericanas.

Creo que su último viaje interoceánico fue a un congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que se realizó en Ciudad de México si mal no recuerdo en el 2016. Luego lo vi, por última vez, en un viaje que hice a Madrid a finales del 2017.

Pablo, además de un ser humano excepcional, fue un enorme jurista, aunque su producción no fuera muy vasta. Sin embargo, lo que escribió siempre fue agudo y en una prosa ática y fecunda.

Su tesis de doctorado realiza un inmejorable deslinde entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Esta obra ha servido de modelo a varios tribunales constitucionales latinoamericanos para realizar tal distinción, la cual no es fácil de llevar a la práctica.

Sus sentencias como juez constitucional siempre llevaron la impronta del conocimiento profundo del Derecho Constitucional, aunado a un fino sentido político, que es un ingrediente fundamental para ser un buen juez constitucional.

Él supo manejar con maestría ambos aspectos, lo cual lógicamente lo condujo a redactar sentencias con agudo sentido jurídico, pero encuadradas dentro de una realidad política insoslayable.

Por todas las razones apuntadas la partida de Pablo será irreparable para quienes tuvimos el honor de ser sus amigos.

Como decía un querido profesor mío, la amistad y el cariño nunca prescriben. Por eso siempre llevaremos a Pablo en nuestro recuerdo y en nuestro corazón.



## EN MEMORIA A PABLO PÉREZ TREMPES

ANA MARÍA OVEJERO PUENTE  
*Asesora en el Defensor del Pueblo*

Me gustaría hoy aquí, en este acto en recuerdo del profesor Pérez Trempe, hacer una declaración, compartir un recuerdo y explicar una idea, con el ánimo de rendir un homenaje personal, con todo mi afecto y mi admiración, a mi querido amigo, a quien tanto debo en mi vida académica, profesional y personal.

**Empiezo por la declaración:** quiero que sepan todos ustedes que, a pesar de la tristeza y de este sentimiento continuo de orfandad académica que siento, de esa sensación de desorientación al no poder llamarle a diario, como antes, para pedirle su consejo, su parecer, su análisis... en tantas y tantas cosas que han pasado en estos meses... me siento privilegiada por haber podido formar parte de la vida de Pablo y estoy muy agradecida, de todo corazón, porque él quiso formar parte de la mía.

El profesor Pérez Trempe, Pablo, mi «querido jefe», es para mí —y así será siempre— mi referente. Nunca se mostró como un maestro erudito, con respuestas correctas para cada una de nuestras preguntas, aunque podría haberlo hecho. Prefirió enseñarnos a todos, a Javier, Itziar, Carmen, Nacho, Luis, María José, Beatriz, a quienes tuvimos la suerte de trabajar en la Universidad o en el Tribunal con él, a buscar nuestras propias respuestas y a defenderlas, sobre todo a defenderlas, cuando sabía que podían generar polémica.

Pablo valoraba la creatividad y la originalidad. Creía que hacer ciencia jurídica implicaba, como en cualquier otra rama del conocimiento, ser un poco subversivo y transgresor. Entendía que podíamos y debíamos cambiar las cosas con conocimiento y que esto era por definición revolucionario y rompedor. Sus trabajos sobre el concepto de integración supranacional en la Constitución, la Constitución española y la Unión Europea o las reformas de la Constitución, más reciente,

por citar solo algunos, así lo demuestran, desde el principio hasta el final de su carrera<sup>1</sup>.

Defensor del saber transformador, era muy inconformista y por eso no tenía miedo. Toda su obra escrita es una buena muestra de esa valentía y honestidad académica, tan propia de Pablo, que siempre contó lo que vio, sin pleitesías, limpiamente.

Quizá esto explique que nunca pusiera límites a mi vocación múltiple, ni pretendiese amoldarme y que encajara en ese orden académicamente establecido, que cuestionábamos juntos, tantas veces, por faltar a esos criterios de mérito y capacidad que proclamaba y por responder realmente a contravalores como la resistencia y el aguante, tan alejados del Derecho útil que Pablo defendía.

Pablo creía en los perfiles poliédricos y en los espíritus inquietos. Creía en los que somos distintos, los difíciles de acoplar en el mundo bidimensional de la Universidad española... Quizá porque él también sufrió por esa misma ceguera e hipocresía a lo largo de su carrera y porque combatió el privilegio que creen disfrutar esos que se erigen en árbitros porque no pueden competir en condiciones de igualdad. Ahora entenderéis mejor por qué siempre fue ajeno a eso que llaman «escuelas» y nunca nos dejó que le llamáramos maestro.

Para Pablo, además, las cosas nunca fueron sencillas. Como a él mismo, nos exigía a todos dar una vuelta de tuerca más al pensamiento, afinar el argumento, encontrar una razón última y mejor, más contundente, bien referenciada para explicar nuestras propuestas. Le gustaba provocar al auditorio con su fina ironía y le gustaba, más aún, que le diéramos la razón cuando la tenía.

Tus trabajos sobre la relación entre Constitución europea y constituciones nacionales, el sistema de justicia constitucional o el recurso de amparo<sup>2</sup> te dan la razón, jefe. Y te la darán aún más a medida que pasen los años. La razón y el buen vino mejoran con el paso del tiempo.

**Esta reflexión me lleva a compartir un recuerdo.** Recuerdo, como si hubieran sido ayer mismo, nuestros debates sobre la igualdad de mujeres y hombres.

---

<sup>1</sup> Pérez Tremps, Pablo. «El concepto de integración supranacional en la Constitución». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, núm. 13, pp. 103-126; Pérez Tremps, Pablo. «Constitución española y Unión Europea». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, núm. 71, pp. 103-121; Pérez Tremps, Pablo. *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, 2018.

<sup>2</sup> Pérez Tremps, Pablo. «La incidencia de la Constitución europea en la organización territorial del Estado», en *La Constitución de la Unión Europea*, coord. por Carlos Closa Montero y Natividad Fernández Sola. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Pérez Tremps, Pablo. *El recurso de amparo*. Tirant lo Blanch (2015); Pérez Tremps, Pablo. *Sistema de justicia constitucional*. Civitas (2010)... Otros ejemplos podrían ser Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales (1985); Pérez Tremps, Pablo; García Morillo, Joaquín; Zornoza Pérez, Juan. *Constitución y financiación autonómica*. Tirant lo Blanch (1998). Pérez Tremps, Pablo. «La jurisdicción constitucional y la integración europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, núm. 29, pp. 19-48.

Pablo ya había estudiado en los 90 el tema de la Constitución y los derechos de la mujer<sup>3</sup>, pero entre los años 2004 y 2010 la preocupación por la igualdad adoptó en España distintas formas legislativas cuyas respuestas había que estudiar desde el punto de vista de la dogmática constitucional. Tuve el honor de compartir aquella etapa en la que trabajé en el Ministerio de Justicia con el profesor López Guerra.

Recuerdo especialmente nuestras discrepancias sobre la naturaleza de las acciones positivas y sobre su necesaria temporalidad. Creo que no es una casualidad, sino una suerte, que los organizadores de este homenaje hayan elegido esta semana del 8 de marzo para realizar este acto.

Pablo era un firme defensor de la igualdad en todas sus facetas: como principio, como derecho, como valor superior, como instrumento clave para el progreso y el avance social. Muchas de esas reflexiones cobraron sentido tiempo después, cuando el Tribunal Constitucional tuvo que revisar aquella legislación innovadora. El resumen de su pensamiento quedó plasmado en su voto particular a la Sentencia 13/2009, sobre la Ley de igualdad vasca, que refleja muy bien ese carácter genial del profesor Pérez Tremps del que les estaba hablando. Buscaba ese argumento último y por eso reclamaba ser serios y ahondar en el juicio de constitucionalidad cuando se tratase de revisar las cuotas en favor de las mujeres. No bastaba que existieran razones que justificaran coyunturalmente la legitimidad y la oportunidad de adoptar en España esas medidas de compensación. Creía que se podía tensionar el principio de igualdad en la representación política —con todo lo que ello implicaba— si no se establecían límites temporales para su uso y que eso a la larga nos perjudicaría, especialmente si no conseguíamos consolidar su efecto transformador y si no se invertía en educación para la igualdad. Para el profesor Pérez Tremps, cuando las acciones positivas cumplen su objetivo deben ser reformuladas. El legislador debe decidir cuándo, pero ese término puede y debe ser objeto también de control de constitucionalidad en caso de exceso.

Nunca discutí ese análisis. Y —a día de hoy— considero que ese planteamiento sigue plenamente vigente, aunque Pablo reconoció años después que la temporalidad que en 2008 pensaba que sería transitoria se estaba alargando más de la cuenta, porque los problemas estructurales de discriminación mejoraban, pero poco, porque las resistencias de los privilegiados eran muy fuertes, y porque 15 años después no se habían alcanzado —ni por asomo— los objetivos que se pretendían.

— «Pablo, si no paras la inercia por la fuerza, la inercia continuará haciendo más grande la brecha, y seguiremos siendo invisibles por más méritos que acumulamos y más talento que demostremos en todos los ámbitos».

---

<sup>3</sup> Pérez Tremps, Pablo. «Constitución y derechos de la mujer». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 14-15 (1996-1997), pp. 243-260.

— «Sí, pero una vez rota la inercia, hay que centrarse en la consolidación del reconocimiento, porque no debéis ser consecuencia de una cuota. Tenéis derecho a competir en condiciones de igualdad, precisamente porque el mérito y la capacidad os avalan».

**Y aquí va la idea:** el mérito y la capacidad no son atributos objetivos que luzcan por si mismos y sin lugar a dudas. Son los ojos de quienes los quieren ver o negar los que dan valor o menosprecian esos méritos.

La transformación pendiente en materia de igualdad no está en la determinación de las condiciones sobre las que se sustenta la igualdad. Este capítulo ya está superado, lo sabemos todas las mujeres de esta sala que, en cualquiera de las facetas de nuestra vida, acumulamos el doble de méritos exigidos, por si acaso. Está en la determinación de las virtudes (políticas y morales) que deben reunir los que la juzgan; los ojos que la valoran.

Auguro que en los próximos años tendremos que dar la batalla y trabajar en el proceso de rendición de cuentas de quienes tienen la potestad de valorar, para que podamos exigirles, cuando en un ámbito u otro ejerzan ese enorme poder de decidir qué vale y qué no, la responsabilidad correspondiente en caso de discriminación; es decir, en el supuesto de que apliquen una diferenciación injustificada e ilegítima sobre los diferentes, para protección de sus propios privilegios.

En mi caso, en el caso de todos sus discípulos, fueron los ojos de Pablo los que vieron en nosotros las condiciones y los méritos y los que nos hicieron creer que lo merecíamos. Por eso, aunque este tiempo que viene va a ser muy difícil, seguiremos peleando, estemos donde estemos, porque alguien tiene que seguir transformando, innovando, rompiendo techos de cristal, de forma limpia y honesta; porque el tiempo nos dará la razón, y porque a lo largo de todos estos años que hemos compartido con él, hemos aprendido a mirarnos en sus ojos, y a ser lo que Pablo veía en nosotros.



## PALABRAS EN RECUERDO DE PABLO PÉREZ TREMPs

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ  
*Catedrático en la Universidad de Cádiz*

Evocar a Pablo Pérez Tremps en este encuentro iberoamericano de los que a él tanto le gustaban y en el que se habría sentido feliz es en cierto modo un contrasentido. Lo es constatar que Pablo ya no está, porque por encima de todo él era una persona vital, profunda y contagiosamente vital; una persona que irradiaba vida y amaba la vida. Todos quienes estamos en esta sala guardamos a buen seguro imágenes de él; del Pablo joven y del Pablo maduro. Yo desde luego tengo en la memoria «tres Pablos», en diferentes etapas de su vida.

De estudiante y compañero de promoción en las aulas de la Complutense y luego de doctorando y de flamante doctor, que cumplió muy pronto su vocación académica y había publicado a edad bien temprana sus primeros escritos.

Del Pablo en la plenitud de su carrera: catedrático joven en Cáceres y después en la Carlos III, cuyo Instituto de Derecho Público Comparado fue en buena medida creación suya. Y más tarde de magistrado del Tribunal Constitucional.

Y casi sin tiempo para más balances, del Pablo que sufrió los embates de una enfermedad que se adhirió a él y lo acompañó por espacio de años.

Pues bien, lo que prevalece en las imágenes que conservo de todos y de cada uno de los «tres Pablos» es la alegría que irradiaba. Podría decirse que la presencia de Pablo creaba un clima, un envolvente clima de vitalidad, como digo, pero también de entusiasmo por lo que hacía o por lo que dejaba de hacer o aconsejaba que otros hicieran. No tengo duda de que para muchos de nosotros hay una imagen que prevalece por encima de cualquier otra: la del Pablo bienhumorado, epicúreo e irónico sin cargar las tintas; un Pablo que perseguía y hallaba placeres circundantes en todas las tareas que emprendía y, entre ellos, desde luego, de manera destacada y por este orden, los de la buena conversación y la buena mesa. Esas dos aficiones las conservó Pablo siempre, incluso de manera admirable cuando su salud

flaqueó y tuvo que someterse a pruebas y a condicionamientos que hubieran agriado el carácter y retirado de la circulación a cualquiera. Pablo disfrutaba de los viajes, de los encuentros y de los congresos. En unos y en otros nos desempeñábamos lo mejor que sabíamos, pero sobre todo eran ocasión para reconciliarnos con nuestro oficio de universitarios y reconocer que, después de todo, no está tan mal una profesión que permite compartir momentos con personas como Pablo en lugares tan diversos como Quito o San José; como Ciudad de México o Lima, ciudades que nos devuelven, en ocasiones y circunstancias diversas, la imagen de él que más nos gusta evocar: la del Pablo pletórico y cargado de vida.

Pese a ser estrictamente coetáneos, siempre consideré a Pablo un poco como el maestro que no llegué a tener del todo. Me lo encontré recién llegado de su estancia posdoctoral en Florencia. Y habiendo terminado yo también la tesis, fue él quien me recomendó que acudiera a lo que era entonces el Dipartimento di Diritto Pubblico de la vieja Facultad florentina. Creo que nunca le agradecí bastante ese consejo. Porque aquella estancia, al calor de la hospitalidad del gran Alessandro Pizzorusso, está en el origen de la afinidad italiana inducida en buena medida por Pablo y que ya siempre compartimos; una querencia y un gusto por Italia que creo que fue a más con el tiempo, gracias principalmente a los empeños de otro grande que hoy nos acompaña aquí: el profesor y maestro pisano Roberto Romboli. Italia fue, junto con Iberoamérica, una de las devociones de Pablo. Hablaba italiano con la misma desenvoltura con la que se expresaba en español, contando chistes y refiriendo anécdotas, algunas de las cuales alcanzaban la categoría de clásicas y le eran por ello requeridas, una y otra vez, por el mero placer de escuchar cómo las recreaba. Lipari y las Eolias, Taormina, Palermo, Amalfi, Lecce, Messina y, sobre todo, Pisa, tantas veces Pisa, fueron otros tantos sitios en los que la vida académica y la personal se mezclaban gozosamente. Y la amistad y la *gioia di essere insieme* eran el reclamo para esperar que los Encuentros ítalo-españoles, y más tarde ítalo-brasileño-españoles, que celebrábamos con cadencia anual y por turno riguroso en cada uno de los tres países, no acabaran nunca.

Pese a la gran cantidad y la excelente calidad humana y profesional de quienes se reconocen, en lo académico, discípulos de Pablo, tengo para mí que a Pablo nunca acabó de cuadrarle el rótulo de maestro. Otros, y sobre todo otras, pueden atestiguarlo con más tino que yo. Porque a Pablo, que era la antisolemnidad en persona, parecía importarle más sugerir u observar que afirmar sus convicciones mediante dogmas o anatemas. En los silencios y en los gestos intelectuales apenas esbozados se desenvolvía con más comodidad que en el ruido de las afirmaciones o las tomas de postura altisonantes o excluyentes. Pablo fue, eso sí, más que nada con su ejemplo, un gran desvelador de las naderías y los fuegos de artificio que asoman a veces en el quehacer universitario. No soportaba el cretinismo, intelectual o personal, por decirlo con una expresión que se me antoja muy suya. La su-

perfidia, el adorno retórico y vacío, el esnobismo, la vanidad o el afán de dárseles de original eran cosas que no iban con él. Por eso detestaba a los arribistas y a los fatuos, a los solemnes sin causa, hacia los que podía manifestarse con un desdén en el que nunca faltaba un punto gracioso e indulgente. Creo que, por encima de todo, lo que Pablo más apreciaba en las personas era eso que él mismo derrochaba y que en el español de España, y en castizo, solemos llamar «campeschanía», es decir, llaneza, naturalidad en el trato y sentido común, cualidades estas que raras veces destacan de manera tan clara en una personalidad como en el caso de Pablo.

El sentido común también define al Pablo constitucionalista y al Pablo magistrado. Pablo fue un demócrata radical para quien la Constitución y las normas aprobadas a resguardo de ella eran el referente a partir del cual, sin desbordar los márgenes de la interpretación jurídica, había que encontrar la mejor solución posible a los problemas concretos compatible con la realización más acabada de los derechos fundamentales. Creo que en esto se le puede calificar como un jurista a la vez riguroso y profundamente pragmático. Poco amigo de los enrevesamientos y las construcciones abstrusas que no llevan sino a satisfacer el ego de quienes las pergeñan, Pablo tuvo un excelente ojo para elegir lo que pudiéramos llamar sus principales áreas de trabajo: la relación entre la justicia ordinaria y la constitucional, en sus dimensiones teóricas e históricas, primero, y luego, en toda su extensión y con todas sus connotaciones, el proceso de amparo; y también, por supuesto, el gran reto de acomodar nuestro ordenamiento constitucional a las exigencias derivadas de la integración europea. En todos y en cada uno de esos ámbitos Pablo realizó aportaciones que fueron a la vez pioneras y decisivas; aportaciones que, como todas las que son genuinamente importantes, resisten bien el paso del tiempo y siguen siendo de referencia.

Con su acceso al Tribunal Constitucional en 2004, Pablo pudo ver cumplida una de las aspiraciones que parecen más legítimas para el caso de aquellos que nos desempeñamos como teóricos en este recodo de lo que ahora se ha dado en llamar las ciencias sociales y jurídicas. No es poca cosa mudar el oficio de profesor que escribe libros y artículos por el de magistrado constitucional, un *ingeniero social* cuya impronta puede dejarse sentir en decisiones que afectan a la vida de tantas personas. Así fue en el caso de Pablo, quien será recordado para siempre como el ponente de la sentencia del matrimonio igualitario. Y con ese hito del Pablo magistrado prefiero quedarme, a despecho de aquel otro que sufrió uno de los acosos más rastreros e injustificados que se recuerdan, urdido y consumado desde dentro del propio Tribunal. Pablo dio ante esta adversidad el mismo ejemplo de elegancia y estoicismo que le caracterizó también durante los últimos años de su vida en lo relativo a su salud quebradiza. A veces escuché a Pablo referirse a los años lejanos en los que su padre inició el ejercicio de la judicatura en la localidad salmantina de

Peñaranda de Bracamonte. Seguramente ese recuerdo, y los de la trayectoria entera de su padre como magistrado de carrera, estuvieron a menudo en la cabeza de Pablo durante los años en los que él mismo se dedicó a deliberar y firmar sentencias. Fueron para él años duros, pero también, por supuesto, «tiempos interesantes». Cuando escribo estas líneas la memoria me devuelve una vez más la imagen del mejor Pablo jovial, ahora en una fecha bien concreta: el 19 de marzo de 2012, en un Pleno cargado de simbolismo que el Tribunal celebró en la ciudad de Cádiz y en el mismo lugar, el Oratorio de San Felipe Neri, en el que doscientos años antes unos diputados llegados de España y de las Américas aprobaron nuestra primera Constitución.

Termino. La última vez que hablé con Pablo fue con motivo de la publicación de un libro coordinado por los dos en el que se recogen las actas del Encuentro ítalo-brasileño-español que celebramos en mi Facultad de Jerez en septiembre de 2019. Al preguntarle yo cómo se encontraba se abrió un silencio hondo que él rompió sólo para expresarme, muy de la manera desenfadada con la que él hablaba, lo importante que era para él el apoyo de los amigos... y de Cora. Creo que, en los «tres Pablos» que conocí y traté a lo largo de tantos años, Cora explica mucho de lo que él fue, como persona, como jurista, y como el amigo al que todos lo que lo fuimos de él tanto echamos de menos.

Muchas gracias

## EN RECUERDO A PABLO PÉREZ TREMPES

ROBERTO ROMBOLI

*Profesor de la Università di Pisa*

Mi breve intervención es para recordar las estrechas relaciones de colaboración científica y amistad que Pablo había establecido con Italia y en particular con toda la escuela pisana de Derecho Constitucional creada por nuestro maestro Alessandro Pizzorusso.

Precisamente fue Pizzorusso, durante su periodo docente en Florencia, quien aceptó seguir durante un periodo de investigación en los años 1984-1985 a Pablo, que acababa de terminar su doctorado en la Complutense y había seguido la sugerencia de Rubio Llorente de hacer un periodo de investigación en Italia.

Pablo era una persona a la que no se podía no querer y por ello no tuvo dificultad en establecer con Pizzorusso y en consecuencia con todos nosotros una excelente relación de colaboración que luego se prolongó sin interrupción a lo largo de los años.

Recuerdo en particular el estrecho vínculo que había creado con Paolo Carrozza. En los últimos años siempre me pedía que lo mantuviera informado sobre las condiciones de salud de Paolo y el destino quiso que ambos nos dejaran prematuramente en solo dos años de tiempo.

Desde mediados de los años ochenta ha habido muchas ocasiones de encuentros, conferencias o investigaciones que hemos realizado juntos. En Pisa Pablo se sentía como en su casa, pero igualmente estuvo presente en muchas ocasiones como ponente o participante en proyectos de investigación de varias universidades italianas. Pablo en Italia fue uno de los constitucionalistas españoles más conocidos y sin duda uno de los más queridos.

Entre las muchas actividades que hemos realizado juntos me gusta mencionar a principios de los noventa, la realización de la primera red de intercambio Erasmus entre Pisa, Cádiz, Madrid (Carlos III) y Cáceres.

Junto a Pablo organizamos desde hace unos veinte años las Jornadas ítalo-españolas de Justicia Constitucional, que luego se convirtieron en ítalo-brasileño-españolas, que se desarrollaban por turnos en uno u otro país.

Cuando ejercía el cargo de presidente de la Asociación de Constitucionalistas de España acogió con entusiasmo la propuesta de recordar juntos las figuras de Pizzorusso, Favoreu y Rubio en un congreso que se celebró en Madrid en septiembre de 2016.

Regresar a Pisa para Pablo siempre fue agradable, por eso siempre aceptó la invitación para participar en el Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional que se realiza cada año en enero desde el 2012 y así lo hizo durante nueve años, hasta 2020.

Por último, el proyecto, del que se había hablado mucho con Pablo, de una serie de volúmenes ágiles a través de los cuales explicar el sistema de justicia constitucional de los distintos países europeos. Me había asignado la tarea de tratar el sistema italiano en el primero de los volúmenes de la serie, que de hecho se publicó hace unos meses.

Pablo era una persona agradable, siempre alegre y con ganas de bromear, con quien siempre tuve una excelente relación.

Es la primera vez que vengo a Madrid desde su muerte y su falta es muy evidente, no puedo no echarlo de menos.

Estar en Madrid sin ver a Pablo, nunca había pasado antes.

## EN RECUERDO A PABLO PÉREZ TREMPs

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

*Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra*

Ya se han hecho varios homenajes en memoria de Pablo Pérez Tremps y es probable que se haga alguno más. Tengo para mí, y creo poder decir que conocía muy bien a mi amigo, que de todos esos homenajes él se sentiría más identificado con este que hoy le rendimos aquí que con ningún otro, de los pasados o de los que puedan venir en el futuro.

Se me ocurren tres buenas razones para sostener esta afirmación: el espacio que compartimos, las personas que en él nos juntamos y la materia que nos reúne.

El *espacio*. Es el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, al que Pablo se sentía profesional y personalmente vinculado desde los primeros años de su trayectoria universitaria. Colaboró con el Centro hasta pocos meses antes de su fallecimiento, en el Máster en Derecho Constitucional y participó aquí a lo largo del tiempo en no pocas actividades de muy distinto tipo. Recuerdo ahora la que seguramente fue una de sus últimas presencias en el CEPC, en esta misma Sala de Tapices, con motivo de la presentación de los dos volúmenes de *Comentario a la Constitución Española* con motivo del 40 Aniversario de su entrada en vigor. Dirigimos aquella obra conjuntamente y, créanme, no fue fácil coordinar a casi doscientos colegas. Lo que en ocasiones eran para mí problemas insuperables se convertían para Pablo en una oportunidad para un comentario con gracia y para la búsqueda inmediata de una solución. Escribimos la presentación al *Comentario* a cuatro manos y el mucho tiempo que dedicamos a esas páginas nos sirvió a los dos para repasar nuestra historia constitucional más reciente y, definitivamente, para releerla de manera compartida aprendiendo el uno del otro.

La *gente*. Amigos y colegas de España y de su omnipresente América Latina. Todos los que llenamos esta Sala fuimos amigos de Pablo, pero sabemos que aquí faltan muchos más. La nutrida presencia el día de hoy de profesores que vienen del

otro lado del Atlántico es la mejor demostración del valor que él dio siempre a las relaciones con los constitucionalistas de aquel hemisferio. Mi vocación latinoamericana es deudora, en buena medida, de mi relación con Pablo, que me enseñó a apreciar y a entender aquella parte del mundo que él tanto quería y tan bien entendía. Ni aquí, ni allí, tenía enemigos, era imposible enemistarse con él.

La *materia* que nos reúne. Celebramos el XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. El colega Eduardo Ferrer nos ha reunido aquí para dialogar sobre jurisdicción constitucional y sobre procesos constitucionales.

Después de dejar el Tribunal Constitucional, Pablo dedicó la mayor parte de su tiempo, en términos de dedicación profesional, a la justicia constitucional. Es cierto que esa dedicación no fue monográfica. Recuerdo ahora su opúsculo de 2018 sobre la reforma constitucional titulado *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas* (por cierto que hasta en un tema como este Pablo era optimista) y también algún otro trabajo breve en materia de integración supranacional. Pero, como decía, el estudio de la justicia constitucional en España concentró la mayor parte de sus esfuerzos. Esta afirmación se sostiene con la referencia a dos de sus libros muy bien conocidos. El primero, titulado *El recurso de amparo*, es de 2015 (la edición previa había aparecido once años atrás), y fue publicado por Tirant lo Blanch; el segundo, *Sistema de Justicia Constitucional*, en la editorial Civitas, lleva fecha de 2016 (la primera edición había visto la luz en 2010). Dos textos que no han perdido actualidad y que pueden considerarse indispensables para cualquiera que desee conocer la jurisdicción constitucional en España.

Por el lugar en el que le recordamos, por los que estamos aquí compartiendo nuestra memoria del amigo común, y por los temas de los que estamos hablando en estos días, Pablo está hoy aquí con todos nosotros.

Esta mañana iniciábamos la segunda jornada de este duodécimo Encuentro rindiendo homenaje al admirado Héctor Fix-Zamudio, fallecido en enero del pasado año, seis meses antes de la desaparición de Pablo Pérez Tremps. Al final de su intervención Eduardo Ferrer nos contaba que en una de sus últimas conversaciones con el maestro Fix este le reconocía que lo que más le gustaba de la actividad académica eran los congresos. En ellos, añadió, tal y como ha recordado Eduardo Ferrer, veía amigos, conversaba, aprendía, conocía a gente nueva y, además, disfrutaba de la comida. No tengo ninguna duda de que Pablo, que compartía esa preferencia por los congresos, suscribiría exactamente esas palabras, aunque me atrevería a añadir dos precisiones. Los congresos, cierto, pero a poder ser en algún lugar de América Latina; la comida, es verdad, pero nada como los desayunos, y a poder ser los mexicanos. Recuerdo ahora nuestros últimos desayunos juntos en México, con algún otro colega presente también en esta Sala, con motivo de un evento académico y judicial que en 2016 nos llevó a Villahermosa, capital del Estado de Tabasco. Disfruté, disfrutamos, como niños.



Cuando ayer preparaba esta intervención dejé escrito en mi borrador que Pablo era un buen tío; una expresión coloquial, incluso vulgar, que como bien sabemos significa mucho más de lo que a primera vista parece sugerir. Pero al releerlo, caí en la cuenta de que quizá para un acto formal como este debería buscar una alternativa más adecuada. Bonhomía, pensé, Pablo era eso. Miguel Revenga lo ha dicho hace un momento. Para confirmar que no me equivocaba al definir a Pablo desde la bonhomía, acudí al *DRAE*. Este término tiene una sola entrada que reproduzco literalmente: «Afabilidad, sencillez, bondad, y honradez en el carácter y en el comportamiento». ¿Quién da más? ¿No era nuestro amigo Pablo Pérez Tremps todo eso al mismo tiempo?



CAPÍTULO XIII  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD  
Y CONTROL DE EUROPIEDAD



## PRESENTACIÓN

RAÚL CANOSA USERA

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

La noción de control de constitucionalidad, nacida del principio de supremacía de la constitución, se ha acabado imponiendo en ámbitos donde de una u otra suerte se proyectan los principios del Estado constitucional. Me refiero al Derecho internacional de los derechos humanos y asimismo al de la integración supranacional. Ha surgido así un escenario de pluralismo constitucional caracterizado porque hallamos los elementos esenciales del Estado constitucional, incluyendo mecanismos de control (convencionalidad y europeidad, en otros ámbitos diferentes del estatal; y lo más notable de todo estos ámbitos aspiran a superponerse a lo estatal, pero como éste es el único que deriva de una manifestación de la voluntad popular expresada en el momento constituyente, sólo operando en los ámbitos comunitario y convencional desde principios igualmente constitucionales podía aspirarse a imponer las decisiones de sus respectivos intérpretes supremos a la del intérprete supremo estatal. Pues, en definitiva, se trata de que la voluntad de aquellos prevalezca sobre la de este, la única que tiene su fuente de legitimidad en la voluntad constituyente.

Las contradicciones que este pluralismo constitucional provoca son evidentes y la línea argumental para superarlas ha consistido justamente en referirse a tal pluralismo para resaltar los rasgos constitucionales tanto de la interpretación en espacios internacionales, de protección de los derechos sobre todo, como de la propia de la Unión Europea. Y ante la falta de una legitimación constituyente directa de estos ámbitos se ha invocado la noción de superioridad de los tratados y del derecho de la Unión Europea. El colofón tenía que ser la puesta marcha de los respectivos controles: el de convencionalidad y el de comunitariedad o de europeidad. Ambos se miran en el espejo del control de constitucionalidad porque todos ellos arrancan de su propio canon de enjuiciamiento y necesitan un intérprete supremo que lo haga valer.

El pluralismo constitucional produce inexorablemente un pluralismo de controles y como casi mecánicamente han de ordenarse los términos temporales de los respectivos pronunciamientos que no siempre pueden repartirse a la luz del criterio de competencia, la determinación de quién dice la última palabra acaba siendo el punto crucial en la ordenación de cómo aparecen en escena los diversos órganos de control. En esta concurrencia se da la paradoja de que el único intérprete que cuenta con una genuina legitimación constitucional, el supremo intérprete estatal sin embargo no es quien dice la última palabra, así que deja de ser en realidad el supremo porque lo son el convencional o el comunitario. Para complicar las cosas entre estos dos últimos también surgen problemas de articulación como ha demostrado la frustrada hasta ahora adhesión de la Unión Europea al CEDH que habría colocado al TEDH por encima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales.

Sea como fuere lo cierto es que la legitimación de los tribunales supranacionales (la Corte Interamericana, el TEDH o el TJUE) tiene que derivar remotamente de la voluntad constituyente y la tarea de sus máximos intérpretes fundarse en la asimilación de los principios constitucionales, porque de lo contrario aparecen las siempre latentes llamadas de atención de los máximos intérpretes nacionales que, invocando su directa legitimación constitucional, tienden erigirse en últimos baluartes de los principios constitucionales que conforman su identidad constitucional, basada sobre todo en los derechos y en el principio democrático.

No es extraño, pues, que la interpretación llevada a cabo por los intérpretes supranacionales presente las características propias de la interpretación constitucional y que vaya en la vanguardia, porque sólo así, mediante una legitimación de ejercicio, se hace tolerable. La célebre doctrina Solange del Tribunal Constitucional alemán o el control de constitucionalidad de la interpretación del TEDH por parte de la Corte Constitucional italiana son muestra —estas conciliadoras— de lo dicho. En contraste, el pasavante venezolano o un instrumento similar introducido por el Tribunal Constitucional ruso acreditan una beligerante afirmación de la Constitución nacional frente al control de convencionalidad. La necesaria impregnación constitucional del control de convencionalidad y del de comunitariedad que venimos apuntando propenden a esa conciliación necesaria entre todos ellos, basada en la materia común que comparten y en el modo, también común, de interpretarla.

Mientras que el control de constitucionalidad reposa sobre el principio de supremacía de la Constitución, el de europeidad lo hace sobre el de primacía del Derecho de la Unión que no se refiere a la superioridad de la norma cimera de un ordenamiento sobre el resto de las que lo forman sino de un entero ordenamiento, el de la Unión, sobre las normas de otros, los estatales, con los que aquél comparte tanto el ámbito espacial como personal de validez. Y la concurrencia de los or-

denamientos ha de resolverse no con la nulidad de las normas de uno sino con su desplazamiento, así que el juez nacional deberá dejar de aplicar la norma nacional cuando exista norma comunitaria; y si tiene alguna duda deberá plantear cuestión prejudicial para que el TJUE se pronuncie. En todo caso la norma nacional subsiste pues el juez nacional no puede anularla, esto es competencia del respectivo tribunal constitucional que sólo puede anular la norma interna contraria a la Constitución, nunca por infringir el Derecho de la Unión.

En relación con el control de convencionalidad hablamos de unas normas, los tratados, que se integran en los ordenamientos estatales, en la posición que el respectivo sistema de fuentes estatal disponga (como normas de rango constitucional, superior a la ley, equiparable a la ley u otras). Es una gran diferencia respecto al derecho de la Unión Europea. Sin embargo, a menudo tales tratados tienen con frecuencia encomendada su interpretación suprema a un órgano internacional, a veces un verdadero tribunal cuya jurisdicción los Estados se comprometen a respetar. La infracción de tales tratados se produce, bien por actos sin valor de ley o bien mediante leyes, lo que origina el control de convencionalidad, así bautizado en su génesis por el entonces ministro de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez.

El control de convencionalidad principal lo hace desde luego el órgano internacional encargado de la defensa, interpretando la respectiva convención (el TEDH o la Corte Interamericana, por ejemplo), pero también debería hacerse internamente para detectar las posibles infracciones y evitar la posterior condena internacional. Bien es cierto que sólo la Corte Interamericana ha impuesto a los Estados la obligación de efectuar ese control interno de convencionalidad a la luz de la convención y de su interpretación efectuada por la Corte (bloque de la convencionalidad). Tal cosa no la ha impuesto el TEDH que puede limitarse a esperar que lleguen los casos para imponer a los Estados su propio entendimiento de los derechos fundamentales. Aun así países como España han acogido la noción de control de convencionalidad interno (STC 140/2018) como corolario necesario de la implicación estatal en el cumplimiento de las exigencias derivadas de la ratificación de un tratado internacional.

Cuando hablamos de control de convencionalidad cabe a mi juicio imaginar una doble intensidad de tal control: el fuerte y el débil; fuerte sería el control en sentido estricto que debería en potencia concluir o bien con la nulidad de la norma interna contraria al bloque de la convencionalidad, o bien con su inaplicación en el caso concreto; dependería de cómo se articulase el control interno de convencionalidad, por cauces difusos o concentrados. El otro tipo de control sería el débil o interpretación conforme; nuevamente aparece aquí la idea de autocontrol y de deferencia con el legislador democrático cuando es posible evitar la cancelación de la norma controlada mediante su interpretación conforme al bloque de la

convencionalidad; es mejor utilizar esta vía que la más expeditiva de la anulación o de la inaplicación.

El artículo 10.2 de la Constitución española contempla la interpretación conforme respecto a los tratados sobre derechos, al disponer que los derechos constitucionales se interpretarán conforme a la Declaración de derechos humanos de Naciones Unidas y los tratados en la materia ratificados por España. Además, el Tribunal Constitucional español amplió el alcance de esta cláusula al considerar la jurisprudencia del TEDH y también la del TJUE en materia de derechos, conformando así el contenido esencial de los derechos fundamentales españoles, armonizados con los parámetros fijados por estos tribunales, singularmente el TEDH, consiguiendo de paso que España haya sufrido, comparativamente, muy pocas condenas de este tribunal.

Son muchos los problemas técnicos que subsisten en la articulación simultánea de los controles de constitucionalidad, convencionalidad y europeidad. Uno importante es el de delimitar quién los efectúa internamente, porque si el primero es concentrado y el último —el de europeidad— necesariamente es difuso ¿conviene que el de convencionalidad se reserve al tribunal constitucional, como ha sentado la Corte constitucional italiana? o, como estableció la citada STC 140/2018, ¿del control difuso, deben ocuparse todos los órganos jurisdiccionales ordinarios que, en caso de conflicto, han de aplicar los tratados porque éstos prevalecen sobre las normas nacionales? La STC 140/2018 pone en manos de los jueces ordinarios españoles la posibilidad de la que carecen respecto del control de constitucionalidad, pues tanto cuando aprecian contradicción con el derecho de la Unión como cuando se vulnera un tratado internacional pueden dejar de aplicar la norma nacional, a pesar de que la legitimidad democrática del juez español reposa en su sumisión a la ley (artículo 117.1 constitucional).

El juez nacional en estos casos puede, si tiene dudas, plantear respecto al Derecho de la Unión cuestión prejudicial para que sea el TJUE quien efectuó el control de europeidad del derecho nacional, pero no podrá hacerlo en relación con los tratados, ni siquiera respecto al CEDH ni aun cuando España ratificase el Protocolo 16 (pues sólo los máximos tribunales nacionales están legitimados y previsiblemente en España serán el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo). Cabe imaginar una cuestión de inconstitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional ya ha afirmado que a él no corresponde evacuar control de convencionalidad, así que ante el Tribunal Constitucional sólo podría el juez plantear una cuestión de inconstitucionalidad invocando el artículo 10.2 citado.

Así las cosas, al juez ordinario español se le plantea la encrucijada de bien aplicar la norma nacional cuando está entre en conflicto con la convencional pues ésta prevalece sobre aquella, o puede tratar de interpretar la norma nacional conforme a los tratados, lo que en referencia a las convenciones sobre derechos debe-



ría hacer *ex* artículo 10.2 CE, sin correr el riesgo de infringir el artículo 117.1 CE (sometimiento del juez a la ley) o el artículo 24 CE, en virtud del cual el juez está obligado aplicar las leyes pertinentes, pues si no lo hace lesionaría un derecho fundamental, lesión que, como el Tribunal Constitucional se ha ocupado de recordar podría llegar a su conocimiento vía recurso de amparo. Resulta así que el Tribunal Constitucional acaba convirtiéndose potencialmente en controlador del modo en el que el juez ordinario realiza el control de convencionalidad para que, al efectuarlo, no lesione derechos constitucionales.

Por otro lado, del control de convencionalidad efectuado por los jueces inferiores se ocupará también el Tribunal Supremo cuando revise los casos en los que se hubiera inaplicado la ley nacional para aplicar un tratado. El control de convencionalidad del Tribunal Supremo se impondrá claro está al efectuado por los órganos judiciales inferiores.

También importante, en el esquema del control de convencionalidad difuso como el que se está conformando en España y que puede repetirse en otras experiencias nacionales, es el del juicio de aplicación. Si como parece disponer el artículo 31 de la ley española de tratados y acuerdos internacionales, la prevalencia de los tratados se ha de traducir en el desplazamiento de una norma nacional para aplicar la internacional, esta habrá de presentar la característica de ser directamente aplicable (lo que también sucede en los casos de aplicación directa del derecho de la Unión Europea). No cabría pues dejar de aplicar una norma nacional so pretexto de su inconventionalidad para aplicar otra norma nacional que, apreciara juez del caso, no sea inconventional. Este supuesto, sin embargo, se ha producido en España y es lógico en la medida en que las normas convencionales, singularmente las reconocedoras de derechos, carezcan de supuesto de hecho, son principios que necesitan concreción. El problema está lejos de haberse resuelto y requerirá pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como, acaso también, del Tribunal Constitucional.

Sobre estos asuntos y otros hablarán los excelentes ponentes que me acompañan en esta mesa.



# CONTROL DE VALIDEZ Y MEDIACIÓN NORMATIVA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

## Introducción

El control de validez presenta perfiles específicos en los sistemas de pluralismo ordinamental que incorporan normas procedentes de ordenamientos externos como parte del parámetro o como objeto del control. Cuando se incluyen solamente normas internas, la articulación del control tiene como referencia exclusiva a la constitución estatal, incluso si el parámetro lo integran normas interpuestas. Por el contrario, cuando se incorporan normas externas<sup>1</sup>, como bien indica Angelo Schillaci, «el juez constitucional se convierte en el centro de un sistema de relaciones inspirado en paradigmas comunicativos entre textos y experiencias jurídicas en el cual, como es obvio, la constitución sigue jugando un papel de relieve»<sup>2</sup>. El juez constitucional es también juez supranacional e internacional, en una compleja relación entre constitución y Estado en el con-

---

<sup>1</sup> Hablamos de «normas externas» en este trabajo para hacer más comprensible la naturaleza de los problemas que se plantean. No obstante, desde la perspectiva metodológica del derecho constitucional europeo, tal y como ha sido formulada por Peter Häberle, estas normas no son externas, sino que forman parte de una misma realidad constitucional compleja que integra a diferentes ordenamientos y espacios constitucionales: territorial, estatal y europeo (Unión Europea y CEDH). Cfr., a este respecto, Häberle, P.: «Europa —eine Verfassungsgemeinschaft?», en Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 84 y ss.

<sup>2</sup> Schillaci, A., *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*, Granada, 2008, p. 335. Cfr. Igualmente, Schillaci, A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*, Jovene Editore, Napoli, 2012 y Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021. En lo que se refiere a la relación entre ordenamiento europeo e interno es fundamental la obra de Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*. Editorial Civitas, Madrid, 2002.

texto global que le obliga a abrir su perspectiva constitucional más allá de la constitución estatal.

Esa complejidad es reconducible solo hasta cierto punto a un esquema general de relación con las normas externas. El derecho internacional no es equiparable al supranacional y dentro de este tampoco son susceptibles de unificación conceptual las experiencias de pluralismo ordinamental y las de pluralismo constitucional que se derivan de la existencia de constituciones parciales que integran una realidad constitucional integrada<sup>3</sup>. Son muchas las cuestiones que hay que plantearse en relación con esta diversidad, sin olvidar que las conclusiones no siempre son trasladables de un espacio a otro<sup>4</sup> y que partimos de un orden complejo en el que se aprecian las huellas del tiempo y el impacto de la globalización en los textos clásicos que definieron las categorías del Estado constitucional como Estado nacional.

En la experiencia española, que tomamos como base, el control concentrado se ha abierto a la participación de jueces y tribunales ordinarios, sin que se pueda decir por ello que cambie su formulación esencial, ya que el Tribunal Constitucional sigue manteniendo la capacidad exclusiva del control de constitucionalidad pleno sobre las fuentes con valor de ley. La intervención de jueces y tribunales sobre esas fuentes, en caso de conflicto con el derecho europeo o con los tratados internacionales, se produce sobre el ámbito de validez temporal de la ley y no alcanza nunca las condiciones de un auténtico control de constitucionalidad que pueda determinar la invalidez de las normas objeto de control.

Al mismo tiempo, el propio control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional se ve también limitado cuando afecta a normas externas, ya sean europeas o internacionales, supuestos en los que no puede operar en plenitud, determinando la invalidez de las normas objeto de control. Estamos ante una intervención que se produce sobre *ámbitos específicos de validez de las normas* (como el temporal o el territorial) pero no puede determinar su invalidez<sup>5</sup>. En

<sup>3</sup> Cfr. Häberle, P., «¿Tienen España y Europa una Constitución?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, julio-diciembre de 2009. Cfr. Igualmente Balaguer Callejón, F., «El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global», en Beneyto, J.M. (Dir.), *Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 53-69 y Balaguer Callejón, F., «Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo», *La cittadinanza europea*, núm. 1/2015, pp. 39-62.

<sup>4</sup> Cfr. Al respecto el análisis que realiza Ricardo Alonso para el caso español en la diferente configuración aplicativa del derecho europeo y el derecho internacional, aun cuando se basen en un mismo procedimiento de inaplicación en caso de conflicto con el derecho interno: Alonso García, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, pp. 13-51.

<sup>5</sup> Sobre los ámbitos de validez de las normas, cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª Edición, 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, pp. 9 y ss y Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (obra póstuma), versión italiana, Giulio Einaudi editore, Torino 1985, pp. 54, 225 y ss.

todo caso, esta es solamente una faceta de esta temática. En concreto, la de las normas de otros ordenamientos como *objeto de control*. La otra que tenemos que considerar es la de las normas de ordenamientos externos como *parámetro de control*.

La intervención del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios en este ámbito de las relaciones entre ordenamientos interno y externos se basa en la incorporación de normas interpuestas al parámetro de constitucionalidad, lo que determina una configuración diversa del parámetro para cada tipo de control, con la formación de distintos *bloques de constitucionalidad* en los que las normas interpuestas desarrollan una función mediadora. El concepto de *mediación normativa* es fundamental para comprender la naturaleza de las relaciones entre ordenamientos y la especificidad de la labor jurisprudencial desarrollada a través de la configuración del control de validez en un sistema de pluralismo ordinamental.

Esa función de *mediación normativa* es típica del principio de *competencia*, por lo que la primera cuestión que tenemos que plantearnos es la del funcionamiento de este principio en las relaciones entre ordenamientos. Esa cuestión nos lleva necesariamente al análisis del principio de *jerarquía* como punto de partida para comprender por qué este principio queda excluido de las relaciones entre ordenamientos, de tal manera que la construcción dogmática de estas relaciones debe realizarse desde el principio de competencia o, por decirlo de una manera más precisa, de la *mediación normativa* que permite reconducir a unidad, en el plano jurisprudencial y aplicativo que garantiza la seguridad jurídica, la complejidad inherente al pluralismo ordinamental.

## 1. De la jerarquía a la mediación normativa

Comencemos, por tanto, con el principio de jerarquía, ese concepto espurio, en la caracterización que hiciera Crisafulli<sup>6</sup>. Lo es, desde luego, porque su configuración inicial moderna en el Estado legal de derecho se trasladará al Estado constitucional a través de la imagen de la *Stufenbau*, a la que se atribuirá una configuración jerárquica. Esa atribución resultaba inevitable, teniendo en cuenta la propia imagen que describe el proceso de producción normativa kelseniano y el contexto jurídico en el que la teoría se genera, en plena afirmación del principio de jerarquía y de despliegue de la fuerza de ley<sup>7</sup>. Como suele ocurrir, teorías que

<sup>6</sup> Crisafulli, V., «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», *RTDP*, 1960.

<sup>7</sup> La expresión «force de loi» se incluía ya en la Constitución francesa de 1791. La formulación doctrinal del concepto moderno de fuerza de ley, como fuerza formal de ley, corresponde a Paul Laband, por referencia justamente a los efectos (la eficacia) de las leyes. Cfr. Laband, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª Edición, 1911, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen 1964, Tomo II, pp. 68 y ss.

alumbran y prefiguran nuevas realidades (en este caso jurídicas) no pueden evitar las adherencias y los residuos de las antiguas.

La ley articula su relación con el resto de las fuentes en el Estado legal de derecho mediante la atribución de una fuerza específica a las normas legales. Una fuerza de ley que se proyecta en la eficacia de esta fuente y que contiene en sí misma una doble condición jerárquica, a la que se incorpora tanto su vertiente sustancial como formal. Por ese motivo, *la contradicción sustancial de la ley por las fuentes subordinadas es también una contradicción con la norma sobre la producción jurídica fundamental del sistema, que establece la condición soberana de la ley*. La invalidez se deriva de la contradicción con una fuente entendida como suprema porque expresa la voluntad general y la soberanía nacional o popular, además de ser considerada también expresión de una racionalidad que le era inmanente.

Estamos hablando de un ordenamiento simple, articulado en torno a la ley y al principio de jerarquía, en el que la categoría fundamental del sistema será la eficacia de las normas, porque se trata de un momento revolucionario, de imposición del mundo moderno frente al estamental. De ahí que la ordenación del sistema de fuentes se proyecte hacia el exterior, hacia la eficacia de las normas, ya que la validez de la ley era incuestionable en cuanto expresión de la soberanía<sup>8</sup>: era la ley la que determinaba, mediante el principio de jerarquía, la validez del resto de las normas del sistema jurídico. Lo prioritario en ese momento era impulsar el cambio en el sistema jurídico a través de la eficacia de la ley. La eficacia será así la categoría jurídica fundamental del Estado legal de Derecho<sup>9</sup>.

El Estado constitucional de derecho, sin embargo, se basa en el pluralismo como valor fundamental. De esa diversidad se deriva la imposibilidad de construir el sistema en torno a la ley, como bien entendiera Kelsen, porque la ley expresa la voluntad de la mayoría gobernante y no se le puede atribuir todo el poder de configuración del ordenamiento, con la correspondiente potencialidad de lesionar los derechos de las minorías. Por tanto, la propia ley se tiene que someter a la constitución y la jurisdicción constitucional tiene la misión fundamental de garantizar la democracia y los derechos de las minorías<sup>10</sup>. *Someter la ley a la constitución supone disociar los elementos formales y sustanciales que antes confluían en el principio de jerarquía y en la fuerza de ley*. Los sustanciales siguen siendo un rasgo de la ley

<sup>8</sup> Cfr. Bilancia, P., «Lo stato di diritto come valore in una dimensione spaziale», *Nomos* 1-2012, p. 1.

<sup>9</sup> Cfr. Balaguer Callejón, F., *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F. (México), 2015. Cfr. Igualmente, Balaguer Callejón, F., «Validez y vigencia de las normas», *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2010.

<sup>10</sup> Cfr., Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versión española de la segunda edición de 1929, Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 106. Cff. Igualmente, Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», 1928, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 15, Madrid, 2011, p. 297.

en su relación con las fuentes inferiores, pero siempre que la propia ley se someta a la constitución y no la contradiga. Los formales ya no serán inherentes a la ley porque la ley no tiene ya un poder omnímodo de configuración del ordenamiento, ni siquiera en su relación con el reglamento. Por ejemplo, la reserva de ley, que en el Estado legal de derecho era una facultad del legislador, en el Estado constitucional de derecho es no sólo un límite al poder reglamentario sino también un límite al propio legislador<sup>11</sup>. De manera que la ley no tiene ya el control sobre lo que en el Estado legal de derecho se podía considerar como vertiente formal de la jerarquía. De la sustancial sí, porque la contradicción del reglamento con la ley se resuelve necesariamente en favor de la ley como norma jerárquicamente superior. De la formal no, porque la ley no tiene ya la capacidad incondicionada de regular la producción jurídica, ni siquiera la de rango infralegal, como tenía en el Estado legal de derecho.

La jerarquía propia del Estado legal de derecho *expresaba una fuerza inmanente a la propia ley, que se deriva de la unificación en esa fuente de las vertientes sustancial y formal del ordenamiento jurídico*. La ley era expresión de la soberanía y sintetizaba en ella lo que hoy definiríamos como norma sobre la producción jurídica fundamental del sistema (vertiente formal) y la capacidad de imponerse sobre cualquier otra fuente a través de su fuerza específica (vertiente sustancial). Al diferenciar Kelsen las normas de la constitución material (que expresan, a pesar del término «material», la vertiente lógica o formal del ordenamiento) de la fuerza efectiva de la ley (que ya no será una condición inmanente, sino que dependerá de su correspondencia con las normas sobre la producción jurídica) sustrae al principio de jerarquía un elemento fundamental, definido después como principio de competencia por la doctrina italiana<sup>12</sup> y lo convierte —en un plano doctrinal que después se afirmaría en la práctica constitucional de la segunda mitad del siglo xx— en un residuo histórico en su función de configuración ordinal. Un residuo desde esa perspectiva, pero operativo de manera muy amplia porque sigue disciplinando las relaciones entre ley y reglamento, aunque ahora ya no como una fuerza inmanente de la ley sino en función de las condiciones establecidas por la constitución<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr., Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992. Cfr. Igualmente, Balaguer Callejón, F., (Coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, 17ª ed., V. I, Tecnos, Madrid, 2022.

<sup>12</sup> Cfr. Esposito, C., *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1964. Zanobini, G., «Gerarchia e parità tra le fonti», 1939, en Zanobini, G., *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan 1955 y Crisafulli V., *op. cit.*, Cfr. Igualmente Romano, S., *L'Ordinamento Giuridico*, 1917-1918, edición de 1946, Sansoni, Firenze 1962.

<sup>13</sup> Cfr. Sobre el principio de jerarquía: Requena López, T., *El principio de jerarquía normativa*. Editorial Cívitas, Madrid, 2004.

Si en el Estado legal de derecho las categorías esenciales eran la *jerarquía* y la *eficacia*, en el Estado constitucional de derecho, las categorías esenciales serán la *competencia* y la *validez*. Desde el punto de vista técnico, la diferencia es evidente. Mientras el principio de jerarquía expresa una relación directa entre normas, el principio de competencia implica una relación entre normas mediada a través de una tercera norma, una norma sobre la producción jurídica<sup>14</sup>. La estructura de ambos principios es completamente distinta, lo que los hace incompatibles entre sí.

Si la relación jerárquica entre normas es directa y la relación competencial es una relación mediada por una tercera norma (una norma sobre la producción jurídica) es fácil comprender que *el principio de jerarquía nunca podrá aplicarse, en sentido estricto, a la relación entre ordenamientos*<sup>15</sup>. En efecto, las relaciones entre normas de distintos ordenamientos son siempre *relaciones mediadas* por normas sobre la producción jurídica, porque dependen de las habilitaciones competenciales realizadas a través de una tercera norma.

Pero, del mismo modo que la normatividad de la constitución encuentra su más firme desarrollo en el Estado nacional, también la validez, como categoría estrechamente vinculada a la constitución normativa alcanza su plenitud bajo esa forma estatal, especialmente cuando en ella se configuran fórmulas de distribución territorial del poder y de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Estas fórmulas se manifiestan, habitualmente, a través del control de validez. Sin embargo, *la proyección supranacional del Estado y la extensión del poder estatal hacia organizaciones supranacionales en contextos de integración política, están planteando nuevas formas de organizar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que ya no se articulan a través del control de validez de los actos.*

No podemos recuperar tampoco la noción de eficacia para estos nuevos ámbitos de relación entre ordenamientos y los conflictos normativos que en ellos se generan. Cuando una norma supranacional o un tratado colisionan con una norma interna, por ejemplo, la norma interna no se invalida como ocurre cuando se aplica la fuerza de ley que se despliega sobre un reglamento ilegal. Pero tampoco es posible realizar un juicio de validez pleno por parte de la jurisdicción constitucional sobre la norma supranacional o internacional. Es necesario recurrir, por tanto, a institutos intermedios entre la *eficacia* y la *validez* entendidos en el sentido que se les atribuye en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho.

<sup>14</sup> Cfr. Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.

<sup>15</sup> Sin perjuicio de que, como indica Juan F. Sánchez Barrilao, tenga lugar «la expresa positivización a nivel interno de la posición incluso constitucional de los Tratados internacionales en respectivos y concretos sistemas de fuentes, de modo que venga a confundirse convencionalidad y constitucionalidad en ellos», en ese caso estamos hablando de algo diferente porque es el propio ordenamiento el que inserta el tratado en su sistema de fuentes, aun cuando su condición de norma externa seguirá determinando singularidades específicas. Cfr. Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 129.



Nuevas figuras que nos permitan comprender el funcionamiento del control de validez en el marco del derecho constitucional de la integración supranacional.

Desde esa perspectiva, cobra especial relevancia la transformación de la eficacia, concebida originalmente a través del filtro de la fuerza de ley, en un mecanismo más limitado de *inaplicación* o de aplicación preferente de normas, como ocurre en los supuestos de conflicto entre ordenamientos, ya se califique como primacía<sup>16</sup> o como prevalencia. Del mismo modo, podemos hablar de una transformación de la validez entendida desde la determinación que las normas sobre la producción jurídica generan para establecer la pertenencia al ordenamiento en el juicio de constitucionalidad, a una figura igualmente más limitada, centrada en los *ámbitos de validez* de las normas.

La *eficacia* y la *validez* de las normas, en su formulación original en el sistema de fuentes del Estado legal y del Estado constitucional de derecho, determinaban la expulsión de las normas del sistema jurídico. Lo hacía la fuerza de ley desplegando su eficacia como norma superior, lo hacía la constitución mediante la invalidación jurisdiccional de las normas consideradas contrarias a la constitución. En los conflictos entre ordenamiento interno y ordenamientos externos no vemos ahora esa potencialidad originaria de eficacia y validez. Las normas internas en conflicto con normas externas válidas se inaplican, pero no se expulsan del ordenamiento. Lo mismo ocurre con las normas externas cuando son objeto de control directo o indirecto por parte de la jurisdicción constitucional: su invalidez no es viable porque la producción de esas normas se sitúa fuera del Estado y las normas sobre la producción internas (constitución incluida) no tienen la capacidad de condicionar su validez en plenitud.

En las relaciones entre ordenamientos que implican a normas externas vemos ahora una combinación de eficacia y validez que se produce en los *ámbitos de validez* de las normas, que implican un despliegue limitado de su eficacia<sup>17</sup>. El control podrá realizarse sobre ámbitos concretos de validez de las normas, determinando la restricción de esos ámbitos<sup>18</sup>. Los jueces y tribunales no podrán in-

---

<sup>16</sup> Cfr., sobre el principio de primacía, Aguilar Calahorra, A.: *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters, 2015, con Prólogo de Miguel Azpitarte Sánchez.

<sup>17</sup> Si una norma es válida, esto es, si existe y es legítima, esa norma despliega su eficacia en cuatro ámbitos de validez: territorial, personal, material y temporal. El ámbito *material* de validez de las normas afecta al concepto de abstracción, considerado tradicionalmente como uno de los requisitos del fenómeno normativo para las concepciones de la norma basadas en el contenido. El ámbito *temporal* de validez afecta al Derecho intertemporal y al derecho transitorio. Por su parte, los ámbitos *personal* y *territorial* plantean el problema de la generalidad de las normas y de la articulación de ordenamientos diversos dentro de un mismo ordenamiento global. Cfr., sobre esta temática, Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Vol. I, Madrid, 1991, apartado 2.5.5.

<sup>18</sup> La limitación de la validez de una norma, por referencia a su conformidad con el parámetro de legitimidad y a su pertenencia al ordenamiento, no admite grados posibles. Una norma es válida porque

validar normas legales en sistemas de jurisdicción concentrada, pero sí podrán determinar la restricción de su ámbito temporal de validez.

## 2. Las normas externas como *parámetro* y como objeto de control

Desde la perspectiva del control de validez, las normas externas resultan relevantes en dos ámbitos. Por un lado, en la cuestión de la integración en el *parámetro* de constitucionalidad, de su capacidad para realizar una función de *mediación normativa* entre el ordenamiento externo y el interno. Por otro lado, en su consideración como *objeto del control*.

Por lo que se refiere al ordenamiento interno, la construcción del *parámetro* de validez tiene siempre como referencia una norma de cabecera, que debe ser una norma constitucional. A partir de ahí, el control puede ser directo o indirecto. Será directo si se confronta la norma objeto de control con la norma constitucional. Será indirecto si el parámetro integra también otras normas, como pueden ser las llamadas «normas interpuestas» en la doctrina italiana o las normas que integran el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional español.

Cuestiones muy diferentes a las de las normas interpuestas o las normas que se incorporan al bloque de constitucionalidad se plantean en la construcción del parámetro de constitucionalidad cuando hay que considerar también a normas internacionales o supranacionales. Las normas internas que integran el bloque de constitucionalidad están sometidas a la constitución y realizan su función de mediación normativa dentro del marco de la constitución. Por el contrario, las normas supranacionales o internacionales pueden realizar una función de *mediación normativa* respecto de las propias normas constitucionales. Esto supone una diferencia de *status* importante porque puede generar un conflicto entre el derecho internacional o supranacional y la propia constitución.

La específica dificultad que plantean los tratados para el control de constitucionalidad ya fue señalada por Kelsen, en coherencia con su idea de una comunidad jurídica universal a la que se deben someter los ordenamientos estatales<sup>19</sup>. Esa primacía del derecho internacional sobre el interno hace que pueda desplegar efectos sobre la ley o sobre la constitución mientras que no puede ser derogado por un acto unilateral del Estado, que es simplemente una de las partes contratantes. Por ello, aunque el tratado puede ser objeto de control de constitucionalidad, «el

---

es legítima, o es ilegítima y debe considerarse inválida. Sin embargo, la eficacia de la norma, manifestada a través de sus diversos ámbitos de validez, si admite limitaciones. De ese modo, la norma puede ser temporal, o aplicarse en un territorio concreto, o referirse a personas o materias determinadas.

<sup>19</sup> Cfr. Kelsen, H., «Der Wandel des Souveränitätsbegriffes», 1931, versión española, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, julio-diciembre de 2018, p. 356.

lugar de un tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico no se deja determinar perfectamente de manera unívoca»<sup>20</sup>.

En el caso del derecho europeo, el respeto a la identidad constitucional de los Estados es un mecanismo de flexibilización similar al del margen de apreciación nacional en el marco del CEDH<sup>21</sup>. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invocado ya esta cláusula del art. 4.2 TUE para modular la aplicación del derecho de la Unión cuando se ha producido un conflicto con las constituciones de los Estados miembros<sup>22</sup>. Una apelación que es esencialmente formal porque se completa con otras referencias normativas europeas generalmente, pero que sirve para evitar un conflicto potencial<sup>23</sup> que se debe al hecho de que las normas europeas pueden desarrollar una capacidad de *mediación normativa* en relación con el derecho constitucional interno.

Hay más dificultades para que se consolide en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales nacionales un reconocimiento similar respecto del derecho de la Unión al que está teniendo el TJUE en relación con el derecho constitucional nacional. Mientras el TJUE integra el derecho constitucional nacional dentro del parámetro de control a través de esa cláusula de respeto de la identidad constitucional, las jurisdicciones constitucionales nacionales tienen más reparos para integrar el derecho de la Unión dentro del parámetro de control de la constitucionalidad<sup>24</sup>. En el caso de España ha habido algún intento que posteriormente no se ha visto confirmado, de manera que el Tribunal Constitucional sigue entendiendo al derecho de la Unión como un derecho que puede modular la interpretación que realice el propio Tribunal (en materia de derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 10.2 CE) pero no como un derecho que se integre directamente en el parámetro de constitucionalidad, generando así una especie de «bloque de la constitucionalidad» externo<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», cit., p. 264.

<sup>21</sup> Sobre el margen de apreciación, cfr. Saiz Arnaiz, A., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 221-245.

<sup>22</sup> Cfr. Balaguer Callejón, F., «The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law», *UNIO — EU Law Journal*. Vol. 3, No. 3, May 2017, pp 10-24.

<sup>23</sup> Con la entrada en juego de los contralímites, cfr. Vecchio, F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>24</sup> Aunque en materia de estabilidad presupuestaria, por ejemplo, esa integración es ya inevitable. Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., *op. cit.*, p. 131.

<sup>25</sup> Cfr. Balaguer Callejón, F., «Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien», en *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*, Herausgegeben von Blanke, H.; Magiera, S.; Pielow, J.; Weber, A. Duncker & Humblot, Berlin, 2021.

Lo mismo se puede decir en relación con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es tenida en cuenta como criterio de interpretación vía art. 10.2 CE, pero no como un instrumento normativo sustantivo que pueda integrar el parámetro de constitucionalidad. Esto no quiere decir que no se acate la doctrina del TEDH en España, todo lo contrario, especialmente porque el art. 10.2 CE tiene en este caso una dimensión muy similar a la de la *mediación normativa* que se produce mediante la integración en el bloque de constitucionalidad. Por otro lado, España no es un Estado que tenga un gran número de sentencias condenatorias o contra el que se hayan presentado muchos recursos<sup>26</sup>. Es comprensible, desde esa perspectiva, que la incidencia directa de este derecho convencional sobre el ordenamiento interno sea inferior al de otros países europeos desde un punto de vista cuantitativo, sin perjuicio de que la doctrina del TEDH deba ser seguida siempre, con independencia del Estado concreto al que vaya referida<sup>27</sup>.

En todo caso, cuando el parámetro de validez incorpora normas externas estamos frente a una función de *mediación normativa* en virtud de la cual el derecho externo se integra dentro del orden constitucional interno a efectos de determinar la validez de las normas sometidas a control. Esta posibilidad es expresiva de unas *relaciones de confluencia* entre ordenamientos que supone una dimensión específica de la incidencia de las normas externas dentro del sistema constitucional.

Por lo que se refiere a las normas externas como *objeto de control* nos encontramos aquí con la cuestión de los límites en las relaciones entre ordenamientos, que ya no son relaciones de confluencia (como en los supuestos de integración del parámetro de control) sino *relaciones de conflicto*. Esto es, si se plantea el control de una norma externa es porque hay una probable lesión de la constitución, lo que en el caso del derecho europeo nos llevaría a la cuestión de los contralímites o reservas constitucionales. Nos conduciría muy lejos el desarrollo de esta temática, que implica necesariamente la capacidad de adaptación de la constitución y la cuestión de los límites a la reforma, esto es, las disposiciones intangibles, cláusulas pétreas o cláusulas de eternidad<sup>28</sup>.

La cuestión que nos interesa ahora tiene que ver con la configuración del control de validez cuando este tipo de normas son *objeto de control*, ya sea directo

<sup>26</sup> Cfr. Matía Portilla, J., «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 273 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Queralt Jiménez, A., «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 395 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Balaguer Callejón, F., «La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008.

o indirecto. En lo que se refiere a la posibilidad de un control de constitucionalidad por parte de los jueces y tribunales ordinarios, hay que excluirlo en el caso de España, sin perjuicio de que a ellos les corresponda la facultad de inaplicar las normas legales cuando colisionen con el derecho europeo o con el derecho convencional. No pueden, sin embargo, realizar un control de validez de esas normas, sino que deben limitarse a plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en relación con los tratados o eventualmente con el derecho europeo, así como la cuestión prejudicial al TJUE en relación con el derecho europeo.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, su capacidad de control de los Tratados está orientada a determinar su posible colisión con la constitución a efectos de determinar la posición del Estado respecto de esos Tratados. Por tanto, no es un control de validez de los Tratados como tales. Lo mismo puede decirse respecto del control del derecho europeo, sobre el cual el reciente pronunciamiento del TCFA, de 5 de mayo de 2020, dio lugar a la apertura de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea que se cerró recientemente con el compromiso del Estado alemán de aplicar el Derecho de la Unión. Más problemáticos parecen los desafíos posteriores de otros tribunales constitucionales del este de Europa, especialmente el de Polonia. Aunque estos pronunciamientos afectarían únicamente al ámbito territorial de validez del derecho europeo en esos países, esta es justamente una decisión que sólo puede adoptar el TJUE modulando la aplicación del derecho europeo, como hace mediante el recurso a la identidad constitucional de los Estados. Pese a todo, no se puede excluir ese control desde la lógica del derecho constitucional interno, aunque debería extremarse la prudencia en un ámbito en el que la apelación al diálogo entre tribunales resulta absolutamente procedente<sup>29</sup>.

### 3. Instancias y parámetros de control

*El control de validez tiene características diferentes en función del parámetro de control (si integra o no a normas procedentes de otros ordenamientos), del objeto de control (si son normas internas o externas) y del órgano de control (si se realiza por el Tribunal Constitucional o por los jueces y tribunales ordinarios).* Estas diferencias tienen relación con el pluralismo ordinamental y con la necesidad de adaptar las

---

<sup>29</sup> Sobre esta temática, cfr. Xiol Ríos, J.A. «El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, enero-junio de 2020; Bustos Gibert, R.: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto (2012), pp. 13-63. Cfr. Igualmente, Brasil Menezes, P., *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.

categorías tradicionales a esa nueva realidad. En el caso de España, el Tribunal Constitucional es también un tribunal del derecho europeo y del derecho convencional y lo mismo ocurre con los jueces y tribunales ordinarios. No se limita a enjuiciar las normas de acuerdo con los preceptos constitucionales *porque la Constitución ha ampliado el sistema normativo al realizar una remisión a otros ordenamientos cuyas normas se integran en el ordenamiento jurídico español*.

El pluralismo ordinamental ha permitido una cierta apertura de la jurisdicción concentrada, aunque la posición del juez frente a la ley no ha cambiado, porque el juez no realiza un control de validez de la ley ni la anula, se limita a inaplicarla cuando colisiona contra normas europeas válidas ¿Qué tipo de control realiza el juez para determinar la inaplicación de una ley contraria al derecho europeo válido? Un control sobre ámbitos de validez concretos, que afecta únicamente a la eficacia de la norma. No es un control de validez pleno, como el que realiza el Tribunal Constitucional sobre las normas con valor de ley. Es un control limitado al *ámbito de validez temporal* de la norma, que determina su inaplicación (salvo que en el futuro cambien las circunstancias bien porque la normativa europea desaparezca en virtud del principio de subsidiariedad o bien porque deje de ser incompatible con la normativa interna).

Por lo que se refiere a los tratados internacionales, este tipo de control ha sido incorporado a la legislación española en la materia mediante la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. El TC español ha validado la previsión legal en la Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 6, en la que se indica que «la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario».

Estas posibilidades de intervención de jueces y tribunales en relación con las normas de rango legal y otras que puedan contemplarse (por ejemplo, en el caso de España, en aplicación del art. 82.6 CE en relación con los decretos legislativos o del 149.3 CE, en relación con la prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico, en la interpretación que ha realizado el TC respecto de la legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómico) no excluyen en ningún caso la intervención del Tribunal Constitucional, siguiendo los procedimientos oportunos, en relación con el control de constitucionalidad de las normas internas<sup>30</sup>.

Por su parte, el control de validez que realiza el TC sobre estas normas internas contradictorias con normas externas es pleno y puede afectar a todos los ám-

<sup>30</sup> Como muy bien indica Ricardo Alonso. Cfr. Alonso García, R.: *op. cit.*, pp. 43 y ss.

bitos de validez de la norma. Se trata de un control de constitucionalidad en el que se debe integrar necesariamente en el parámetro a las normas europeas o a las normas de los tratados, que realizan una función de mediación normativa y generan un bloque de constitucionalidad externo.

Por último, hay que tener en cuenta también que las condiciones de pluralismo ordinamental determinan una pluralidad de parámetros de constitucionalidad que dependen en gran medida de cómo se configuran los diversos «bloques de constitucionalidad», por definirlos de alguna manera. Pero, al mismo tiempo, la configuración del parámetro de constitucionalidad también determina el tipo de control que se realiza y en particular si se trata de un control pleno, que enjuicie la validez de las normas, o si se trata de un control limitado de constitucionalidad que afecte únicamente a ámbitos concretos de validez como pueden ser el territorial, en el ejemplo antes mencionado, o el temporal. En definitiva, si es un control que afecta a la validez o si su resultado opera sobre la eficacia de las normas.

Un control constitucional sobre la eficacia de las normas es algo que resulta difícil de compatibilizar con la jurisdicción concentrada tal y como es entendida habitualmente, aunque el TC español lo hizo habitualmente en aplicación de su doctrina sobre la supletoriedad del derecho estatal hasta las SSTC 118/1996 y 61/1997, determinando la inaplicación del derecho estatal válido en las CCAA que habían ejercitado su competencia sobre la materia. Pero la razón de ser del control de constitucionalidad en este modelo consiste en depurar el ordenamiento jurídico de normas que puedan ser contrarias a la constitución, lo que implica, en principio, un juicio sobre la validez de esas normas. Que ese juicio de validez haya sido concebido en la doctrina kelseniana con un resultado esencialmente derogatorio (efectos *ex nunc*, de las sentencias, tribunal constitucional como *legislador negativo*) por motivos de seguridad jurídica, no implica que sea un juicio que actúe sobre la eficacia de la norma y no sobre su validez. La norma se expulsa íntegramente del ordenamiento jurídico, aunque sea en un momento posterior a la declaración de inconstitucionalidad.

*La función primordial del Tribunal Constitucional no consiste en determinar la inaplicación de las normas contrarias a la constitución o en realizar un control parcial de su constitucionalidad sobre alguno de sus ámbitos de validez. Si lo hace así es debido a las condiciones de pluralismo ordinamental en las que debe operar, que inciden sobre el parámetro de constitucionalidad y sobre los efectos posibles de la declaración de inconstitucionalidad. El TC puede integrar normas procedentes del derecho europeo o del derecho convencional en el parámetro de constitucionalidad o las puede someter a control de constitucionalidad. Pero lo que no puede es realizar un juicio de validez pleno sobre esas normas, porque su invalidez no se puede establecer desde la constitución, sino que se determinará en función del derecho europeo o del derecho internacional aplicable.*

## Conclusiones

El control de validez presenta perfiles específicos en los sistemas de pluralismo ordinamental que incorporan normas procedentes de ordenamientos externos como parte del *parámetro* o como *objeto* del control. *El juez constitucional se convierte también en juez supranacional e internacional, en una compleja relación entre constitución y Estado en el contexto global que le obliga a abrir su perspectiva constitucional más allá de la constitución estatal.* Las relaciones entre normas de distintos ordenamientos son siempre relaciones mediadas por normas sobre la producción jurídica, por normas competenciales que determinan su validez. Por sus propias características, competencia y validez nos conducen necesariamente a una *mediación normativa*, ya que remiten a una tercera norma que es la que define las competencias y las condiciones de validez de las normas que pueden producirse dentro de cada ámbito competencial. Esa mediación normativa se expresa también en la configuración del control de validez. Su finalidad última en el Estado constitucional está orientada hacia la *determinación de la validez* de las normas que entran en conflicto con las normas sobre la producción jurídica del sistema.

Pero, del mismo modo que la normatividad de la constitución encuentra su más firme desarrollo en el Estado nacional, también la validez, como categoría estrechamente vinculada a la constitución normativa, alcanza su plenitud bajo esa forma estatal. Sin embargo, *la proyección supranacional del Estado y la extensión del poder estatal hacia organizaciones supranacionales en contextos de integración política, están planteando nuevas formas de articular las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que no se manifiestan a través del pleno control de validez de los actos y no determinan su invalidez y su anulación.* Es necesario recurrir ahora a institutos intermedios entre la eficacia y la validez entendidos en el sentido que se les atribuye en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho. *Nuevas figuras que nos permitan entender el funcionamiento del control de validez en el marco del derecho constitucional de la integración supranacional y, en general, de la relación entre ordenamiento interno y ordenamientos externos.*

En las condiciones de pluralismo constitucional y de diversidad de ordenamientos propias del derecho constitucional de la integración supranacional, el control de validez no encuentra una referencia basada en una constitución común. La constitución nacional es solamente una parte, como también lo es el derecho supranacional. El paradigma kelseniano no se puede realizar en estas condiciones. El nuevo paradigma se basa en una combinación de elementos propios del Estado legal de derecho y del Estado constitucional de derecho, una especie de síntesis que cambia, sin embargo, su sentido original. Por un lado, la validez no será determinable en plenitud por todas las instancias jurisdiccionales (cada una de ellas puede operar solamente sobre su ámbito de validez propio). Por otro lado, para



evitar un conflicto existencial entre ordenamientos, se actúa sobre los ámbitos de validez de las normas, en particular sobre la eficacia temporal, pero también sobre la territorial. La eficacia pasa a ser así un principio que completa la validez en el contexto de las relaciones entre ordenamientos propia del derecho constitucional de la integración supranacional.

Esta nueva configuración se evidencia, por ejemplo, en la modulación que el TJUE realiza de la aplicación del Derecho europeo en función del respeto a la identidad constitucional de los Estados. En estos casos, el tribunal decide solamente sobre el ámbito territorial de validez de las normas. Igualmente, en la aplicación por parte de los jueces y tribunales del derecho europeo o del derecho convencional. En esos supuestos, los jueces y tribunales no realizan un control de validez de las normas, sino que se limitan a intervenir sobre su ámbito de validez temporal, inaplicando normas que podrían volver a aplicarse en el futuro si se dieran las condiciones necesarias (por ejemplo, por la aplicación del principio de subsidiariedad por la Unión Europea o porque se modifiquen los tratados internacionales o haya un cambio de orientación jurisprudencial en el TEDH).

## Bibliografía

- AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters, 2015.
- ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*. Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- HÄBERLE, P.: «Europa —eine Verfassungsgemeinschaft?», en Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.
- «¿Tienen España y Europa una Constitución?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, julio-diciembre de 2009.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Fuentes del Derecho*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.
- «La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008.
- «Validez y vigencia de las normas», en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2010.

- «El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global», en Beneyto, J.M. (Dir.) *Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014.
- «Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo», en *La cittadinanza europea*, núm. 1/2015.
- *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F. (México), 2015.
- «The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law», *UNIO — EU Law Journal*. Vol. 3, No. 3, May 2017.
- «Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien», en *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*, Herausgegeben von Blanke, H.; Magiera, S.; Pielow, J.; Weber, A. Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, 17<sup>a</sup> ed., V. I, Tecnos, Madrid, 2022.
- BILANCIA, P., «Lo stato di diritto come valore in una dimensione spaziale», *Nomos* 1-2012.
- BRASIL MENEZES, P., *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.
- BUSTOS GIBERT, R.: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012.
- CRISAFULLI, V., «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», *RTDP*, 1960.
- ESPOSITO, C., *La validità delle leggi. Studio sui limiti della postestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1964.
- GIOCOLI NACCI, P. «Norme interposte e giudizio di costituzionalità», en *Scritti su la Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli* (I), CEDAM, Padova, 1985.
- KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versión española de la segunda edición de 1929, Editorial Labor, Barcelona, 1934.
- «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», 1928, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 15, Madrid, 2011.
- «Der Wandel des Souveränitätsbegriffes», 1931, versión española, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, julio-diciembre de 2018,
- *Reine Rechtslehre*, 2<sup>a</sup> Edición, 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967.

- *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, versión italiana, Giulio Einaudi editore, Torino 1985.
- LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª Edición, 1911, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen 1964.
- MATÍA PORTILLA, J., «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- REQUENA LÓPEZ, T., *El principio de jerarquía normativa*. Editorial Cívitas, Madrid, 2004.
- ROMANO, S., *L'Ordinamento Giuridico*, 1917-1918. Edición de 1946, Sansoni, Firenze, 1962.
- SAIZ ARNAIZ, A., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- SCHILLACI, A., *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*, Granada, 2008.
- *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- VECCHIO, F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012.
- XIOL RÍOS, J.A. «El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, enero-junio de 2020.
- ZANOBINI: «Gerarchia e parità tra le fonti», 1939, en Zanobini, G., *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffré Editore, Milan 1955.



# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ  
*Letrada del Tribunal Constitucional de España*

## 1. El alcance del control de convencionalidad según la STC 140/2018

En los modelos de control concentrado de constitucionalidad, como el español, parece generar cierto vértigo entre una parte de la doctrina comprobar que, de un tiempo a esta parte, el Tribunal Constitucional ha venido cediendo parte del control de algunas normas con rango de ley a los órganos que integran la jurisdicción ordinaria. Se evoca, con manifiesto desagrado, la inseguridad jurídica, contraria al mandato del art. 9.3 de la Constitución Española (en adelante CE) que puede derivar de la facultad conferida a los jueces y tribunales, de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, de inaplicar normas con rango legal aprobadas por el órgano que detenta o bien la soberanía nacional (se piensa aquí en las Cortes Generales o en la facultad normativa derivada y atribuida al Ejecutivo), o bien la autonomía normativa propia de los entes territoriales infraestatales. De algún modo, a pesar de encontrarse otros ejemplos, que se analizarán en seguida, la integración europea ha forzado esa dinámica, al definir las relaciones entre la legislación nacional y el derecho de la Unión extramuros del control de constitucionalidad.

Pero el mecanismo que concentra la mayor parte de los actuales temores no es el eventual «control de comunitariedad», sino el mucho más reciente «control de convencionalidad», que ha asumido un cierto protagonismo, al menos en la reflexión doctrinal<sup>1</sup>, tras la aprobación, el 20 de diciembre de

---

<sup>1</sup> Antes de la aprobación de esta sentencia, las dos obras de referencia clave, en relación con la cuestión, eran las monografías de Canosa Usera, R., *El control de convencionalidad*, Civitas-Thomson

2018, de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 140/2018<sup>2</sup>.

### 1.1. EL CONTEXTO PARA COMPRENDER EL ALCANCE DE LA SENTENCIA

Este pronunciamiento resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista, contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que introduce, en relación con la jurisdicción universal, una modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. El objeto principal del recurso era, por tanto, el modelo de jurisdicción universal diseñado en el año 2014, cuando la mayoría parlamentaria correspondía al grupo parlamentario popular y que suponía, a juicio de los recurrentes, una restricción contraria al art. 24 CE del principio de jurisdicción universal o extensión extraterritorial de la jurisdicción.

El modelo de 2014<sup>3</sup> suponía, en la práctica, una restricción del previamente existente. Sin referirnos a la cuestión de la aplicación del principio de subsidiarie-

---

Reuters, Pamplona, 2015 y de Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de tutela multinivel de derechos*. Aranzadi, Pamplona, 2013. La consulta de ambos trabajos resulta reveladora, porque ambos autores defienden posiciones contrapuestas en lo que hace a la configuración del control de convencionalidad y a la subsiguiente definición de la competencia jurisdiccional para abordarlo. La STC 140/2018 se alinea más con la posición de Jimena Quesada.

<sup>2</sup> Merece ser recordado que, en sede jurisdiccional ordinaria, el control de convencionalidad se había venido ejerciendo ya, de hecho, por algunos Tribunales antes de la aprobación de la STC 140/2018, en particular por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla León (STSJ 4707/2016, de 19 de diciembre), Canarias (en las SSTSJ 1598/2016, de 18 de abril, 829/2016, de 30 de marzo, y 1420/2016, de 28 de enero) y Cataluña (sentencias núm. 4090/2015 de 22 junio, 6721/2015, de 22 de junio, y 1978/2016 de 1 de marzo), o incluso por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en supuestos que tienen que ver precisamente con la aplicación de la reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo (Auto de la Audiencia Nacional 72/2014, de 17 de marzo y SSTS 3082/2014, de 24 de julio, 2046/2015, de 6 de mayo, 4621/2016, de 25 de octubre).

<sup>3</sup> Resulta oportuno recordar que la primera manifestación del principio de justicia universal en España se dio con el artículo 23.4 de la redacción originaria de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial. Este preveía un modelo de jurisdicción universal absoluta, sin exigencia de vínculos de conexión con el Estado español y con la sola restricción impuesta por el principio *non bis in idem*. En el año 2009, tras reformas previas ampliando los delitos a los que se aplicaba la extensión de jurisdicción (disposición final única de LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre; el artículo único de Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; y el artículo 1.1 de LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la Persecución Extraterritorial de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas), se introdujeron tres principios restrictivos del alcance de la jurisdicción universal (art. 23.4 y 5 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legisla-

dad, ni a la supresión de la acción popular, que también se planteaban en el recurso de inconstitucionalidad y centrándonos exclusivamente en la redefinición de los puntos de conexión, que justificarían la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles, tal y como sintetiza Sánchez Legido «con la modificación se suprimen dos de los tres criterios de conexión operativos desde la reforma de 2009 (nacionalidad de la víctima y otra conexión relevante con España), mientras que el tercero (presencia) es sometido a un notable endurecimiento para su aplicación al exigir que además se haya denegado la extradición y —solo para tortura y desaparición forzada— que la víctima sea española en el momento de la comisión del delito»<sup>4</sup>.

Pero, además de limitar los supuestos en que los jueces y tribunales españoles tienen jurisdicción sobre determinados tipos delictivos, se prevé una entrada en vigor automática de la norma, sin previsión de *vacatio legis*, así como el sobreseimiento inmediato de todas las causas abiertas según el modelo anterior. Así, la disposición transitoria única de la ley establece que «(l)as causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella». Este mandato obligó a los magistrados de la Audiencia Nacional que tenían procesos abiertos a tomar una decisión sobre la continuación o no de las causas y, a pesar de la existencia inicial de posiciones dispares<sup>5</sup>, acabó imponiéndose de forma casi general el sobreseimiento de los asuntos abiertos<sup>6</sup>. Estas decisiones de sobreseimiento adoptadas por la jurisdicción ordinaria terminaron, por la vía del recurso de amparo, en sede constitucional<sup>7</sup>.

---

ción procesal para la implantación de una nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial.). Esos principios eran: la presencia de los presuntos responsables en España, que la víctima tenga nacionalidad española y la existencia de un vínculo de conexión relevante con España.

<sup>4</sup> Sánchez Legido, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 27, 2014.

<sup>5</sup> En este momento se pone de manifiesto la existencia de posiciones encontradas en relación con la aplicación del control de convencionalidad a estos supuestos, y la voluntad de algunos de estos magistrados de proseguir con la instrucción de las causas, amparándose en que el principio de persecución universal contenido en determinados tratados de cobertura debía aplicarse con preferencia sobre la reforma de la LOPJ. La primera de esas opiniones se refleja en el Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional, dictado por el Juez Pedraz, en el asunto abierto por la muerte del periodista José Couso a mano de «fuego amigo» estadounidense, mientras cubría la Guerra de Irak.

<sup>6</sup> Véase, a este respecto, la fijación de doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) num. 797/2016 de 25 de octubre de 2016. Recurso de Casación num. 37/2016.

<sup>7</sup> Los recursos de amparo pendientes cuando se aprueba el juicio positivo de constitucionalidad eran los siguientes: RA num. 2769-2016, asunto bombardeo campo Ashraf (Irak)F; RRA núms. 3986-

Por tanto, cuando el ponente de la sentencia 140/2018, el magistrado Fernando Valdés, se enfrenta a la necesidad de dar respuesta a las dudas de constitucionalidad sobre la reforma de la LOPJ, es muy consciente de cuales son problemas interpretativos, de alcance constitucional, relevantes en el caso. Y asume que uno de los elementos principales de análisis debía ser la cuestión relativa al eventual conflicto entre la reforma legal y algunos tratados internacionales invocados por las partes como norma de contraste. Y, de modo complementario, la definición de la competencia para realizar ese tipo de análisis, que, en la práctica habían efectuado ya tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo en relación con el problema de la extensión de jurisdicción.

El recurso se basaba en tres ejes argumentales: i) la ley impugnada restringe el ámbito de la jurisdicción universal previamente previsto en la LOPJ, provocando un efecto de regresividad que menoscaba el principio de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el derecho al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), y el derecho a que ese acceso se garantice, en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE); ii) la ley impugnada vulnera el art. 10.2 CE, por afectar al contenido de la jurisdicción universal que determinados tratados firmados y ratificados por España otorgan a esa noción; y iii) la ley impugnada vulnera el art. 96 CE por cuanto se modifican algunos tratados internacionales firmados por España, sin seguir el procedimiento previsto en tal precepto<sup>8</sup>.

Si bien ninguno de estos argumentos utilizaba directamente los tratados como parámetro del juicio de constitucionalidad, tanto el segundo como el tercero acudían directamente a determinadas fuentes internacionales como referencia argumental conectando su vulneración con la de los arts. 10.2 y 96 CE. La idea subyacente era que, existiendo tratados que prevén un modelo más amplio de jurisdicción universal que el previsto en la reforma, esta venía a restringir el alcance de tales tratados y, por ello, contrariaba la previsión del art. 96 CE respecto de la imposibilidad de modificar mediante ley un tratado previamente ratificado por España, quebrantándose asimismo el mandato interpretativo del art. 10.2 CE.

La sentencia 140/2018, terminará por desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 3754-2014 partiendo del presupuesto de que la Constitución espa-

---

2015 y 4011-2015, asunto Tibet; RA núm. 4641-2015, asunto Secta Falung Gong; RRA núms. 6438/2016 y 6496-2016, asunto José Couso; y RA núm. 6615-2016, asunto Guantánamo.

<sup>8</sup> Además, se impugnaban subsidiariamente y de forma autónoma los siguientes preceptos: i) arts. 23.2.b) y 23.6 LOPJ, como lesivos de los arts. 24.1, 124 y 125 CE, por suprimir la denuncia y la acción popular como instrumentos de inicio de un procedimiento penal en los casos de extensión extraterritorial de la jurisdicción; y ii) disposición transitoria por vulneración del art. 117 CE, en su vertiente de exclusividad de la jurisdicción, en la medida en que prevé el sobreseimiento provisional de los procedimientos incoados merced a la regulación previa de la extensión de jurisdicción.



ñola no consagra un modelo inequívoco de jurisdicción universal, por lo que el margen del que dispone el legislador para regular la extensión extraterritorial de la jurisdicción es muy amplio<sup>9</sup>. Pero, la gran aportación dogmática de la sentencia tiene que ver con la teoría sobre el control de convencionalidad que se contiene en el fundamento jurídico sexto, que analiza el contraste entre la totalidad de la ley orgánica y el art. 96 CE<sup>10</sup>.

## 1.2. EL CONTENIDO DEL FUNDAMENTO JURÍDICO SEXTO DE LA STC 140/2018

Este fundamento, en síntesis, analiza el contraste entre la totalidad de la ley orgánica impugnada y el art. 96 CE, estableciendo como premisa que la invocación del art. 96 CE no lleva a analizar la compatibilidad entre los tratados internacionales concernidos y la regulación legal, sino que exige valorar si el análisis de constitucionalidad debe incluir «un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE».

A partir de esta consideración, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional asume que la Constitución no prevé el control de convencionalidad ni atribuye a ninguna jurisdicción, ordinaria o constitucional, competencia alguna al respecto. De modo que la única construcción posible del control de convencionalidad, con nuestra regulación constitucional, es una construcción jurisprudencial. Dice el Tribunal: *«Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene*

---

<sup>9</sup> En el momento de dictarse la sentencia, se encontraban en fase de tramitación parlamentaria, en el Congreso de los Diputados, dos proposiciones de Ley (una de ellas de Esquerra Republicana, y la otra del PSOE) cuyo contenido se refería a la modificación de los preceptos objeto del recurso de inconstitucionalidad. Ninguna de las dos proposiciones prosperó y la llegada al ejecutivo del partido político cuyo grupo parlamentario interpuso el recurso de inconstitucionalidad tampoco supuso una nueva modificación del modelo de jurisdicción universal. El contenido de la sentencia hace posible pensar en la posibilidad de desarrollar una regulación diversa de la jurisdicción universal, pero por el momento no ha concurrido la voluntad política para intentar una nueva reforma.

<sup>10</sup> Hace hincapié en la consideración de este pronunciamiento como sentencia paradigmática el trabajo de Jimena Quesada, L., «La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, julio 2019.

*vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance».*

Para descartar el vicio de inconstitucionalidad denunciado, se parte de los siguientes argumentos fundamentales:

i) *El control de convencionalidad en el sistema constitucional español es una mera regla de selección de derecho aplicable*<sup>11</sup>.

La sentencia sostiene que la previsión del art. 96 CE<sup>12</sup>, cuando establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes<sup>13</sup>. Se limita a establecer un criterio de selección de la norma aplicable. Así «la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario». El control de convencionalidad en España, por tanto, no es un juicio de validez, sino un juicio de aplicabilidad de normas.

ii) *Esa selección debe ser formulada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, de modo que se consagra un modelo de control difuso de convencionalidad*<sup>14</sup>.

Una vez establecida la categorización previa sobre la naturaleza del control de convencionalidad, la consecuencia que se deriva sobre la competencia para aplicar este control es clara: la aplicación de esta regla de selección de derecho aplicable corresponde, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, porque al juez constitucionalidad se le reserva el juicio sobre la validez de las normas.

Esta afirmación es, por lo demás, resultado directo de la jurisprudencia previa y consolidada que cita la propia sentencia. Esta doctrina precedente, de la que el

<sup>11</sup> Plantea una severa crítica a este planteamiento Perotti Pincirolí, I. G., «El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿una importación defectuosa?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, junio 2021, p. 27.

<sup>12</sup> Que se reitera en los arts. 29 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

<sup>13</sup> La opción interpretativa opuesta es la que defiende en su trabajo Morón Pérez, M.C. «La eficacia interna del CEDH en el ordenamiento tributario español: análisis crítico de la doctrina del TC sobre el control de convencionalidad», en *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 747-780.

<sup>14</sup> Se debe la expresión a Luis Jimena en Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10.

Tribunal ni ve la necesidad ni la conveniencia de apartarse<sup>15</sup>, establece que la selección del derecho aplicable «*al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE*».

Conclusión esta que sustentan también algunos autores como Luis Jimena: «*Por supuesto, el carácter supralegal o prevalente supone discernir entre aplicación y validez, puesto que la potestad de la jurisdicción nacional ordinaria se concreta en una inaplicación inter partes de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que esa potestad jurisdiccional comporte una consecuencia anulatoria erga omnes a través de una declaración de invalidez del canon nacional controvertido (lo cual configura una prerrogativa concentrada en manos de la jurisdicción constitucional)*»<sup>16</sup>.

El Tribunal es aún más claro cuando establece la consecuencia directa de esta función jurisdiccional. Así establece que «*en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto*».

El núcleo del problema a resolver en este caso, frente a lo defendido por autores como Alonso García<sup>17</sup>, no parecía ser la definición del juez competente para ejercitar el control de compatibilidad del derecho interno con los tratados. Desde luego era una cuestión relevante en la medida en que determinaba los propios límites del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pero también una cuestión derivada de la respuesta que se diera a la primera, a la relativa al tipo de antinomia que se presenta y a la naturaleza del control a realizar.

iii) *Será competencia del TC controlar la selección de la norma a la luz del art. 24.1 CE.*

En último término el Tribunal se reserva una competencia residual en este ámbito. A pesar de reconocer que la selección de derecho aplicable queda extra-

<sup>15</sup> Véase la descripción que hace de la misma Morón Pérez, M.C., *op. cit.*, nota 13. Esta autora, que defiende la idea de que si un tratado (en su reflexión el CEDH) es contrario a la ley «cabría pensar que la misma sería inconstitucional por infracción del principio de jerarquía normativa que consagra el art. 9.3 CE, en relación, en este caso, con el art. 96.1 de la misma norma fundamental y que, por lo tanto, el juez, que no parece facultado por el precepto citado de la LOPJ para inaplicarla, debería plantear la correspondiente cuestión al Tribunal Constitucional (...) Sin embargo, no es este el parecer del máximo intérprete de la Constitución» (Morón Pérez, M.C., *op. cit.*, nota 13, p 765).

<sup>16</sup> Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, p. 441.

<sup>17</sup> Alonso García, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, mayo-agosto 2020, pp. 11-52, aquí, p. 22.

muros de su competencia, el Tribunal asume que podrá *«por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia»»*.

Ahora bien, a pesar de la reserva sin reservas, la aplicación práctica de este canon por el propio Tribunal Constitucional ha sido desigual<sup>18</sup>, y no hubo de esperarse mucho para comprobarlo. De todas las sentencias que resuelven los recursos de amparo pendientes que contestaban los sobreseimientos decididos en aplicación de la reforma impugnada de la LOPJ, apenas una hace una aplicación evidente y explícita de ese canon.

Se trata de la STC 80/2019, de 17 de junio, en el asunto de la muerte de José Couso. Esta sentencia detalla por qué se aplica el canon fijado en la STC 140/2018, independientemente de su invocación previa que, obviamente, era imposible, y concluye descartando *«que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo una interpretación de la legalidad interna e internacional susceptible de ser considerada irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, sin que tampoco sea fruto de un injustificado decisionismo judicial, al argumentar que ni el art. 23.4 a) LOPJ ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al exigir que los responsables de crímenes de guerra no españoles residan o se encuentren en España, entran en conflicto con los mandatos de la IV Convención de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional I»*. Es decir, en esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ejerce plenamente la competencia que para sí reservase en la STC 140/2018, analizando en detalle la argumentación sobre el juicio de compatibilidad realizado en la instancia entre la LOPJ reformada y el tratado internacional de referencia, esto es la IV Convención de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) y su protocolo adicional.

---

<sup>18</sup> Del resto de recursos de amparo a los que se refiere la nota al pie anterior, la STC 15/2019, de 11 de febrero, asunto bombardeo campo Ashraf formula un juicio de inadmisión por falta de agotamiento. Y las SSTC 10/2019, de 28 de enero, asunto secta Falung Gong; SSTC 23/2019 de 25 de febrero y 35/2019, de 25 de marzo, en el asunto del Tibet; y la STC 36/2019, de 25 de marzo, asunto Guantánamo, no aplican el canon reservado al TC, a pesar de servirse de la argumentación de la STC 140/2018 para descartar los vicios de inconstitucionalidad imputados a la aplicación de los nuevos preceptos reguladores de la jurisdicción universal. Pero ninguna de ellas formula un análisis en relación con la argumentación realizada en la instancia sobre la compatibilidad entre los tratados de referencia en cada caso, y la norma doméstica.

## 2. La crítica en relación con la cita de la sentencia CIDH *Almonacid Arellano y otros c. Chile*

Algunos autores han llegado a criticar un inadecuado recurso al derecho comparado por parte de la STC 140/2018, que invoca la sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, como el pronunciamiento que incorpora al sistema jurídico universal la noción de control de convencionalidad<sup>19</sup>. Ricardo Alonso García señala «lo poco afortunado que estuvo el TC en esta incursión, por primera vez en su jurisprudencia, en la doctrina de la Corte IDH, habida cuenta de que no se desprende de esta lo que el TC le atribuye y que constituye el núcleo del problema que resolver, a saber, el del juez competente, si ordinario o constitucional, para ejercitar en el ámbito nacional el control de compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales»<sup>20</sup>. E incluso Luis Jimena, que asume la pertinencia de la alusión a la *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, argumenta que hubiera sido adecuado acudir al ejemplo del modelo francés de control de convencionalidad, mucho más próximo al que define la propia sentencia del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

Ciertamente, si admitimos que el problema esencial a resolver por la sentencia constitucional, en este punto, era la definición de la jurisdicción competente para proceder al control de convencionalidad, habría que reconocer la pertinencia de la crítica. Y es que la sentencia *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, no determina qué jurisdicción interna es la competente, limitándose a establecer la obligación de la jurisdicción nacional de velar porque los efectos de las disposiciones de un tratado «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’». Sin embargo, la Decisión num. 75-54, fechada el 15 de enero de 1975, y concerniente al control previo de constitucionalidad de la «Loi relative à l’interruption volontaire de grossesse», si establece que la competencia para efectuar el control de convencionalidad es de los jueces ordinarios y no de la jurisdicción constitucional, aplicando un razonamiento muy parecido al que formula en su pronunciamiento el Tribunal Constitucional español<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Si bien esta es la sentencia que incorpora el concepto al acervo jurisprudencial interamericano, la noción aparece mencionada por vez primera en el voto particular concurrente del magistrado García Ramírez, en el asunto *Mack Chang v. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003.

<sup>20</sup> Alonso García, R., *op. cit.*, nota 17, p. 22. Frente a esta posición la de Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 446.

<sup>21</sup> Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 448.

<sup>22</sup> Así, vino a establecer que aunque la Constitución francesa confiera en el art. 55 una autoridad a los tratados superior a la de las leyes, ello no supone que el respeto a este principio de jerarquía deba

Efectivamente, la definición del control de convencionalidad previsto por la CorteIDH es más abierta y, por ello difiere de la que conforma la sentencia del TC español. Pero, como ha sucedido en otras ocasiones y en relación con otros conceptos, como el de bloque de constitucionalidad, muy vinculado al tema que nos ocupa, los pronunciamientos jurisdiccionales pueden llegar a adoptar un *nomen iuris* conocido, estudiado por la doctrina y con una carga connotativa determinada ajustándolo a un sistema jurídico con determinados matices que le dan un contenido propio, y en parte distinto al de la noción de referencia. Dicho en otros términos, el Tribunal no acude a jurisprudencia de la Corte para resolver el problema que le plantean los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad, sino que evoca la noción elaborada por la CorteIDH porque es esta la que se ha popularizado, porque había sido invocada por los recurrentes y porque desde la expansión del concepto en los ordenamientos jurídicos de la América Latina, es desde donde nuestra propia doctrina, así como los abogados de las partes que han invocado su aplicación intentaron rescatar la noción para nuestro propio sistema.

Seguramente el ponente de la STC 140/2018 pensaba, al citar la sentencia de la CorteIDH, en la identidad jurídico-cultural con el sistema interamericano cuando evocó el concepto. Pero no lo copió, sino que lo adoptó para adaptarlo a las condiciones marcadas por el ordenamiento constitucional español, concretamente por lo dispuesto en los artículos 96 y 10.2 de la Constitución española. Lo mismo que han hecho, por lo demás los países sujetos a la jurisdicción de la CorteIDH, no existiendo un concepto único sobre la naturaleza, alcance, procedimiento o modalidad —concentrada o difusa— que debe adoptar el control cuando se efectúa dentro de cada sistema constitucional.

Y, además, el Tribunal Constitucional español, del mismo modo que hace la CorteIDH, se reserva una facultad última de revisar el juicio de convencionalidad en el ámbito que le es propio. Y el ámbito que le es propio al TC español, descartada la identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad (de validez relativa al ajuste constitucional de la norma), es de la garantía de los derechos fundamentales. Así, la facultad revisora se reconduce al procedimiento de amparo, cuyo objeto serán las resoluciones judiciales de instancia que hayan efectuado el control de convencionalidad, y que se sujetarán a un juicio

---

garantizarse en el marco del control de la conformidad de las leyes con la Constitución previsto en su artículo 61 CF. Entiende el Conseil que las decisiones adoptadas en virtud del artículo 61 de la Constitución son absolutas y definitivas, mientras que la superioridad de los tratados sobre las leyes tiene un carácter relativo y contingente, en la medida en que se limita, por una parte, al ámbito de aplicación del tratado y, por otra, está sujeta a una condición de reciprocidad, cuyo cumplimiento puede variar en función del comportamiento del Estado o de los Estados signatarios del tratado y del momento en que deba apreciarse el cumplimiento de esta condición. En suma, el modelo francés parte de la consideración de que la relación entre tratados y ley se resuelve a través de una regla de vigencia y no de validez, por lo que no compete a la jurisdicción constitucional.

sobre la razonabilidad y ausencia de error en la selección del derecho aplicable (con arreglo al canon ampliamente desarrollado en relación con el art. 24.1 CE, respecto del derecho a la motivación adecuada de las resoluciones judiciales).

No cabe, por tanto, la identificación entre el modelo del control de convencionalidad previsto por la CorteIDH y el modelo español. Como no puede obviarse que el contenido de la STC 140/2018 ni es ajeno a la jurisprudencia previa, ni es indiferente al asunto concreto que da lugar al recurso que resuelve, ni es omnicomprendivo, en el sentido de que no contiene una doctrina completa y cerrada sobre el alcance del control de convencionalidad en el sistema jurídico español.

### 3. La crítica relativa a la «dejación de funciones» del Tribunal Constitucional

La atribución de competencias sobre el control de convencionalidad a los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria, supone una auto exclusión de la jurisdicción constitucional que ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, empeñadas en afirmar que los jueces constitucionales no eran conscientes del poder de inaplicar normas internas que estaban dando a los jueces ordinarios.

Pero yo no estoy de acuerdo con esta consideración. Entiendo que la jurisdicción constitucional no hizo más que sacar las conclusiones oportunas de su jurisprudencia previa<sup>23</sup>, asumiendo que, dentro de un modelo de jurisdicción constitucional concentrado, existen elementos o procedimientos propios y más próximos al control difuso de constitucionalidad<sup>24</sup>. En el sistema de justicia constitucional española esa posibilidad de desplazar la aplicación de normas con rango de ley, sin necesidad de acudir a procesos constitucionales para ello, no se inaugura con la doctrina sobre el control de convencionalidad.

Se inicia, bien al contrario, en el año 1981, cuando se trata de evaluar el ajuste constitucional de las normas preconstitucionales. Si bien la sentencia principal (*leading case*) a este respecto es la STC 4/1981, de 29 de abril, no se ha dejado de aplicar este criterio en sentencias mucho más recientes<sup>25</sup> en la medida en que siguen persistiendo en nuestro ordenamiento normas aprobadas antes de la entra-

<sup>23</sup> Ya se ha citado, en este sentido, el trabajo de Morón Pérez, M.C., *op. cit.*, nota 13, que extrae de la jurisprudencia previa las mismas conclusiones a las que llega la sentencia.

<sup>24</sup> En este sentido plantea sus reflexiones en torno a la ST 140/2018 el profesor Fondevila Marón, M., «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23, 2, julio-diciembre 2019, pp. 439-458.

<sup>25</sup> Por ejemplo, las SSTC 10/2002, de 17 de enero; 10/2005, de 20 de enero; 224/2006, de 6 de julio.

da en vigor de la Constitución, respecto de las cuales igual puede actuar el principio de eficacia derogatoria de la norma fundamental, que la supremacía constitucional. El criterio jurisprudencial es claro: los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden aplicar la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de las normas preconstitucionales que se opongan a ella, pero solo el Tribunal Constitucional puede formular un juicio de constitucionalidad basado en la noción de supremacía constitucional. El primer criterio de solución de antinomias es un criterio de vigencia, en que se aplica la regla de la sucesión temporal de las normas, asumiendo que la más reciente en el tiempo, la Constitución, desplaza a la más antigua, pero sin expulsarla del sistema de fuentes. Se trata por tanto de un juicio de aplicabilidad, y no de validez. El segundo criterio, en cambio, si formula un juicio de validez que, de no superarse, supone la exclusión de la disposición contraria a la Constitución del ordenamiento jurídico, su declaración de nulidad sobreenvenida.

También se ha reconocido la facultad de control jurisdiccional de los excesos —el *ultra vires*— de la legislación delegada. Lo deja claro el art. 1.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando afirma que «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con (...) con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Facultad esta reconocida también por el propio Tribunal Constitucional desde el auto 69/1983, de 17 de febrero, hasta pronunciamientos más recientes como la STC 166/2007, de 4 de julio.

Más recientemente la STC 102/2016, de 25 de mayo, introduce una nueva cesión de facultades de control de la ley en favor de los jueces ordinarios. Este pronunciamiento, así como varios que le seguirán<sup>26</sup>, reconoce la posibilidad de que el juez ordinario aplique el principio de prevalencia de las leyes básicas sobre las leyes autonómicas que se opongan a aquellas, siempre que se cumplan determinados requisitos en los que no me detendré ahora.

Y, por supuesto, desde la STC 28/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional viene reconociendo la posibilidad de que los jueces nacionales, en tanto jueces encargados de aplicar el derecho de la Unión Europea, y de observar los principios de primacía y efecto directo, puedan inaplicar normas internas con rango de ley cuando las mismas entren en oposición con el derecho de la Unión, y ello con o sin obligación de plantear previamente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión, en los términos que sintetiza la STC 37/2019, de 26 de marzo<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> SSTC 116/2016, 127/2016, 204/2016, AATC 167/2016 y 27/2019.

<sup>27</sup> Jimena Quesada entiende que este es el mejor elemento de parangón con el control de convencionalidad Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 442.



En todos estos supuestos, las reglas de solución de antinomias han sido reglas relativas a la aplicabilidad de las disposiciones normativas, y no a su vigencia, de modo que se ha calificado el control de la ley como un mero juicio de aplicabilidad de la norma, y no de validez de la misma. Esa categorización justificaba el hecho de que la facultad de control se atribuyera a los jueces y tribunales, descargando al Tribunal Constitucional de una labor que no le compete, en la medida en que se le reserva el monopolio del control de validez de las normas y su eventual expulsión del sistema de fuentes. La reserva del papel de legislador negativo, le exime de formular juicios de aplicabilidad que se califican como juicios de legalidad ordinaria.

Exactamente la misma lógica ha funcionado a la hora de definir el modelo de control de convencionalidad en el sistema español, y por eso la STC 140/2018 es coherente con la jurisprudencia expuesta y con la definición previa del modelo de reparto de funciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria<sup>28</sup>.

En suma, la calificada, de manera más o menos explícita, como dejación de funciones constitucionales solo es el efecto inmediato de la aplicación de un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, que no resulta en absoluto extraño a nuestro modelo de jurisdicción constitucional, y que se explica de manera lógica y objetiva desde la apreciación de que el control de convencionalidad actúa como un criterio de selección de derecho aplicable.

Y, en todo caso, es necesario insistir en dos ideas que refutan el argumento de que el Tribunal se ha desentendido del control de convencionalidad: 1) la facultad jurisdiccional de formular el control de convencionalidad no priva al Tribunal Constitucional de sus propias competencias en materia de control de constitucionalidad, cuando ambas puedan llegar a confluir; y 2) la facultad jurisdiccional de formular el control de convencionalidad no priva al Tribunal Constitucional de

---

<sup>28</sup> De hecho, en el FJ 6 de la STC 140/2018, se citan todos estos supuestos en los términos siguientes: «La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un obiter dictum contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que «es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».

revisar que la selección de la norma es razonable, y no arbitraria o errónea, haciendo uso de la aplicación del canon de motivación propio del art. 24.1 CE.

#### 4. La crítica relativa a los problemas de inseguridad jurídica

La STC 140/2018 no cierra el modelo de control de convencionalidad y eso permite plantear preguntas que aún no tienen respuesta<sup>29</sup>. Pero ello no significa que la introducción del concepto genere inseguridad jurídica. Simplemente supone que es necesario ir perfilando jurisprudencialmente las condiciones de este tipo de control, en espera de una reforma constitucional que despeje desde la raíz todas las dudas que pueden llegar a surgir de la atribución de esta competencia a los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Una de las dudas tiene que ver con el tipo de tratados que pueden ser utilizados como parámetro del control de convencionalidad. Podría llegar a sostenerse que los tratados incorporados al ordenamiento español según el procedimiento previsto en el art. 94.2 CE solo serían parámetro de control de convencionalidad de las leyes posteriores, pero no de las anteriores<sup>30</sup>. Pero lo cierto es que ninguna jerarquización entre los diferentes tipos de tratados —según su modalidad de incorporación al ordenamiento interno—, establece el art. 96 CE. De modo tal que, el único requisito *sine qua non* para que se proyecte el control de convencionalidad sobre una ley, usando como parámetro un tratado es que este, según la definición del art. 2.1 de la Ley de tratados haya sido válidamente celebrado en España.

Sin duda alguna los tratados de derechos humanos tienen una singular posición que deriva del mandato interpretativo obligatorio contenido en el art. 10.2 CE. Pero si nos encontramos ante este tipo de tratados, quizá el órgano judicial deberá formular un razonamiento más complejo que el del mero control de convencionalidad y plantearse la alternativa entre elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional o aplicar el control de convencionalidad<sup>31</sup>. Alternativa, por cierto, que también se plantea en los supuestos en que una norma interna pueda llegar a entrar en conflicto con una de la Unión Europea en la que se contemplan materias, como los derechos fundamentales, con reflejo constitucional<sup>32</sup>.

Una segunda cuestión que plantea la doctrina se refiere a la disparidad de criterios aplicativos que pueden surgir entre distintos órganos jurisdiccionales.

<sup>29</sup> En este mismo sentido Jimena Quesada, L. *op. cit.*, nota 10, p. 436.

<sup>30</sup> Alonso García, R., *op. cit.*, nota 17, p. 24, nota al pie 16.

<sup>31</sup> En este sentido Perotti Pincirolì, I. G., *op. cit.* nota 11.

<sup>32</sup> Véase, a este respecto, el trabajo de Cruz Villalón, P., Requejo Pagés, J.L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19-50, 2015, pp. 173-194

Efectivamente este riesgo existe, como existe respecto de cualquier otro criterio pretorio de solución de antinomias. En estos supuestos la ausencia de criterios legales orientativos concretos no ayuda, y la falta de un desarrollo más exhaustivo de la noción jurisprudencial tampoco, de manera que resulta deseable profundizar en la mejora de esos criterios, existiendo el recurso de casación para la unificación de doctrina como instrumento procesal útil para ello. Y, en último extremo, la supervisión constitucional por las dos vías previamente descritas, cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.

Y, un tercer problema, tiene que ver con el eventual conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional a la hora de examinar el ajuste convencional de una ley. Un ejemplo práctico de este potencial conflicto se identifica al leer el contenido de la STC 118/2019, de 16 de octubre, y el de la STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero<sup>33</sup>.

La sentencia constitucional desestima una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, que preveía el despido en caso de absentismo laboral, incluso en los supuestos en que las faltas al trabajo tuvieran justificación médica, siempre y cuando se sobrepasara un determinado número de ausencias en un período de tiempo concreto. Excediendo lo previsto en la STC 140/2018, el Tribunal formula en este caso un juicio implícito de convencionalidad, en un *obiter dicta* contenido en el FJ 6. A pesar de reconocer en un párrafo que la presunta contradicción del art. 52 d) LET y el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT planteada en el auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad, sería objeto de un control de convencionalidad que no le compete hacer, en el párrafo subsiguiente afirma: «Sin perjuicio de cuanto acaba de indicarse, valga advertir que no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT». E, inmediatamente, se justifica tal posición formulando un juicio positivo de convencionalidad respecto de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia<sup>34</sup>, posterior en el tiempo, mantiene un criterio contrario al que se estableció en el *obiter dicta* constitucional, al entender que la norma del Estatuto de los Trabajadores necesaria

<sup>33</sup> Véanse, en relación con esta cuestión, los comentarios de Cialti, P.H., «Extinción del contrato de trabajo: el despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad: STSJ Cataluña 17 de enero de 2020», en *Temas Laborales*, 152, 2020, pp. 301-317.

<sup>34</sup> En la misma línea STSJ CLM 327/2022, de 8 de febrero; STSJ CLM 1829/2021, de 1 de diciembre; STSJ CAT 5336/2021, de 28 de abril; STSJ CAT 1709/2021 de 18 de febrero; STSJ EXT 95/2020 de 23 de enero; STSJ CAT 1/2020, de 17 de enero; STSJ CL 475/2020, de 29 de enero; STSJ CL 5230/2019, de 20 de diciembre.

para resolver el caso concreto, era contraria al párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, por lo que, en aplicación del control de convencionalidad, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desplazó la aplicación del ET, aplicando directamente el tratado de la OIT, y considerando nulo el despido de una empleada por absentismo laboral reiterado aunque justificado por razones médicas. Este conflicto interpretativo será resuelto por el legislador que deroga la letra d) del art. 52 ET, por el art. único de la Ley 1/2020, de 15 de julio.

Conuerdo con Ricardo Alonso cuando manifiesta su preocupación sobre la posibilidad de que se reproduzcan «en el terreno de la convencionalidad los episodios de confrontación, en ocasiones muy tensos, vividos al hilo de la delimitación fronteriza entre la constitucionalidad y la legalidad ordinaria»<sup>35</sup>. Pero, sin embargo, no creo que sea adecuado atajar ese riesgo suprimiendo un control de convencionalidad atribuido a los órganos jurisdiccionales, cuando la derivación de este al Tribunal Constitucional no me parece posible, habida cuenta de la dicción literal del art. 96 CE, y de la jurisprudencia previa que define su alcance. Creo que la alternativa a un control de convencionalidad atribuido a los jueces no es un control de convencionalidad atribuido al Tribunal Constitucional en el estado actual de las cosas. Porque no me parece posible, con el entramado normativo que tenemos, dar ese salto lógico. Así que la alternativa al control de convencionalidad efectuado por los jueces es la irrelevancia del control de convencionalidad en la línea de lo acontecido hasta la fecha<sup>36</sup>.

## 5. Los escenarios de futuro

### 4.1. LA PARADOJA DE LA ACEPTACIÓN

En palabras de Marc Guerrini, «en la ciencia política, la paradoja de la aceptación se refiere a la situación en la que una institución acepta asumir una tarea que implica nuevas responsabilidades, al tiempo que es consciente de los benefi-

<sup>35</sup> Alonso García, R., *op. cit.*, nota 17, p. 29.

<sup>36</sup> Luis Jimena también minimiza el riesgo del conflicto afirmando que «de un lado, el ejercicio del control difuso de convencionalidad reviste cuantitativamente un carácter más excepcional y cualitativamente una naturaleza más sencilla que la puesta en práctica, más cotidiana y compleja, de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE por los órganos jurisdiccionales ordinarios, habiendo sido aceptada esta segunda práctica hasta con cierto entusiasmo y sin rasgarnos las vestiduras; y, de otro lado, en el supuesto de verificarse la reseñada eventualidad de desatinada aprehensión del estándar internacional utilizado para descartar la aplicación de la norma nacional, el propio TC se reserva, en virtud de la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, enmendar esa incorrección (con objeto de no comprometer los derechos fundamentales de las partes en el proceso)». Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, pp. 443-444.

cios que dicha tarea puede aportar en el futuro»<sup>37</sup>. A mi juicio, la jurisdicción ordinaria se encuentra, ahora mismo, en España, ante la paradoja de la aceptación del control de convencionalidad. Una aceptación que puede llevar a los jueces y tribunales ordinarios a capitalizar las implicaciones del ejercicio de dicho control, pero que actualmente aparenta haberse visto paralizada por las muchas dudas que surgen (en la doctrina y en la práctica) en torno al control de convencionalidad.

Quizá estas vacilaciones fueran menos si existiera mayor desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. Pero ese desarrollo no ha existido, o ha existido con muy escaso alcance. En una primera fase, algunos pronunciamientos pusieron de manifiesto la efectiva aplicación de este control de convencionalidad en sede jurisdiccional ordinaria. Pero, lo mismo que había sucedido antes de la aprobación de la STC 140/2018, la aceptación fue menos paradójica para la jurisdicción social<sup>38</sup> que para las demás<sup>39</sup>, y la tendencia no parece haberse consolidado, pese a algunos ejemplos destacables de lo contrario<sup>40</sup>. Así la STS 4613/2021, de 15 de diciembre de 2021<sup>41</sup> desplaza una norma procesal nacional para dar la opción de una segunda instancia, y varias sentencias de distintos TSJ aplican con preferencia la Carta Social Europea<sup>42</sup> o

<sup>37</sup> Guerrini, M., «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation» en RDLF, 21, 2017

<sup>38</sup> Pone el acento en la virtualidad del control de convencionalidad de cara al refuerzo de los derechos sociales el trabajo de Llobera Vila, M., «El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales, STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre» en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, julio 2019, p. 252-262. También lo hace el mismo ponente de la sentencia en un texto académico sucesivo: Valdés Dal-Ré, E., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, enero 2020, pp. 1-7.

<sup>39</sup> Véanse, en este sentido, la STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 12 de marzo de 2019; STSJ Cataluña 9 abril 2019; STSJ Galicia 26 de abril de 2019; STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria 2 de julio de 2019; SJS núm. 1 de Palma de Mallorca, de 26 de julio de 2019; STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 27 de agosto de 2019. En el orden contencioso-administrativo y en Audiencias Provinciales igualmente se refleja la cita a la STC 140/2018, pero con referencia preferente al FJ 5º: —SAP Barcelona, de 12 de abril de 2019; STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2019; SAP Barcelona, de 27 de junio de 2019; SAP Barcelona de 15 de julio de 2019; SAP Madrid de 16 de julio de 2019; STSJ Madrid de 24 de julio de 2019; y Auto del Tribunal Supremo de 1 de julio 2019.

<sup>40</sup> Me limito a citar algunos ejemplos y remito, para profundizar en este punto, al trabajo de Perotti Pinciroli, I. G., *op. cit.* nota 11.

<sup>41</sup> Se afirma en este pronunciamiento, tras citar las SCT 140/2018: «Viene a cuento la cita de esta doctrina constitucional porque, en el presente caso, la parte recurrente no dispuso de la posibilidad de recurrir en casación por aplicación de la regla de cuantía establecida en el artículo 86.2 b) de la LJCA, al ser la concreta cuantía del pleito inferior a la suma gravaminis indicada en ese precepto. Una vez afirmado por el TEDH que la parte debería haber dispuesto en todo caso de la oportunidad de la doble instancia, la reparación de la vulneración apreciada por este Tribunal pasa por remover, mediante su inaplicación, la cláusula legal que impidió la articulación de esa doble instancia».

<sup>42</sup> STSJ CAT 2139/2022, de 25 de febrero y STSJ GAL 2333/2019, de 26 de abril de 2019.

algún convenio de la OIT<sup>43</sup>, existiendo alguna confusión todavía entre la aplicación del control de convencionalidad y la proyección del art. 10.2 CE<sup>44</sup>.

Y, en sede constitucional, como ya se ha expuesto, solo la STC 80/2019, de 17 de junio aplica correctamente la STC 140/2018, mientras que la desdice en la práctica, la STC 118/2019, al aplicar el control de convencionalidad de forma improcedente y generar el tan temido conflicto con la jurisdicción ordinaria.

## 5.2. LA RECUPERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA COMPETENCIA

Como se ha expuesto en los párrafos precedentes, la noción del control de convencionalidad dentro del ordenamiento jurídico español es un concepto de creación jurisprudencial, que se deriva sin dificultad de una interpretación sostenida por la jurisprudencia constitucional en relación con la interpretación del art. 96 CE. Pero ningún *overruling* es imposible si media motivación suficiente en relación con el apartamiento del precedente.

Por tanto, nada impediría definir el control de convencionalidad como un juicio de validez de la norma, equivalente al control de constitucionalidad con un parámetro ampliado hacia los tratados internacionales. Dicho de otro modo, basándose en la prohibición de modificar por ley un tratado, que establece el art. 96 CE, podría tenerse a los tratados como integrantes del bloque de constitucionalidad y, por ello, parámetro de control de las normas exclusivamente internas con rango de ley. Incluso podría considerarse que la oposición entre tratado y ley pudiera formularse como una oposición de la ley al art. 96 CE, provocando la inconstitucionalidad mediata de la norma nacional. Cualquiera de las dos interpretaciones permitiría atribuir el control al Tribunal Constitucional, porque la cuestión del foro es una cuestión dependiente de la previa y principal relativa a la naturaleza o modalidad del control. El control de aplicabilidad es propio de la jurisdicción ordinaria. El control de validez de la norma incumbe a la jurisdicción constitucional.

Frente a la posición de los autores que defiende la naturaleza supralegal de los tratados<sup>45</sup>, y que por tanto podrían llegar a asumir una modificación jurisprudencial de la noción de control de convencionalidad, a mi juicio este tipo de reflexión nos devuelve a una discusión antigua, sobre si la resistencia de una norma a ser derogada y su propia capacidad para derogar otras supone superioridad de la

<sup>43</sup> STSJ CAT 6762/2021, de 14 de julio; STSJ CAT 5695/2021, de 20 de mayo; STSJ CAT 5756/2021, de 23 de abril.

<sup>44</sup> STSJ CAT 8847/2021, de 26 de octubre, sobre el Protocolo 1 CEDH.

<sup>45</sup> Alonso García, R., *op. cit.*, nota 17, p. 24 o Morón Pérez, M.C., *op. cit.*, nota 13.

que ostenta esta fuerza frente a aquellas a las que se opone. Pero esta no es una discusión que haya interesado al Tribunal en la STC 140/2018, y puede convertirse en una discusión paralizante en torno a las ideas de jerarquía<sup>46</sup>, primacía, supremacía, supralegalidad, etc. Una discusión en que se sigue imponiendo una visión del sistema de fuentes a través de una estructura piramidal cuyas bases se quiebran desde la aceptación de la cultura del constitucionalismo multinivel, o del constitucionalismo dialógico. Desde el momento en que pensamos en las fuentes de origen externo, en su fórmula de elaboración, en la casi inexistente participación real del legislador en ese procedimiento, y en la todavía mucho menor realidad del control de constitucionalidad de los tratados, asumimos que la proclamación de la supralegalidad puede inducir a quiebras del modelo de división de poderes basado en el control de las instituciones que los ejercen difíciles de asumir. Por esto esta posición, que podría reforzar las quiebras de seguridad jurídica a las que se ha hecho previamente referencia, supondría un menoscabo de otros principios igualmente esenciales del Estado de Derecho.

Sin necesidad de asumir este paradigma argumental que, insisto, no me parece adecuado, creo que el Tribunal puede reforzar su posición en el marco del control de convencionalidad que ha definido a través de un recurso efectivo y riguroso al art. 24 CE, en la línea de lo contenido en la STC 80/2019, de 17 de junio. Es decir, puede abrirse una puerta a revisar el juicio de convencionalidad siempre que en un recurso de amparo se plantee que la lesión del derecho invocado, o del derecho a la tutela judicial efectiva, procede en realidad de una inadecuada selección de la norma aplicable porque se pretirió el tratado frente a la ley.

Adicionalmente el Tribunal puede reforzar su posición como última ratio respondiendo adecuadamente a las cuestiones de inconstitucionalidad en las que se formule, simultáneamente una duda de convencionalidad, Aunque esto fue lo que el Tribunal intentó en la STC 118/2019 errando la amplitud de su juicio.

### 5.3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Afirma Luis Jimena que la consagración del control difuso de constitucionalidad por nuestra Jurisdicción Constitucional mediante el FJ 6 de la STC 140/2018 debe entenderse como una respuesta positiva al desafío de perfeccionamiento de nuestro sistema constitucional de fuentes<sup>47</sup>. A mi juicio el perfeccionamiento pasa, necesariamente, por una modificación del art. 96 CE que, o bien

<sup>46</sup> Plantea la reflexión sobre la aplicación preferente de los tratados, en términos de jerarquía Morón Pérez, M.C., *op. cit.*, nota 13, p. 766.

<sup>47</sup> Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, p. 459.

integre plenamente el contenido que la jurisprudencia constitucional ha atribuido al control de convencionalidad, de modo que los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria tengan menos dificultades para afrontar la paradoja de la aceptación, o bien modifique absolutamente el planteamiento y reconozca rango o fuerza constitucional a los tratados, o al menos a algunos de ellos, para pasar a integrarlos como parte inequívoca del bloque de la constitucional y parámetro del control de constitucionalidad de las normas internas con rango de ley.

## 6. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, mayo-agosto 2020, p. 11-52.
- CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015.
- CIALTI, P. H., «Extinción del contrato de trabajo: el despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad: STSJ Cataluña 17 de enero de 2020», en *Temas Laborales*, 152, 2020, p. 301-317.
- CRUZ VILLALÓN, P., Requejo Pagés, J.L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19-50, 2015, pp. 173-194
- FONDEVILA MARÓN, M., «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23, 2, julio-diciembre 2019, p. 439-458.
- GUERRINI, M., «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation», en *RDLF*, 21, 2017.
- JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de tutela multinivel de derechos*. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- JIMENA QUESADA, L., «La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, julio 2019.
- LLOBERA VILA, M., «El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales, STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre» en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, julio 2019, p. 252-262.
- MORÓN PÉREZ, M. C. «La eficacia interna del CEDH en el ordenamiento tributario español: análisis crítico de la doctrina del TC sobre el control de conven-



- cionalidad», en *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 747-780.
- PEROTTI PINCIROLI, I. G., «El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿una importación defectuosa?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, junio 2021.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 27, 2014.
- VÁLDÉS DAL-RÉ, F., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, enero 2020, pp. 1-7.



# ¿HACIA UN CONTROL PREVENTIVO DE CONVENCIONALIDAD? EL PROTOCOLO 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

En forma general, podría definirse el control de convencionalidad como la revisión por un órgano jurisdiccional del ajuste de la normativa nacional a los mandatos de un tratado internacional de protección de derechos humanos. La cuestión relativa a la existencia de ese control y a quién y cómo debe ejercerlo se planteó inicialmente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y, posteriormente, en menor medida, en el sistema europeo. En realidad, la discusión al respecto representa una proyección de un tema general en Derecho internacional, esto es, como deben integrarse sin contradicciones diversos niveles normativos, usualmente (aunque no sólo<sup>1</sup>) un nivel nacional y un nivel inter o supranacional. Se trata de un tema relativamente nuevo (en términos históricos) en el mundo del Derecho, caracterizado al menos desde 1648 por el predominio del principio de la soberanía de los Estados (*Rex in regno suo est imperator*) y que se plantea a raíz de la aparición de organizaciones internacionales que se dotan de normativas de carácter vinculante, cuya observancia se ve garantizada jurisdiccionalmente.

La dificultad para que ese carácter vinculante sea efectivo deriva de que usualmente los sistemas normativos en juego (el nacional y el supra o internacional) se atribuyen una posición de supremacía, lo que puede conducir a conflictos respecto de la aplicación de las respectivas normas: como ejemplo más frecuente, el conflicto respecto de la sujeción de mandatos constitucionales a mandatos inter o supra nacionales. Valga como ejemplo la decisión del Tribunal Constitucional de Polonia declarando contraria a la Constitución polaca el artículo 6 del Convenio

---

<sup>1</sup> Piénsese por ejemplo en las dificultades para integrar coherentemente los sistemas derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tratado de la Unión Europea.

Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo<sup>2</sup>. Y no podemos contar, ni en la doctrina académica, ni en los textos legales con una construcción universalmente aceptada sobre los principios que deben regir las relaciones entre los distintos niveles, de manera que los eventuales conflictos se resuelven caso por caso, sobre todo por órganos jurisdiccionales. El mantenimiento hasta el momento, con relativo éxito, de la coexistencia práctica entre los diversos niveles normativos es sobre todo obra de la jurisprudencia, haciendo efectiva la famosa afirmación del juez Holmes de que «la profecía sobre lo que van a hacer los jueces, y no otra cosa, es lo que yo entiendo por Derecho».

Desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales de nivel internacional, el principio básico es, obviamente, la supremacía de las normas internacionales sobre los mandatos internos, incluso los de rango constitucional. Ahora bien, la forma en que este principio se ha plasmado en la práctica varía notablemente. Centrándonos ahora en lo que se refiere a los sistemas interamericano y europeo de protección de derechos humanos, podrían distinguirse tres fórmulas diferenciadas. Por una parte, lo que podríamos llamar vía dura, en el sistema interamericano, representada por la aplicación de un control judicial de convencionalidad; por otra parte, una vía suave, seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiende a un ajuste casuístico de las normativas nacional e internacional; y finalmente, una vía que pudiera apuntarse en el sistema europeo, y que, con todas las precauciones, podría considerarse como un embrión de un control previo de convencionalidad.

En cuanto a la vía «dura», podría considerarse como tal la posición adoptada por la Corte Interamericana a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile*, mediante la adopción del principio de control jurisdiccional de convencionalidad de las normas internas, y aún más, un control de convencionalidad que podríamos denominar difuso, esto es, llevado a cabo no sólo por la Corte de San José, sino por las autoridades (sobre todo judiciales) de los Estados partes del Convenio. Por lo que se refiere a las autoridades judiciales, la fuerza vinculante de la Convención (en la forma en que la Corte la interprete) les obligaría, dentro de las vías establecidas en cada ordenamiento, a la inaplicación de las normas internas que se opongan a aquella.

Valga señalar que hasta el momento no ha sido ésta la vía adoptada por el Tribunal de Estrasburgo, que en su jurisprudencia ha seguido una línea «suave».<sup>3</sup> Ha preferido, en caso de claro conflicto con el Convenio de normas domésticas, centrarse en la declaración de la violación en el caso de un derecho del Convenio, adoptando, eventualmente, dos tipos de técnicas correctoras. Por un

<sup>2</sup> Sentencia K 6/21 de 24 de noviembre de 2021.

<sup>3</sup> Me remito a mis consideraciones en *Protección multinivel 146-147 los derechos humanos. Sistemas europeo e interamericano*, Lima, Palestra, 2021, Cap. XII, «El diálogo entre los Tribunales Europeo e Interamericano de Derechos Humanos» pp. 239-266, esp. pps. 260-261.

lado, en los razonamientos de la sentencia, señalando al Estado condenado, con referencia al artículo 46 del Convenio, la necesidad de eliminar situaciones sistémicas que pudieran conducir a violaciones generalizadas de derechos reconocidos en el mismo. Por otro, y con mayores consecuencias, utilizando el mecanismo de las sentencias piloto, consistente en la selección de un caso concreto, de entre casos repetitivos planteados contra un Estado, y al resolverlo, señalar el problema de índole sistémica (en muchos casos normativa) apuntando las líneas generales para resolverlo, y concediendo un plazo al Estado en cuestión para que lleve a cabo las necesarias reformas. Y ello ya en la parte operativa (fallo) de la sentencia.

A pesar de que estos procedimientos han supuesto sin duda una ayuda a la hora de disminuir (o al menos de frenar) la afluencia de casos al Tribunal de Estrasburgo, el problema de superabundancia de demandas ante el Tribunal ha llevado a los Estados miembros a buscar fórmulas adicionales que facilitaran el trabajo de éste. Una de ellas ha sido la representada por la aprobación del Protocolo 16 al Convenio, Protocolo que ha entrado en vigor en 2018, al haber sido ratificado por diez Estados, y que introduce un nuevo procedimiento, el de la opinión consultiva: según el artículo 1 del Protocolo, los órganos jurisdiccionales de mayor rango de un Estado miembro, en el marco de un asunto del que estén conociendo, podrán solicitar al Tribunal que emita una opinión consultiva sobre la interpretación y aplicación de los mandatos del Convenio.

Las particularidades de este procedimiento le diferencian de otros procedimientos de consulta en niveles internacionales. Así, si bien dentro del mismo Convenio, su artículo 47 prevé una solicitud de opinión al Tribunal por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a diferencia de lo previsto en el Protocolo 16, tal opinión no es solicitada por órganos jurisdiccionales, ni puede versar sobre cuestiones relativas a los derechos del Convenio. Con respecto a la Convención Americana, la posibilidad de una consulta a la Corte de San José, prevista en su artículo 64, si bien se puede referir a la interpretación de la Convención, se trata de una consulta abierta a los Estados (no a sus órganos jurisdiccionales) o a órganos de la OEA.

En esta línea, puede señalarse que la creación de este procedimiento se inspiró, como es, obvio, en el mecanismo de cuestión prejudicial del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pero las previsiones del Protocolo 16 tiene diferencias muy claramente con la opinión consultiva de la cuestión prejudicial. Son especialmente relevantes las diferencias entre el procedimiento de la opinión consultiva y el de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El procedimiento ante Estrasburgo se establece en un Protocolo anexo al Convenio, no en el texto del mismo; únicamente los tribunales de los Estados que suscriban el Protocolo podrán acogerse a esta vía, mientras que el procedimiento de la cuestión prejudicial es elemento esencial del funcionamiento de la Unión, aplicable en todos

los Estado miembros. La solicitud de opinión estará abierta únicamente a los altos Tribunales (a designar por los Estados) y no a todo tribunal. Por otra parte, la solicitud de opinión será siempre optativa (frente a lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE respecto de los Tribunales de última instancia) y sobre todo, se trata, al menos en teoría de una opinión consultiva, no vinculante.

La adopción de la vía de la opinión consultiva puede explicarse por diversas razones: fundamentalmente, la de hacer posible que fueran los propios órganos jurisdiccionales nacionales los que, a la vista de la opinión del Tribunal, adoptaran pautas de conducta generales (no sólo la interpretación adecuada de las normas internas, sino incluso en su caso, y por los procedimientos adecuados, la iniciación o el impulso a la reforma de normas contrarias al Convenio) que redujeran las violaciones del Convenio y la necesidad de acudir al Tribunal de Estrasburgo. Se trataría, pues, de una vía preventiva de futuras y eventuales vulneraciones del Convenio, que además implicaría una mayor intercomunicación entre los tribunales nacionales y el Tribunal Europeo; en ocasiones se llamó a este Protocolo «el Protocolo del diálogo». En efecto, ante cuestiones que afectan al respeto de derechos humanos, derivadas de los fallos sistémicos de un ordenamiento (entre ellos los derivados de una normativa contraria al Convenio) afectando a una amplitud de casos, los altos tribunales nacionales, antes de adoptar una línea jurisprudencial general, consultarían al Tribunal de Estrasburgo, a efectos de clarificar el contenido del Convenio. Y, al aplicar en forma general la opinión del Tribunal, evitarían el planteamiento de casos ante éste.

¿Se han cumplido estas esperanzas? Ciertamente, y a la vista del ritmo con que usualmente se desarrollan y aplican las innovaciones de este tipo, todavía es pronto para opinar al respecto. Pero los signos de la eficiencia del nuevo sistema no son alentadores.

Por una parte, el Protocolo 16 ha sido hasta ahora ratificado por un número reducido de Estados (dieciséis de los cuarenta y seis firmantes del Convenio); entre los países que no lo han ratificado figuran Reino Unido, Alemania, Italia y España, entre otros.

Por otro lado, las opiniones solicitadas y emitidas, hasta el momento, han sido escasas. El Tribunal ha emitido tres opiniones e inadmitido una solicitud de opinión. A la hora de escribirse estas líneas, hay tres solicitudes de opinión pendientes. Alguna reflexión sobre la labor del Tribunal puede resultar útil para evaluar el funcionamiento del procedimiento y sus perspectivas.

La primera opinión emitida por el Tribunal fue en respuesta a una petición de la Corte de casación francesa, sobre el tema del reconocimiento de la maternidad subrogada. En el caso, una pareja casada había contratado la gestación subrogada, con los gametos únicamente del padre. En el país donde se llevó a cabo la gestación fue posible inscribir al niño como hijo de ambos miembros del matri-

monio. Ahora bien, en Francia, al no reconocerse los efectos legales de la maternidad subrogada, sólo fue posible inscribir la paternidad del padre «biológico» pero no la maternidad de la madre «legal». La Corte de Casación preguntó al Tribunal de Estrasburgo sobre la interpretación del artículo 8 del Convenio, en el sentido de si debía registrarse la paternidad y maternidad de ambos cónyuges, y si la adopción por parte de la madre «legal» sería suficiente.

El Tribunal de Estrasburgo, en su Opinión contestó que al no existir un consenso entre los países del Convenio sobre el registro de maternidades no biológicas (esto es, resultantes de un contrato de gestación subrogada), los Estado dispondrían de un amplio margen de apreciación al respecto. Pero en todo caso (siguiendo su doctrina en *Menesson c. Francia*) era necesario respetar en todo caso el interés superior del niño, y habría que establecer fórmulas para ello, no necesariamente el reconocimiento de la inscripción en otro país. En cuanto a la adopción, podría ser una vía apropiada, siempre que se llevase a cabo con rapidez, a efectos de garantizar la seguridad jurídica de la posición familiar del niño.<sup>4</sup>

La segunda Opinión, última hasta el momento, se refiere a varias preguntas del Tribunal Constitucional de Armenia sobre la compatibilidad con el artículo 7 del Convenio, y los principios de legalidad e irretroactividad, de la existencia de normas penales en blanco, esto es, el establecimiento de penas para delitos cuya precisión debe realizarse por otra norma. En su Opinión, el Tribunal contestó que son compatibles las remisiones «en blanco» si de ellas resulta una clara previsibilidad de la conducta sancionada. En cuanto a la irretroactividad, el Tribunal señaló que, en todo caso debe aplicarse aquella norma de la que resulte una menor penalidad para el afectado.<sup>5</sup>

La tercera y por el momento última opinión del Tribunal se refiere a la pregunta del Tribunal Supremo Administrativo de Lituania sobre la compatibilidad con el Convenio (artículo 3 del protocolo 1) de la prohibición de presentarse como candidato a las elecciones legislativas a quien hubiera sido desprovisto previamente de su cargo como consecuencia de un proceso de acusación (*impeachment*) parlamentario. El Tribunal en su Opinión estableció que una prohibición de ese tipo debería tener en cuenta fundamentalmente, no los hechos causantes del *impeachment*, sino primariamente qué funciones podría ejercer el afectado si dispusiera de un mandato parlamentario, y si podría perjudicar el adecuado funcionamiento en el futuro de la institución parlamentaria.<sup>6</sup>

En cuanto a los asuntos pendientes hasta el momento, se trata por una parte, de una pregunta de la Corte de Casación francesa sobre la limitación de los dere-

---

<sup>4</sup> Opinión de 10 de abril de 2019, P16-2018-001

<sup>5</sup> Opinión de 29 de mayo de 2020, P16-2019-001

<sup>6</sup> Opinión de 8 de abril de 2022, P16-2020-002

chos de propiedad (artículo 1 del Protocolo Número 1) por normas permitiendo la caza en determinadas áreas; por otra, de una pregunta del Tribunal Constitucional de Armenia sobre si son compatibles con el Convenio (artículo 3) las normas que limitan la prescripción de los delitos de tortura.

Por último, valga señalar que el Tribunal inadmitió una petición de Opinión consultiva por el Tribunal Constitucional de Eslovaquia referente a la compatibilidad con las garantías procesales del artículo 6 de una investigación de carácter penal por el Ministerio del Interior. Rechazó igualmente, por no ajustarse a los presupuestos del Protocolo 16 (remisión por un órgano jurisdiccional) una petición de Opinión por parte del Comité de Bioética establecido por el Convenio de Oviedo.

Sobre esta lista de casos resueltos o por resolver cabe efectuar algunas observaciones, que no dejan de arrojar dudas sobre si el nuevo mecanismo procesal cumplirá con las esperanzas en él puestas. Desde luego, el uso que se ha hecho de esta vía ha sido muy limitado: cinco solicitudes (seis, si tenemos en cuenta la formulada por el Comité de Bioética del Convenio de Oviedo y rechazada por el Tribunal); tres Opiniones, una decisión de inadmisión y dos casos pendientes. Ello, casi cuatro años desde la entrada en vigor del Protocolo, y cuando, a pesar de que las ratificaciones del Protocolo han sido reducidas, podría haberse esperado una mayor utilización de esta vía procesal.

Pero además, parece dudoso, a la vista de la naturaleza de las cuestiones planteadas, que el procedimiento de la opinión consultiva pueda suponer una reducción significativa de la carga de trabajo del Tribunal. Una de las razones para adoptar el nuevo procedimiento fue la previsión de que, al hacer posible que los tribunales nacionales emplearan los criterios suministrados por el Tribunal de Estrasburgo para resolver un número considerable de casos derivados de insuficiencias «sistémicas» de los respectivos ordenamientos, el número de demandas «repetitivas», como las resueltas mediante la técnica de las sentencias piloto disminuiría. Pues bien, los temas sometidos hasta ahora en virtud del Protocolo 16 a la opinión del Tribunal (tanto los resueltos como los pendientes) no parece que correspondan a categorías cuantitativamente relevantes que pudieran haber dado lugar a un gran número de posibles demandas ante el Tribunal. Se trata de cuestiones que muy probablemente afectarán a un número reducido de personas (incluso en lo que se refiere a un tema como la gestación subrogada), o al menos, que no darán lugar a la presentación masiva de demandas por vulneraciones repetitivas de los mandatos del Convenio derivadas de disfunciones sistémica del ordenamiento. Piénsese que la técnica de las sentencias piloto se ha aplicado en supuestos de cientos y aún miles de demandas repetitivas: no parece que las materias tratadas hasta ahora en el procedimiento de opinión consultiva puedan dar lugar a ese tipo de afluencia de demandas.



CAPÍTULO XIV  
COVID-19, PARLAMENTO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL



## PRESENTACIÓN

PALOMA BIGLINO CAMPOS  
*Catedrática de la Universidad de Valladolid*

En los últimos días de 2019 asistíamos con estupefacción a las medidas que las autoridades chinas estaban tomando para hacer frente a los casos de Covid-19 que habían comenzado a extenderse dentro de sus fronteras. Observábamos atónitos los confinamientos de barrios enteros, la prohibición de salidas de domicilio, el cierre de fábricas y de locales comerciales. En aquellos momentos pensábamos que la enfermedad no podía llegarnos, porque nuestras estructuras sanitarias eran mejores. También creíamos que las restricciones impuestas por el gobierno de ese país no podían reproducirse en Estados democráticos como los nuestros. Cuando escuchábamos o leíamos las noticias, todo lo que sucedía en China nos parecía tan ajeno como la peste negra que asoló a Europa durante el siglo XIV o la gripe española que azotó al mundo a principios del siglo pasado.

Pocos meses después, en marzo de 2020, se declaró el estado de alarma en España. Las medidas restrictivas de libertades adoptadas para luchar contra la pandemia, que poco antes nos parecían inimaginables, comenzaron a afectarnos. Las calles se vaciaron y el país se detuvo. Si algo caracteriza a esos meses es el profundo silencio que lo dominaba todo.

Ya han pasado más de dos años desde que comenzó la pandemia y parece que, lentamente, volvemos a la normalidad. Los medios de comunicación han dejado de informar sobre la evolución de la enfermedad a diario y se centran en otros temas de actualidad. No sabemos todavía si este regreso a la vida de antes será definitivo o si, como ha ocurrido ya en otras ocasiones, estamos en el valle que separa dos oleadas sucesivas de la enfermedad.

Podría, pues, afirmarse que es pronto para hacer un diagnóstico de lo que ha sucedido, porque nada excluye que pueda volver a suceder. Ahora bien, esperar a que todo haya acabado suscita riesgos que, a lo mejor, no es conveniente correr. El

diagnóstico resulta útil mientras el paciente está enfermo: cuando se ha sanado, carece ya de sentido; si ha fallecido, lo único que queda es realizar una autopsia.

Los efectos de la lucha contra la pandemia han sido intensos y extensos. Intensos, porque han impregnado a todos los elementos que integran el constitucionalismo. Extensos, porque se han proyectado sobre todos los países, sin excepción. No tenemos demasiados datos sobre algunos Estados, pero no me consta que ninguno se haya salvado de la enfermedad.

El principio democrático, que constituye el fundamento de nuestros sistemas políticos, ha experimentado graves reveses. Durante la pandemia se suspendieron elecciones y se alteraron las reglas esenciales de votación. En algunos países los enfermos no pudieron votar mientras que, en otros, para que pudieran hacerlo se establecieron procedimientos debilitaban la personalidad en la emisión del sufragio. En casi todos los sistemas, el parlamento dejó de reunirse o lo hizo lo menos posible. Es totalmente legítimo salvaguardar la vida de representantes y trabajadores de las cámaras. Ahora bien, no cabe desconocer que esa ausencia ha reforzado todavía más el papel directivo que, en todos los sistemas políticos, asume el ejecutivo.

Junto a ello, ha sufrido el Estado de Derecho. En algunos sistemas, el Tribunal Constitucional no reaccionó a tiempo a la hora de comprobar si lo que hacían los gobiernos era siempre conforme a constitución. La jurisdicción ordinaria tampoco ha podido acomodarse a las nuevas circunstancias con la agilidad que cabía esperar. También la suspensión de plazos procesales quizás fuera necesaria para salvar vidas, pero inevitablemente limitó a la tutela judicial. Con el objetivo de evitar este efecto indeseado se han introducido, en muchos sistemas jurídicos, nuevas formas de comunicación telemáticas que no siempre han dado buen resultado. Esto demuestra que, a veces, sólo se puede hacer frente a las crisis introduciendo bruscos cambios, pero también que las épocas de turbulencia no son las mejores para modificar las formas de trabajo.

Aunque, como se acaba de señalar, la lucha contra la pandemia afectó a la democracia y el Estado de Derecho, todavía incidió con mayor intensidad sobre los derechos porque, en este caso, las restricciones recayeron directamente sobre los ciudadanos. En otras ocasiones he tenido ocasión de referirme al retroceso que han experimentado derechos sociales como son la educación y la sanidad, en perjuicio de la igualdad, que es cada vez menos real y efectiva. Las cosas no han ido mejor con los derechos de libertad y, especialmente, con la libertad de movimiento. Las limitaciones a esta última han tenido un efecto irradiador porque los confinamientos supusieron la imposibilidad de ejercer otros derechos, como los de culto, reunión, trabajo o libertad de empresa.

En España, el Tribunal Constitucional acabó declarando la inconstitucionalidad del primer estado de alarma, que había establecido severas limitaciones sobre todas estas facultades. El principal argumento de la STC 148/2021 consiste en

que el RD 463/2000 no limitó, sino que suspendió la libre circulación de personas. Para el Tribunal, es inherente al derecho la facultad de circular sin restricciones en las vías o espacios de uso público, con independencia de la finalidad con que se haga y sin necesidad de dar razón a la autoridad. Pues bien, la declaración del estado de alarma transformó esta regla general en excepción, porque sólo permitía circular en determinadas circunstancias y para determinadas finalidades. El Tribunal Constitucional no excluye que esta restricción tan intensa pueda darse en nuestro ordenamiento. Ahora bien, exige que se haga mediante la declaración del estado de excepción, que exige mayor intervención del parlamento.

Dejo para otro momento un análisis más profundo de esa decisión, que no ha estado exenta de polémicas. El problema principal que suscita no es sólo su contenido que, como ocurre siempre en el mundo del Derecho, está sujeto a debate. La Sentencia también obliga a reflexionar acerca de algunas dificultades que afectan a la posición que la justicia constitucional tiene en nuestro sistema jurídico.

Desde que se declaró el estado de alarma hasta que el Tribunal Constitucional dictó sentencia trascurrió un año y medio. Durante todo este tiempo, algunos de nuestros derechos de libertad sufrieron graves restricciones sin que ningún órgano jurisdiccional interviniera para controlar jurídicamente la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma. En todos los sistemas que conocen un modelo de control constitucional como el nuestro, el Tribunal Constitucional desempeña una tarea delicada, ya que en muchas ocasiones debe establecer límites a los órganos de decisión política, lo que hace inevitable que sus sentencias se interpreten y critiquen en términos también políticos. Ahora bien, ello no exime al Tribunal Constitucional de actuar en el momento adecuado y cumplir los plazos que le impone el art. 34 de su propia Ley, sobre todo cuando los derechos fundamentales de todos los españoles están en juego.

Declarar la inconstitucionalidad en los tiempos en que el Tribunal lo hizo ha provocado que la Sentencia tenga escasos efectos. La parte más incisiva del fallo es, sin duda, la contenida en el fundamento jurídico decimoprimer, donde el Tribunal afirma que, como los ciudadanos tenían deber jurídico de soportar las medidas declaradas inconstitucionales, la sentencia no es título suficiente para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. No resulta sencillo entender este razonamiento, porque dista de estar claro que los ciudadanos de un Estado de Derecho tengan que soportar medidas que limitan su esfera de libertad y que son inconstitucionales por propia decisión del Tribunal Constitucional.

El resto de la Sentencia tiene, más bien, un efecto meramente declarativo, aunque también limitado. Así, en caso de que se produjera otra epidemia o una situación de igual gravedad, y sin perjuicio de lo que dijese posteriormente el Tribunal cuando dictara sentencia, es previsible que cualquier gobierno volviese a

tomar medidas similares a las que se adoptaron durante el estado de alarma, porque había muchas vidas humanas en juego.

Además, el argumento principal de la Sentencia acerca del contenido de la libertad de movimiento deja flancos abiertos. Así, resultaría posible respetar la regla general del derecho, permitiendo a los ciudadanos circular libremente por la calle, y establecer límites intensos a las salidas domiciliarias. Una regulación de este tipo, si viene acompañada por otras medidas que el Tribunal Constitucional ha considerado legítimas, como son el cierre de locales abiertos al público y de centros de trabajo, produciría unos resultados muy similares a los generados por el Real Decreto declarado inconstitucional. Buena prueba de ello es que las limitaciones a derechos adoptadas en el segundo estado de alarma de ámbito nacional siguieron una técnica similar a la que se acaba de describir y, a diferencia de lo que había ocurrido en el primero, superaron el test de constitucionalidad.

Al margen de las peculiaridades que suscita el ordenamiento español, cabe afirmar que el remedio para evitar el abuso de poder recomendado por la Comisión de Venecia, en su informe sobre las medidas tomadas por los Estados Miembros de la Unión Europea para hacer frente a Covid 19, consiste en someter las medidas restrictivas de derechos al análisis de necesidad y proporcionalidad. Es cierto que este tipo de juicio conlleva cierta dosis de subjetividad por parte del juzgador. Ahora bien, también es verdad que permite tener mucho más en cuenta las características del caso y, sobre todo, las circunstancias que rodean a la limitación de derechos.

Como señalaba al principio de estas páginas, parece que las cosas vuelven a la normalidad. Ahora bien, esto no significa que podamos bajar la guardia. No se trata sólo de la pandemia que todavía sufrimos, aunque con menor coste de vidas humanas, sino de otros acontecimientos que puedan suceder en el futuro. La Covid-19 ha sido una prueba de estrés para todos los ordenamientos, por lo que ha acentuado las ventajas de estos últimos, pero también sus inconvenientes. Debemos, pues, hacer inventario.

Vuelvo a lo afirmado al principio de estas páginas acerca de la necesidad de hacer un diagnóstico de la situación. Quienes compusieron la mesa redonda que tuve el honor de presidir cumplieron con esta tarea, al tratar la situación en que se habían encontrado sus diferentes países. Esto sirvió para demostrar el acierto que tuvieron los organizadores, especialmente Eduardo Ferrer Mc-Gregor, al introducir el tema en el programa de un Congreso dedicado al análisis de la garantía jurisdiccional de la Constitución. A todos nos cuesta echar la vista atrás porque nos exige rememorar lo sucedido. Ahora bien, como juristas no podemos dejar de evaluar qué ha funcionado bien y cuáles han sido los principales fallos que han afectado a nuestros propios sistemas jurídicos para, en la medida en que esté a nuestro alcance, proponer remediarlos.

# COVID-19, PARLAMENTO Y JUSTICIA CONSITUCIONAL

PIEDAD GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ  
*Catedrática de la Universidad Complutense de Madrid*

## I. Introducción. Los estados de anomalía constitucional

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la intervención del Parlamento español durante la pandemia por Covid-19 deben enmarcarse con carácter más general en las competencias atribuidas al Congreso de los Diputados por el artículo 116 CE sobre los estados de emergencia constitucional.

Partiendo de que todo poder excepcional del Ejecutivo puede entrañar un riesgo para la democracia constitucional, se diseña una intervención creciente del Congreso en función de la gravedad de las medidas a adoptar. El Parlamento no puede permanecer inactivo o en cuarentena cuando hay una concentración de poderes en el Gobierno.

La gradación establecida para la actuación del Congreso de los Diputados —y sólo del Congreso, no del Senado, teniendo aquél el papel protagonista, dado que es la Cámara que mantiene la relación de confianza con el Gobierno propia del régimen parlamentario y ante la que es responsable— es la siguiente:

- comunicación de la declaración por el Gobierno del estado de alarma por un máximo de quince días, reuniéndose el Congreso inmediatamente al efecto, y autorización de la eventual prórroga
- autorización previa del estado de excepción, que deberá determinar sus efectos, ámbito territorial y duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por un plazo igual con los mismos requisitos
- declaración, a propuesta del Gobierno, por mayoría absoluta del estado de sitio, determinando su ámbito territorial, duración y condiciones.

Ha de tenerse en cuenta asimismo la diferencia establecida en cuanto a los efectos de estos estados sobre los derechos fundamentales por el artículo 55.1 CE, pues sólo permite la suspensión de los derechos que enumera en los estados de sitio y excepción, no en el de alarma, eje en torno al que gravita la primera sentencia del Tribunal Constitucional (148/2021) sobre el estado de alarma por COVID-19, de las tres que examinaremos en este trabajo.

Por último, deben destacarse los apartados 5 y 6 del artículo 116 CE. El primero establece que no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados alguno de los estados comprendidos en dicho artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras —aquí sí las dos, luego entenderemos por qué— si no estuvieran en periodo de sesiones; y que su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, las competencias del Congreso en ellos serán asumidas por la Diputación Permanente.

Y el apartado 6 dispone que la declaración de uno de los estados «no modificarán (*sic*) el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

## II. El control parlamentario en el estado de alarma

### 1. TIPOS DE CONTROL

La regulación constitucional que se acaba de exponer no agota la del control parlamentario de los estados excepcionales, lo que en definitiva deriva de esa declaración general que hace el artículo 116.6.

En efecto, centrándonos en el estado de alarma, podemos distinguir tres tipos de control que habrán de combinarse durante su vigencia:

- a) en primer lugar, el *control extraordinario por el Congreso relativo a la declaración* (recepción de la comunicación de su declaración por el Gobierno, que ha de seguir la tramitación establecida en el artículo 162.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, con remisión a la Comisión competente, aunque el uso ha consolidado un debate en Pleno sobre aquella) y a *la autorización de su eventual prórroga* o prórrogas, asimismo previo debate en el Pleno.
- b) en segundo lugar, el control ordinario —no específico en estados de anomalía constitucional— de facultades extraordinarias del Gobierno a través de la *convalidación de los decretos-leyes* que dicte, conforme al artículo



86 CE, que por definición podrán ser numerosos durante los estados de alarma y de hecho lo han sido en el caso del COVID-19, por la necesidad de ir adoptando medidas urgentes de todo tipo. El Congreso puede decidir tramitar los decretos-leyes convalidados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

- c) en tercer lugar y este compartido por ambas Cámaras, el *control ordinario del Gobierno* mediante los instrumentos habituales, que no puede omitirse a la vista de lo declarado por el artículo 116.6 CE: preguntas, interpe-laciones (para las que el artículo 111.1 CE exige el establecimiento por los Reglamentos de un tiempo mínimo semanal), proposiciones no de ley/ mociones, y —menos habitual pero también utilizado durante la pande-mia por los Parlamentos autonómicos— comisiones de investigación.

Cuando hablamos de control parlamentario, no debemos olvidar que en España existen diecisiete asambleas autonómicas, que a su vez ejercen la función de control sobre sus respectivos ejecutivos. Esta circunstancia ha cobrado especial relieve durante la pandemia, en particular en el tercer estado de alarma declarado, en el que los Presidentes de las Comunidades Autónomas actuaban como autoridades delegadas.

## 2. Desarrollo del control parlamentario por las Cortes Generales durante los estados de alarma por Covid-19

La peculiaridad de las circunstancias que han dificultado el normal funciona-miento de nuestros Parlamentos en los estados de alarma declarados por CO-VID-19, sobre todo en el primero, no reside en la declaración de un estado de anomalía o emergencia constitucional, que sólo había ocurrido una vez antes des-de la aprobación de la Constitución, y que ahora se ha declarado en tres ocasiones: la primera con seis prórrogas de quince días cada una, de marzo a junio de 2020; la segunda, limitada a nueve municipios de la Comunidad de Madrid, por quince días en octubre de 2020; la tercera, con una prórroga por seis meses y autonomía territorial en la adopción de medidas, de octubre 2020 a abril de 2021.

El problema fundamental ha sido una crisis sanitaria que hacía desaconseja-bles —y en algún caso impedía— los desplazamientos y la reunión de grupos de personas, más aún procedentes de distintas áreas geográficas. Crisis sanitaria —una pandemia— sin precedentes, con miles de muertos, centenares cada día sólo en España, contándose entre los primeros contagiados parlamentarios —ra-zón añadida para observar una cuarentena y extremar las precauciones—, amén de miembros del Gobierno y otras autoridades.

Ya las Cortes reunidas en Cádiz en 1810 tuvieron que superar los obstáculos que la situación de guerra planteaba. Así, el artículo 109 de la Constitución de 1812 preveía y solventaba las eventuales dificultades de desplazamiento: «Si la guerra o la ocupación de alguna parte del territorio de la Monarquía por el enemigo impidieren que se presenten a tiempo todos o algunos de los Diputados de una o más provincias, serán suplidos los que falten por los anteriores Diputados de las respectivas provincias, sorteando entre sí hasta completar el número que les corresponda».

La crisis provocada por la pandemia ha afectado de lleno a la actividad parlamentaria, en una situación de emergencia para la que el artículo 116 de la Constitución reclama la presencia del Congreso de los Diputados

Muy especialmente el Congreso de los Diputados, al que corresponden competencias específicas en este estado, pero también el Senado y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su función de control al Gobierno, se encontraron en la coyuntura de hacer de la necesidad virtud y enfrentarse a unas circunstancias para las que no contaban no ya con previsión reglamentaria, sino con instrumentos o herramientas tecnológicas —piénsese en la posibilidad de celebrar reuniones telemáticas con garantías— que permitieran continuar con su actividad...de otra forma<sup>1</sup>.

En el origen de las barreras jurídicas a las posibles innovaciones imaginativas —sesiones y/o voto a distancia— se encuentra el carácter presencial de las reuniones de Asambleas, deducible de su propio nombre y que se plasma en distintos artículos de la Constitución en referencia al Congreso y al Senado, en particular las reglas sobre quórum y personalidad e indelegabilidad del voto contenidas en el artículo 79<sup>2</sup>. Las entonces recientes sentencias del Tribunal Constitucional 19/2019 y 45/2019, bien es verdad que en un contexto diferente (investidura no presencial del candidato a la Presidencia de la Generalitat), habían subrayado la inmediatez y presencialidad de la actividad parlamentaria<sup>3</sup>, aun admitiendo la posibilidad de que

<sup>1</sup> Sobre la actividad desarrollada por las Cámaras durante el primer estado de alarma debido a la pandemia, puede verse GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «La ductilidad del Derecho parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos españoles durante el estado de alarma por COVID-19», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 271-308, donde pueden hallarse referencias a las medidas adoptadas en otros países.

<sup>2</sup> Sobre este tema, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Artículo 79» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, CAZORLA PRIETO, L. M., dir., tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 2134 y ss., y «Artículo 79», en *Comentarios a la Constitución española 40 aniversario, Libro homenaje a Luis López Guerra*, Pérez Tremps, P., y Saiz Arnáiz, A., dirs., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1219 y ss.

<sup>3</sup> La STC 45/2019 FJ 5 y 6 extiende también la inmediatez a las reuniones del Gobierno salvo casos justificados y excepcionales y con las debidas garantías. En este sentido, la crisis sanitaria ha llevado a la modificación de la Ley 50/1997, de 30 de noviembre, del Gobierno, por Real Decreto-ley 7/2020 para permitir las reuniones telemáticas en situaciones excepcionales.

los Reglamentos prevean la posibilidad de votar en ausencia cuando concurren circunstancias excepcionales o de fuerza mayor (STC 19/2019 FJ 4).

Las circunstancias de crisis no constituyen el escenario apropiado para las modificaciones reglamentarias, siempre difíciles en determinadas Cámaras, en particular el Congreso y el Senado (que no modificarían sus Reglamentos para incluir las situaciones excepcionales entre los supuestos de aplicación del voto telemático hasta mayo y abril de 2022, respectivamente). Ciertamente que muchos Parlamentos, por otras causas derivadas en primer término del incremento del número de parlamentarias, han introducido modalidades de voto a distancia o delegado en sesiones plenarias y para determinados asuntos, pero ello no ha sido suficiente en los momentos vividos. Cuestiones como el registro electrónico de iniciativas o la necesidad de guardar distancia entre los asistentes a las sesiones habrían de ser coherentes con la función de control del Gobierno, especialmente importante en estado de alarma.

El primer estado de alarma por COVID-19 fue declarado por el Gobierno por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE núm. 67 del mismo día, minutos antes de las 12 de la noche), entrando en vigor en el momento de su publicación. Ya la semana anterior se había producido la paralización de la actividad en algunas Cámaras: así, la Mesa del Congreso de los Diputados suspendió las sesiones previstas para la semana del 10 de marzo, como también lo hicieron distintos Parlamentos autonómicos, y el día 12 la Presidenta anuncia la suspensión de la actividad por dos semanas. A partir de entonces y durante un mes (hasta el 12 de abril, concluida la primera prórroga del estado declarado), al desatarse la expansión de la enfermedad la actividad parlamentaria se reduce a mínimos, pero incluso esos mínimos precisaron de una adecuación de normas o de acuerdos que hemos estudiado en otro lugar<sup>4</sup> agrupándolos en función de la solución adoptada. Una vez que el 9 de abril el Congreso autoriza una segunda prórroga (con visos de que no sería la última<sup>5</sup>) y se levantan algunas restricciones al trabajo presencial en general, la suspensión de su actividad se hace insostenible para los propios Parlamentos y ante la opinión pública, reactivándose aquella, aunque también con formas inhabituales, no siempre acertadas.

---

<sup>4</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «La ductilidad del Derecho parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los Parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19», *cit.*, y «Actividad y funcionamiento de los parlamentos españoles en la crisis sanitaria por COVID-19», en D. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca, M.E. Guimaraes Teixeira Rocha, coords., *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2020, pp. 131-147.

<sup>5</sup> Previa la correspondiente autorización del Congreso de los Diputados, el estado de alarma fue prorrogado en seis ocasiones por sendos periodos de catorce días por Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril; 514/2020, de 8 de mayo; 537/2020, de 22 de mayo; y 555/2020, de 5 de junio.

En el Congreso, la suspensión del cómputo de plazos reglamentarios fue acordada por la Mesa del Congreso el 19 de marzo, suspensión que fue levantada el 7 de abril; sobre ello versa la segunda sentencia del Tribunal Constitucional. No obstante, la actividad se había mantenido durante este tiempo, con generalización del voto electrónico, celebrándose sesiones plenarias los días 18 y 25 de marzo para la comunicación de la declaración del estado de alarma primero, y para la convalidación de decretos-leyes y la autorización de la prórroga de aquél, luego quincenal hasta seis veces. El 15 de abril se recuperó el control ordinario en Pleno, con preguntas e interpelaciones, y a partir de esta fecha se celebraron con regularidad sesiones de control, además de comparecencias semanales del Ministro de Sanidad en comisión.

### III. Cuestiones controvertidas. La doctrina del tribunal constitucional

Examinamos a continuación las cuestiones más controvertidas en torno al tema que nos ocupa, que han dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>.

#### 1. RANGO DE LEY DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y DE LA AUTORIZACIÓN DE PRÓRROGA (ATC 7/2012 Y STC 83/2016)

Con carácter previo a los estados de alarma por COVID-19 se contaba con la doctrina constitucional sobre la impugnabilidad de la declaración de estado de alarma y la autorización y concesión de prórroga, contenida en el Auto 7/2012 y en la STC 83/2016, en relación con el primer estado de alarma declarado en nuestra democracia constitucional, como consecuencia de la huelga de controladores aéreos en diciembre de 2010, 322 de los cuales interpusieron el primer recurso de amparo y 327 el segundo.

El ATC 7/2012 inadmite el recurso de amparo presentado contra el acuerdo del Pleno del Congreso de 16 de diciembre de 2010, de *autorización de la única prórroga* (por un mes) del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por considerar que tal acuerdo, en tanto que no subsumible en la categoría de decisiones o actos sin valor de ley, no es susceptible de ser impugnado a través del recurso de amparo, sino del de inconstitucionalidad.

---

<sup>6</sup> Un estudio más detallado de las sentencias que se examinan a continuación puede verse en la Ponencia «Estado de alarma y control parlamentario», *Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Valencia, 18-20 noviembre 2021).

Se trata, declara el auto (FJ 4), al igual que otros en relación con los estados de emergencia, de «decisiones o actos parlamentarios que, aunque no dictados en el ejercicio de la potestad legislativa de la Cámara ni revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las provistas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia de que se trate.

La STC 83/2016, de 28 de abril, se dicta en el recurso de amparo presentado contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió la demanda frente al Real Decreto de declaración del estado de alarma, el acuerdo de solicitud de autorización de la prórroga y el Real Decreto 1717/2010, de prórroga.

La sentencia retoma la doctrina del Auto 7/2012, ceñida al ámbito parlamentario, para afirmarla perfectamente trasladable al ámbito gubernamental, pudiendo predicarse también respecto de la *decisión de declarar el estado de alarma*, que tiene un carácter normativo, en cuanto establece la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos (FJ 10). «[A]unque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma».

En cuanto al *decreto por el que se prórroga* el estado de alarma, se llega a la misma conclusión por idénticas razones: «Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización».

Por último, respecto del *acto por el que se solicita la autorización de prórroga*, el Tribunal (FJ 12) lo equipara a otros casos (como la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otras semejantes) en los que «el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como ‘administrativa’ cuyo control corresponda ex art. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia» (STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5)».

## 2. ALARMA O EXCEPCIÓN; SUSPENSIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS (STC 148/2021)

La sentencia declara inconstitucional el confinamiento general adoptado en el primer estado de alarma (apdos. 1, 3 y 5 del art. 7 RD 463/2020), por exceder la limitación a la libertad de circulación, de reunión y de elegir libremente la propia residencia de una mera restricción que pueda adoptarse en tal estado, siendo más bien una suspensión de derechos que requiere para su declaración el estado de excepción; así como la delegación de la posibilidad de ampliar las restricciones en el Ministro de Sanidad (apdo.6 art. 10).

Un breve comentario sobre la polémica doctrinal que rodea a la sentencia dictada sobre el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el primer estado de alarma debido al COVID-19.

Puede resumirse diciendo que una parte de la doctrina constitucionalista considera que se suspendían derechos fundamentales, lo que no es constitucionalmente posible en un estado de alarma (señaladamente, el profesor Aragón), frente a otra (Cruz Villalón) que se inclina por entender que se trata de limitaciones de derechos previstas en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, siendo además relevantes los supuestos detonantes de estos estados según la Ley Orgánica: crisis sanitarias, como las epidemias, para el estado de alarma (art. 4) y alteraciones del orden público para el de excepción (art. 13).

Puedo aclarar que me encuentro en este segundo grupo. Pero debo reconocer que a la claridad en la interpretación de la norma no ayuda el que se trate de una ley orgánica dictada en los primeros albores constitucionales, hace cuarenta años, sin que haya sido necesario aplicarla más que una vez, en diciembre de 2010, con ocasión de la huelga de controladores aéreos —cuyas consecuencias en forma de reclamaciones de responsabilidad patrimonial tal vez todavía coleen—, limitada la declaración al estado de alarma con su duración constitucional inicial de quince días y una única prórroga de un mes.

No ha contribuido al prestigio de la institución ni al carácter institucional del fallo del TC sobre la cuestión controvertida expuesta la filtración (interesada o no) del sentido del borrador de sentencia antes del debate sobre la misma —circunstancia que se repetiría respecto de los fallos posteriores que comentaremos—, como tampoco los artículos doctrinales publicados a partir de entonces en la prensa diaria en favor y en contra de la posición mantenida en aquél, con un cierto tono de presión, ni la filtración puntual de los debates a medida que se iban produciendo en el seno del Tribunal; menos todavía el conocimiento de los votos particulares, o de alguno de ellos antes de su redacción definitiva, el supuesto plante de los miembros de la mayoría con amenaza de asistencia a una sesión por

expresiones minusvaloradoras contenidas en aquél y la consiguiente rectificación y comunicación oficial del texto del voto, así como —según noticias de prensa de 20 de julio de 2021— de disculpas del magistrado autor, que lo atribuyó a tratarse de un borrador.

De hecho, la difusión oficial en la web institucional del texto de la sentencia y de los votos particulares se produce antes de que el último, del magistrado Xiol Ríos, estuviera redactado, según la prensa para que se conociera el texto definitivo del voto particular corregido.

Ante este «ruido interno» a que alude el voto particular de la magistrada Balguer Callejón cabe recordar que en este, como en otros temas controvertidos, existe una línea delgada entre las posiciones contrapuestas, en la que pueden parecer razonables los argumentos de unos y otros, y en suma se impone la posición mayoritaria. Como diría Solozábal «este contexto constitucional tan poco claro debería habernos conducido a admitir como posible en el caso de la sentencia que resolviese la impugnación de la declaración del estado de alarma, una sentencia desestimatoria interpretativa mejor que una sentencia estimatoria anulatoria, esto es, un fallo que mantuviese la constitucionalidad de la declaración de acuerdo con la comprensión de la misma según los criterios fijados en la fundamentación del fallo por el Tribunal». No obstante, ante la decisión que ha establecido la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma al haber suspendido, que no limitado, el derecho a la libertad de circulación mediante la fijación de los confinamientos domiciliarios generales «lo que procede es una actitud de respeto, de modo que, antes de incurrir en pronunciamientos descalificatorios, se atienda a los fundamentos aducidos por el Tribunal y que no conocemos en este momento. Sin duda se tratará de argumentos sólidos compartidos por una mayoría de magistrados [...] Ni que decir que la obligatoriedad de la Sentencia se deduce de su plena regularidad. El Tribunal es un órgano colegiado y, en su caso, sus decisiones pueden adoptarse por mayoría con idéntica legitimidad que las acordadas por unanimidad, previéndose incluso, como se sabe, el voto de calidad del Presidente si hubiera empate, dado el número par (12) de los magistrados integrantes del Tribunal»<sup>7</sup>.

*Excursus* aparte, en la sentencia 148/2021 y en los votos particulares a ella formulados encontramos pocas referencias y escaso análisis del control parlamentario en los estados de emergencia constitucional. No obstante, lo que subyace respecto de la diferenciación de los estados de alarma y excepción reside en la distinta intervención del Congreso de los Diputados: comunicación de la declaración por el Gobierno y autorización de prórrogas en el primer caso, autorización de la declaración en el segundo, en correspondencia con la propia diferenciación

---

<sup>7</sup> SOLOZÁBAL, J.J., «Estado de alarma y crisis constitucional, *El Imparcial*, 20 julio 2021.

de las medidas a aplicar, limitación o suspensión de derechos, que constituyen el núcleo argumental de las distintas posiciones. Así se expresa en el FJ 11.

La intervención del Congreso de los Diputados se convierte en centro de atención en los votos particulares que afirman que sólo hay estado de excepción cuando se declara formalmente (González Rivas y Xiol), o cuando se argumenta que la interpretación de la mayoría resulta menos garantista en la medida en que la autorización del estado de excepción permitiría aplicarlo, con efectos más graves sobre los derechos que el de alarma, a supuestos no previstos en la LOEAES (Conde Pumpido y Xiol).

Merece ser destacado en la sentencia un punto menor en apariencia y apenas esbozado en la sentencia, pero de importancia para el futuro: la declaración de inconstitucionalidad de la posibilidad de que un Real Decreto de declaración del estado de alarma permita *delegar en un Ministro la modificación o ampliación de las restricciones o limitaciones de derechos* establecidas por aquél (como lo hacía el art. 10.6 del RD 463/2020), argumentada en el FJ 9 y con la que concuerdan varios votos particulares (Xiol Ríos, Ollero). Sólo el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto que sea comunicado al Congreso y en su caso prorrogado por este, puede modificar las limitaciones iniciales.

Así, afirma la sentencia, la comunicación al Congreso de los Diputados del Real Decreto por el que se declare el estado de alarma «propicia un control parlamentario (de naturaleza política STC 83/2016, FJ 10), que quedaría privado de sentido si el propio Consejo de Ministros pudiera modificar o ampliar, sin nueva comunicación al Congreso, el contenido del decreto dictado o apoderar a otras autoridades, desde un principio o más tarde, para efectuar tal cambio o ampliación. En ambas hipótesis se malograría tanto la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance efectivo de la alarma constitucional, como el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6), el cual no puede soslayarse.»

El apoderamiento al titular de un departamento ministerial para intensificar o extender las limitaciones, esto es, para restringir los márgenes previamente fijados, en este caso, en los que se mantenía la libertad de empresa, son «facultades todas ellas solo al alcance del Gobierno mismo, que «responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados» (art. 108 CE). Dicha habilitación permitió, en definitiva, que la libertad de empresa fuera limitada más allá de lo previsto en los apartados 1, 3 y 4 del Real Decreto sin la correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados; garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir.»



### 3. Control ordinario y suspensión de plazos de iniciativas (STC 168/2021, de 5 de octubre)

La STC 168/2021 estima el recurso de amparo, avocado por el Pleno, presentado por Santiago Abascal y 51 diputados más del Grupo VOX contra la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020 que acordó la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas en tramitación hasta que la propia Mesa levantara la suspensión, declarando que ha sido vulnerado el derecho fundamental de participación política de los recurrentes y la nulidad de tal acuerdo de suspensión, así como del Acuerdo que desestimó la solicitud de reconsideración presentada por el Grupo VOX contra el primer Acuerdo.

A efectos de apreciar la especial trascendencia constitucional del recurso, el TC considera que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y política, que además ofrece un aspecto del derecho de participación política que no ha sido abordado anteriormente (FJ 2).

Tras recordar el trascendente papel reservado al Congreso de los Diputados en el estado de alarma, así como que la función de control al Gobierno forma parte del *ius in officium* de los diputados, por formar parte del núcleo de la función representativa, señala como cuestión a dilucidar si el ejercicio de la función de control durante la situación de estado de alarma ha de ceñirse a las cuestiones relacionadas con el presupuesto de hecho del mismo, entendiendo que, en la medida en que el artículo 116.5 CE establece que la declaración de los estados contemplados en dicho artículo no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y sus agentes, el Gobierno no puede dejar de seguir asumiendo la titularidad y ejercicio de las funciones que le atribuye de modo general y ordinario el artículo 97 CE. Esto acarrea la posible exigencia de responsabilidad por las mismas, que corresponde al Congreso de los Diputados, «no sólo durante el funcionamiento ordinario del Estado de Derecho, sino también, y con mayor predicamento democrático, en cualquiera de las tres situaciones excepcionales que sean causa de la declaración del estado correspondiente» (FJ 3), sin que el artículo 108 CE haya establecido limitación ni haya distinguido entre situaciones ordinarias o excepcionales del Estado de derecho.

Aunque los recurrentes impugnan también el acuerdo de suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos de la Cámara, el Tribunal lo excluye de su examen por cuanto los recurrentes únicamente se refieren a la decisión de suspender los plazos parlamentarios y no aportan respecto de la segunda carga argumentativa alguna (FJ 4 A).

El Tribunal excluye asimismo dos argumentos esgrimidos por la Letrada de las Cortes Generales (a lo que se hará referencia en algún voto particular):

- la comparación con otros órganos e instituciones del Estado, por ser el Congreso el único órgano constitucional, integrado en el poder legislativo, que asume las exclusivas funciones de ser informada de la declaración inicial del estado de alarma y autorizar las prórrogas, así como de realizar un efectivo control, *a través del mecanismo autorizatorio* de la gestión del Gobierno durante el estado de alarma
- la interpretación conjunta y flexible de los artículos 90 y 91 RC (facultad de la Mesa de ampliación y reducción de plazos), de forma que la Mesa del Congreso pueda suspender los plazos reglamentarios. El Tribunal considera que esta facultad no alcanza a la suspensión, que implica el cese temporal de los plazos reglamentarios, la interrupción o paralización temporal de los plazos establecidos por el Reglamento para tramitar y resolver sobre las distintas iniciativas parlamentarias, interrupción que no suponen la prórroga o reducción, las cuales por otra parte se configuran como una *actividad no reglada en función de la propia evolución de los trabajos parlamentarios*, sin que sea necesario que concurra algún suceso o situación externa a la propia dinámica de la actividad de la Cámara (FJ 4B).

Delimitado el ámbito de la demanda de amparo y expuestas las posiciones de las partes, el TC descarta también ab initio (FJ 5b) la aplicación del test de proporcionalidad que postulan la Letrada de las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal tomando como elementos de valoración el interés general de preservar la vida y la salud de los diputados y el personal del Congreso, de una parte, y el derecho de participación política, en el específico aspecto de la función de control y exigencia de responsabilidad política del Gobierno. Considera que el test de proporcionalidad precisa de la subsistencia del derecho fundamental para su aplicación, lo que en este caso no se produce, pues la suspensión acordada suponía la privación temporal de ejercitar el derecho de participación política —lo que va contra el imperativo constitucional (116.5 CE) de que el funcionamiento del Congreso quede interrumpido durante la vigencia del estado de alarma— en la medida en que cualquier iniciativa parlamentaria quedaba de facto paralizada hasta que la Mesa, en su momento, alzara la suspensión.

El Tribunal entiende que podrían haberse considerado medidas alternativas menos gravosas para el derecho de los parlamentarios que permitieran cohonestar su derecho con la preservación de la vida y la salud de los mismos y del personal, como el voto en ausencia, admitido en determinados casos por la doctrina del TC, el uso de las nuevas tecnologías para las iniciativas que no requieran de la presencia física de los parlamentarios en la sede de la Cámara, o la *prórroga del cómputo de los plazos*, pero sin paralizar en su totalidad la tramitación de los trabajos parlamentarios.

Se desestima, pues, el argumento sobre la preservación de la vida y la salud, por cuanto «la decisión de suspender el cómputo de los plazos de la tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias, sin excepción alguna, y sin haber establecido un margen temporal de duración o, al menos acordado unos mínimos criterios que delimitaran las atribuciones de la Mesa en orden a levantar aquella suspensión, dejándola a su libre discrecionalidad, resulta contrario a una de las funciones más caracterizadas del trabajo parlamentario como es la del control político del Gobierno y, respecto del Congreso de los Diputados, también de la exigencia de la responsabilidad política (arts. 66.2 y 108 CE).

Tampoco acoge el Tribunal (FJ 5c) el argumento de la duración limitada en el tiempo de la suspensión, que no llegó a un mes (18 días hábiles) antes de ser levantada el 13 de abril de 2020, ni de que de hecho el Congreso no suspendió su actividad parlamentaria, que simplemente atemperó a la situación de pandemia, como muestra el número de reuniones celebradas por los distintos órganos, incluida la calificación por la Mesa de distintas iniciativas parlamentarias, que asimismo fueron contestadas por el Gobierno. El Tribunal entiende que no es tanto la duración de la suspensión lo relevante, sino el propio acuerdo de suspender, porque conlleva un desapoderamiento de la función constitucional de control del Ejecutivo, con independencia del tiempo de duración, habiendo sido además adoptada la decisión «sin límite temporal alguno, sin ofrecer medidas alternativas menos gravosas, sin criterios de fijación de la eventual duración de la medida y supeditándolo a la propia decisión de la Mesa de alzar aquella suspensión».

Se distingue el supuesto del que dio lugar a la STC 173/2020, porque en este caso no se impugna una concreta desestimación de una iniciativa parlamentaria, *lo que exigiría un análisis singularizado de la afectación para el derecho invocado, sino un acuerdo que impedía, de facto, la tramitación de cualquier iniciativa parlamentaria*. Ello le impide aplicar la doctrina de la citada sentencia.

En consecuencia, el Tribunal afirma que la decisión de suspender la tramitación de toda actividad parlamentaria afectó al contenido esencial del *ius in officium* de los recurrentes, diputados de la Cámara, por cuanto se vieron en la imposibilidad de que, sine die, cualquier iniciativa que registraran llegara a ser tramitada por el Congreso, en tanto que la Mesa no aprobara una nueva resolución que decidiera alzar aquella suspensión.

Finalmente (FJ 5b), el Tribunal reprocha a la argumentación de la Cámara que no se refiera ni responda a la reclamación de los recurrentes, precisando las iniciativas registradas por el Grupo VOX a las que se dio tramitación, cuáles fueron incluidas y cuáles llegaron a su término, aceptadas o rechazadas. Admite la alegación de los recurrentes de que las iniciativas que registraron para controlar la acción del Gobierno no fueron tramitadas hasta que quedó alzada la suspensión, *no compitiendo a ellos la carga de tener que acreditar las iniciativas concretas, ni al*

*Tribunal valorar el contenido y alcance de aquéllas, sino a la propia Cámara* ofrecer, de contrario, argumentos y elementos de convicción que permitan acreditar que aquellas iniciativas fueron debidamente atendidas, tramitadas y resueltas con decisión de aceptación o de rechazo a su debido tiempo.

En consecuencia, el motivo de amparo es otorgado, «porque los Acuerdos impugnados de la Mesa del Congreso resolvieron suspender la tramitación de las iniciativas parlamentarias del grupo parlamentario en que se integraban los diputados ahora recurrentes, lo que impidió a éstos el ejercicio de su propia actividad parlamentaria y de cualquier iniciativa parlamentaria que pudieran registrar en la Cámara, entre ellas y de modo primordial la función de control al Gobierno, que forma parte del contenido esencial de su derecho de participación política», extendiéndose la declaración de nulidad al Acuerdo de suspensión del día 19 de marzo y al Acuerdo de 21 de abril de 2020 de desestimación de la solicitud de reconsideración presentada por el Grupo VOX.

No contiene la sentencia en el FJ 6 (Alcance del amparo) referencia a los *efectos de la declaración de nulidad*. Obviamente, se entiende que no han de darse por concluidos los plazos suspendidos en la fecha que correspondiera según su presentación y que el mismo criterio se aplicará a la caducidad de iniciativas, lo que nos servirá como argumento al comentar la sentencia.

Hay tres votos particulares discrepantes, de los magistrados González Rivas, Conde Pumpido y Balaguer, al que se adhiere Xiol.

Algunos puntos que se han subrayado merecen un **comentario**. Puedo avanzar que no comparto la decisión del Tribunal, porque considero que existió proporcionalidad en la medida adoptada, que había de situarse en el contexto en que se adoptó para enjuiciarla, pero sobre todo, y es un argumento que no he encontrado ni en la sentencia ni en los votos particulares, porque la suspensión, que afectó básicamente a los plazos de enmiendas a textos legislativos —dado que las preguntas escritas al Gobierno siguieron siendo contestadas—, a quien benefició fue a los diputados y grupos parlamentarios, incluidos los recurrentes, que no vieron caducar sus iniciativas. Este argumento, en cambio, no sería totalmente válido respecto del acuerdo —no impugnado— de 12 de marzo de suspender toda actividad durante 15 días, por otra parte adoptado como consecuencia del autoconfinamiento de los diputados del grupo parlamentario recurrente y su anuncio de no asistencia a la siguiente sesión plenaria.

¿Se ha planteado acaso que la suspensión de plazos procesales en el ámbito judicial ha lesionado el derecho de defensa, por ejemplo?

En cuanto a los incisos o argumentos cuestionables a comentar o discutir, tal vez quepa resumirlos en dos, que han sido destacados en los votos particulares: el Tribunal no examina si se ha producido efectivamente lesión en el *ius in officium* de los recurrentes, trasladando la carga de la prueba negativa al Congreso recurri-

do; y enjuicia el acuerdo de suspensión en abstracto, no los efectos lesivos que pudo producir aquélla, que debieron haber constituido el objeto del recurso de amparo.

No parece coherente la mención a la prórroga de plazos, prevista reglamentariamente, como alternativa, pues una prórroga larga o reiterada en un periodo prolongado de tiempo (piénsese, por ejemplo, en los infinitos acuerdos de ampliación de plazos de enmiendas para determinados textos legislativos cuando así interesa políticamente) podría igualmente lesionar los derechos de los parlamentarios y grupos, lesión que habría de probarse en el eventual recurso de amparo. Es decir, la prórroga conduciría a los mismos efectos que una suspensión de plazos que se extendió durante 18 días hábiles (forma de cómputo ordinario de los plazos *ex art.* 90.1 RC).

Tampoco se explicitan los efectos de la declaración de nulidad, que de llevarse a sus últimas consecuencias en definitiva afectarían negativamente a los propios recurrentes y demás diputados y grupos, que habrían visto expirar los plazos en la situación de crisis aguda por la pandemia.

#### 4. La prórroga de seis meses (STC 183/2021, de 27 de octubre)

El asunto de mayor trascendencia planteado con ocasión del tercer estado de alarma por COVID-19 en cuanto al control parlamentario, es la prórroga por seis meses autorizada por el Congreso el 29 de octubre de 2020, enjuiciada en la STC 183/2021. Citando a A. López Basaguren<sup>8</sup>, «los embates a la Constitución con ocasión del estado de alarma no están en aquel primer confinamiento, sino en la prórroga de seis meses del segundo estado de alarma general, que diluye el instrumento extraordinario de control establecido por la Constitución».

En efecto, el tercer estado de alarma por COVID-19 aporta una novedad inquietante. Ya de por sí resulta insólita la prórroga (más aún, por seis meses) en la misma sesión plenaria en la que se presentaba la comunicación de su declaración, en puntos del orden del día debatidos acumuladamente el 29 de octubre de 2020 —cuatro días después de la aprobación del RD 926/2020—, algo que no he visto comentado ni en la sentencia ni en los votos particulares.

La solicitud de prórroga por el Gobierno desde el primer momento plantea distintas cuestiones (algunas afectan quizá a la propia política sanitaria):

— desde cómo se sabe que se necesita tal plazo al comienzo del periodo inicial de declaración;

---

<sup>8</sup> LÓPEZ BASAGUREN, A., «Octavio y Catón en el Constitucional», *El País*, 29 junio 2021.

- pasando por que, aunque la duración de las prórrogas no está fijada por la Constitución, parece debe ser proporcionada a los plazos máximos que sí establece para la declaración de alarma (quince días, 116.2 CE) y de excepción (treinta días prorrogables por un periodo igual, 116.3 CE) y por que tan amplio espacio temporal impide una adaptación gradual a las circunstancias, aunque ello podría tener cabida en el régimen flexible establecido por el Real Decreto hasta cierto punto, pero no en la medida necesaria para luchar contra la terrible tercera ola de la enfermedad en enero de 2021, lo que generó disensiones<sup>9</sup> entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, las cuales solicitaban poder endurecer las medidas cubiertas por el Real Decreto 926/2020.
- hasta llegar a la cuestión de mayor relevancia, que es el relegado papel del Congreso en esta nueva situación. Se pasa de la autorización de prórrogas quincenales en el primer estado de alarma, con la consiguiente posibilidad de introducir condicionamientos y modificaciones en cada una de ellas, a una comparecencia informativa del Presidente del Gobierno cada dos meses (y una mensual del Ministro de Sanidad<sup>10</sup>); lo que obviamente supone una disminución en la intensidad del control del propio estado de alarma, más allá del ordinario sobre los decretos-leyes que se dicten a través de su convalidación o derogación, así como mediante los instrumentos de control semanal (preguntas, interpelaciones) u otros (comparecencias de Ministros, etc.).

De este modo, se eluden los debates periódicos —quincenales en el primer estado declarado— de la prórroga, donde podrían alzarse en sede parlamentaria las voces de la oposición al más alto nivel, así como las votaciones que permitan comprobar la subsistencia, incremento o disminución del apoyo inicial<sup>11</sup>.

Me voy a ceñir a resumir los puntos de la sentencia que se centran en a) la duración de la prórroga y b) el control durante ella, y en segundo lugar respecto a

---

<sup>9</sup> El Presidente de la CA Castilla y León acordó unilateralmente la ampliación del toque de queda, desde las 20 horas, en base a una interpretación del término «modular» las medidas, actuación permitida tras las modificación del RD de declaración por la prórroga autorizada. El Gobierno, que no compartía la interpretación, recurrió el acuerdo ante el Tribunal Supremo. Sobre la deficiente técnica normativa que podía dar lugar a tales diferencias, IZQUIERDO CARRASCO, M., «20.00 horas, un cierre con base legal ya», *El Mundo*, 19 enero 2021. Un mes después del acuerdo, el TS suspendió cautelarmente la medida adoptada.

<sup>10</sup> La autorización de la prórroga modifica la comparecencia quincenal prevista por el art. 14 en el texto original del RD 926/2000 en caso de prórroga.

<sup>11</sup> Esta elusión se expresa claramente en la justificación atribuida a García Page, Presidente de Castilla-La Mancha (*El Mundo on line*, Última hora Covid-19, 21 enero 2020), de la posición del Ministro de Sanidad en el sentido de no modificar las medidas del estado de alarma para la tercera ola, en la conflictiva situación antes expuesta: «el Congreso se ha convertido en un suplicio para el Gobierno».

c) la delegación de competencias en los presidentes de las CCAA, aspectos a los que alcanza la declaración de inconstitucionalidad.

a) PRÓRROGA POR SEIS MESES

El Tribunal rechaza ab initio la posible infracción del artículo 23.2 por la duración de la prórroga, por cuanto fue autorizada por el Congreso de los Diputados, en sesión en la que los recurrentes tuvieron ocasión de intervenir, presentar propuestas y votar, por más que la decisión se adoptara por mayoría (FJ 8 B). En su caso, habría habido una postergación o dejación por la propia Cámara de su potestad de disposición sobre el estado de alarma que, de conformidad con el Reglamento, queda en manos de la mayoría.

En cuanto al control político del Gobierno por el Congreso en el estado de alarma (FJ 8 C), el Tribunal declara el deber constitucional de esta Cámara «de asumir en exclusiva el control político al Gobierno y, en su caso, la exigencia de responsabilidad por su gestión política en esos períodos de tiempo excepcionales, en la misma forma y con mayor intensidad que en el tiempo de funcionamiento ordinario del sistema constitucional, dada la afectación de derechos fundamentales acordada en los citados estados de excepcionalidad». «El Congreso, además de autorizar la prolongación de aquel estado (art. 6.2 LOAES) deb[e] mantener, incluso reforzadas o cualificadas, tanto su posición institucional como sus potestades de control sobre el Gobierno.»

En cuanto a la duración de la prórroga (FJ 8 E), ante la ausencia de límites en la Constitución o en la LOEAES, que integra el bloque de constitucionalidad —lo que algún voto particular considera una contradicción con sentencias anteriores—, rechazando la aplicación del principio de proporcionalidad —lo que es asimismo discutido en los votos particulares—, lo relevante para el juicio de constitucionalidad «no es en sí la decisión de establecer un determinado período de duración de la prórroga del estado de alarma que, en su caso, haya podido solicitar el Gobierno, sino que el Congreso, en el ejercicio de la potestad de control que le confiere el art. 116.2 CE, valore si, a la vista de los argumentos ofrecidos por el Ejecutivo para prorrogar el estado de alarma, razone sobre cuál deba ser el tiempo de prolongación de aquel estado de crisis que, previsiblemente, pueda, de una parte, resultar indispensable para revertir la situación de grave anormalidad apreciada y, de otra, disponer del margen de duración temporal de aquella prórroga inicial y de las que, en lo sucesivo, puedan autorizarse con posterioridad, al objeto de hacer efectivo el control que debe ejercer sobre el Gobierno (art. 116.2 CE)». Y el Tribunal enjuicia la duración de la prórroga en función de que la Cámara aprueba su resolución razonando sobre cuatro criterios.

La valoración jurídico constitucional es negativa, porque se entiende que

- sólo se ha cumplido el primero de los criterios, esto es, la *necesidad de la prolongación* del estado de alarma,
- pero no el segundo, *valoración por el Congreso de los Diputados del periodo de duración* de la prórroga —que estableció sin certeza alguna de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo y por cuánto tiempo, resultando imposible discernir el porqué de la imposición de un cierto plazo, el que se impuso o cualquier otro hipotético, con lo cual no se cumple la exigencia de autorizar la prórroga por el tiempo indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad—, mereciendo reproche constitucional no sólo la duración sino el carácter no razonable o infundado.
- ni el cuarto, *la prudencia en guardar el Congreso la potestad de mantener el control al Gobierno*, sometiendo a la debida reconsideración periódica la aplicación de las medidas aprobadas y su eficacia, por el apoderamiento a la autoridades competentes delegadas de amplias facultades, que suponen un desapoderamiento por el Congreso de su exclusiva responsabilidad constitucional para reformar o no, ante una nueva petición de prórroga, el alcance y las condiciones con que autorizó la primera.
- ni tampoco el tercero, que *el Congreso razonara sobre la debida correspondencia entre el periodo de duración de la prórroga y las medidas a aplicar*, que no iban a ser, todas o algunas, directa e inmediatamente aplicables, durante qué tiempo y en qué partes del territorio nacional, habilitación indeterminada que dejó en lo incierto la entidad y duración, de hecho, del estado de alarma prorrogado.

En consecuencia, la sentencia considera, con la declaración de consiguiente inconstitucionalidad y nulidad del plazo de la prórroga autorizada, *«que la duración de la prórroga del estado de alarma se acordó sin fundamento discernible y en detrimento, por ello, de la irrenunciable potestad constitucional del Congreso de los Diputados para decidir en el curso de la emergencia, a solicitud del Gobierno, sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma, intervención decisoria que viene impuesta por la Constitución* (art. 116.2) y que por lo demás concuerda, para la crisis extrema que se padece, con lo considerado por el Parlamento Europeo, e instado a los Estados miembros, en su Resolución de 13 de noviembre de 2020 sobre el «Impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales» (en particular, apartados 2 y 4 de esta Resolución, en los que respectivamente se «subraya que las medidas extraordinarias deben ir acompañadas de una comunicación más intensa entre los Gobiernos y los Parlamentos» y se pide a los Estados miembros, entre otros extremos,



que «estudien la manera de elevar las garantías del papel decisivo de los Parlamentos en situaciones de crisis y emergencia, en particular en la supervisión y el control de la situación a escala nacional»).

b) RENDICIÓN DE CUENTAS

En cuanto a la rendición de cuentas al Congreso de los Diputados (FJ 9), especificada en la obligación de solicitud de comparecencia bimestral por el Presidente del Gobierno y mensual por el Ministro de Sanidad, ya declaradas inconstitucionales por su conexión con el periodo de seis meses de duración de la prórroga, el Tribunal considera no obstante que se limita a establecer un marco temporal de regularidad en el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas que no excluía otros llamamientos análogos, lo que *no merece reproche de inconstitucionalidad ni en cuanto a la periodicidad ni en cuanto al contenido*, referido a la situación estática y evolutiva de la pandemia.

c) DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES COMPETENTES DELEGADAS (FJ 10)

En cuanto a la designación in genere de los presidentes de las CCAA como autoridades competentes delegadas, la sentencia entiende *que contraviene lo dispuesto en el artículo 7 LOEAES*, habiendo sido de hecho tal posibilidad rechazada en la tramitación parlamentaria del proyecto.

En lo que aquí interesa, se declara que ha desconocido la posición institucional del Congreso y del Gobierno y las relaciones entre ambos, por acordarse por el Gobierno inicialmente sin reserva alguna de instrucciones, supervisión efectiva y eventual avocación, habida cuenta de que al Gobierno, como autoridad competente, es al único que corresponde responder ante el Congreso. La Cámara asumió este apoderamiento, retrayéndose así también de la posición constitucional que le es propia, teniendo en cuenta que su autorización de la prórroga es un elemento determinante del alcance, de las condiciones y términos de la misma, así como de los efectos.

«[E]l Congreso quedó privado primero, y se despojó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciante, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las

asambleas legislativas respectivas («en los términos y condiciones que estas tengan determinados», según se apuntó, ante la hipótesis de prórroga, en el apartado III del preámbulo del Real Decreto 926/2020»).

En consecuencia, la rendición de cuentas quedó limitada a comparencias del Presidente del Gobierno y de los dos sucesivos titulares del Ministerio de Sanidad, sin que los presidentes de las CCAA pudieran ser sometidos al régimen de control político por el Congreso, en orden a la aplicación de las medidas previstas «toda vez que no fue el Gobierno el que aplicó las medidas y gestionó directamente dicha aplicación, ni tampoco la «modulación, flexibilización, suspensión» o «regresión» de aquellas medidas. Quedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma. Control parlamentario que está al servicio, también, de la formación de una opinión pública activa y vigilante y que no puede en modo alguno soslayarse durante un estado constitucional de crisis».

La conclusión es la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las referencias a las autoridades competentes delegadas que fueran inseparables de la designación viciada de invalidez.

En suma, se estiman (FJ 11), «las pretensiones de inconstitucionalidad y nulidad relativas a la duración de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como a la regulación del régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto Autoridad competente, en los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de ciudades autónomas», que impone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones o fragmentos de reglas que se individualizan (art. 39.1 LOTC), declarando que «esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido específicamente, en el art. 40. Uno LOTC».

Por lo que se refiere a los cuatro **votos particulares** formulados, destacaremos —aparte de que todos señalan contradicciones o apartamientos de la sentencia anterior sobre el estado de alarma— de los dos primeros (Balaguer, Conde Pumpido) el reprochar a la sentencia de la mayoría que no haya tenido en cuenta una *interpretación evolutiva* de la Constitución a partir de la realidad del Estado Autónomo, así como no haber respetado la libertad de apreciación de la Cámara en la duración de la prórroga, y haber creado un nuevo canon de constitucionalidad excluyendo la aplicación del principio de proporcionalidad .

En el voto del Magistrado Conde Pumpido compartimos el argumento que rebate *la falta de motivación de la prórroga* por el Congreso de los Diputados. En

efecto, aquella se desprende no sólo de la asunción de la aportada por el Gobierno, sino también de los debates parlamentarios. El Magistrado Xiol se ocupa también de este punto.

De los votos particulares formulados por el Magistrado Xiol y el Presidente González Rivas cabe resaltar su argumentación sobre la *naturaleza y tipo de delegación utilizada*, que responde a una delegación propia por un acto con rango de ley, en la que la titularidad de la competencia continúa en manos de la autoridad delegante, entendiéndose dictadas las resoluciones por el órgano delegante, también a efectos de impugnación.

El razonamiento sobre la interpretación del plazo de prórroga con el resto de la regulación constitucional, contenido en el voto del Presidente González Rivas aun para rechazarlo, creo que debió haber sido contemplado en la sentencia llegando a la conclusión contraria. En mi opinión, esa falta de proporcionalidad en relación con el diseño completo del artículo 116 es evidente cuando el plazo de la prórroga es de seis meses. Y ello por lo señalado al principio de este epígrafe en relación con la prórroga, porque se eluden los debates periódicos sobre las eventuales prórrogas de menor duración —donde podrían alzarse en sede parlamentaria las voces de la oposición al más alto nivel—, así como las votaciones que permiten comprobar la subsistencia, incremento o disminución del apoyo inicial.

Y enlazo mi comentario con la cuestión de la rendición de cuentas, tampoco considerada inconstitucional en sí por la sentencia, sino por su relación con una prórroga que no se ha declarado inconstitucional por su duración sino por la forma en que se ha formulado. No estoy de acuerdo con que la dación de cuentas sobre el estado de alarma se mantiene en la medida en que se mantienen los instrumentos de control ordinario durante el estado de alarma.

La relevancia de que existan esas comparecencias periódicas en Pleno del Presidente del Gobierno y en Comisión del Ministro competente radica en la *obligatoriedad*, que establece el Real Decreto de declaración o el acuerdo de autorización de la prórroga, *de que el Gobierno solicite* las comparecencias con esa periodicidad, porque eso asegura su celebración.

Como es sabido, la celebración de comparecencias de iniciativa parlamentaria queda en manos bien de la Junta de Portavoces —si es en Pleno como son las del Presidente del Gobierno—, bien de la Mesa de la Comisión o de la propia Comisión: en todos los casos es tanto como decir que queda en manos de la mayoría. Es decir, si sólo se cuenta con el control ordinario, esas comparecencias no podrían celebrarse nunca, si la mayoría se opone, a instancias de las minorías de oposición. De ahí la importancia de que la obligación del Gobierno de solicitar la comparecencia —que implica su celebración— y su periodicidad se fijan, si no en el Real Decreto de declaración, porque su duración es breve, sí en los que declaran las prórrogas, sobre todo si son éstas son largas o reiteradas,

como ha sido respectivamente el caso en el segundo y primer estados de alarma generales por Covid-19.

Se dirá que la democracia se sujeta a la regla de la mayoría. Pero si aplicamos el aforismo clásico *the minority should have its say, the majority shall have its way*, deducimos que al menos un debate en que se oigan las posiciones de las formaciones políticas representadas debe existir con una periodicidad razonable, incluso en el supuesto de que de ello no resulten votaciones en las que la mayoría se imponga.

Si se compara con el primer estado de alarma por Covid-19, en que las comparecencias del Presidente y el debate sobre la prórroga fueron quincenales, y las comparecencias del Ministro de Sanidad semanales, vemos la evidente desproporción con una comparecencia cada dos meses del Presidente y mensual del Ministro — quincenal en el texto del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que fue modificado en este punto por la autorización de prórroga— que se produjo en el segundo.

Que la Constitución imponga en su artículo 111 para las preguntas e interpelaciones que los Reglamentos han de establecer un tiempo mínimo semanal, es reflejo del control continuado propio del régimen parlamentario en tiempo ordinario. Qué menos que respetar esa continuidad en el control específico respecto de un estado de alarma prorrogado por seis meses.

Como ha podido comprobarse con el comentario anterior, comparto la declaración de inconstitucionalidad de la prórroga por seis meses, aunque no por los argumentos utilizados. Si en la sentencia 168/2021 se consideró que la suspensión de plazos acordada por la Mesa del Congreso suponía la falta de control ordinario, lo que lesionaba el derecho de participación política, en este caso es la escasez de control específico sobre el estado de alarma el que debió apreciarse.

En todo caso, concluiré con el título de un artículo publicado por la Catedrática Teresa Freixes tras conocerse el fallo de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la prórroga de seis meses: «Lo que los juristas decíamos al Gobierno»<sup>12</sup>.

#### IV. Conclusión

Las tres sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español complican al Gobierno la posibilidad de una eventual declaración de un estado de alarma que limite en alto grado los derechos fundamentales, que aquél ha considerado suspensión, con el consiguiente fallo anulatorio, bien que sin otros efectos prácticos que las sanciones que se hayan impuesto por romper el confinamiento.

Una reforma de la LOEAES que la adecúe a la nueva problemática planteada por la pandemia puede desbloquear esta situación.

<sup>12</sup> FREIXES, T., «Lo que los juristas decíamos al Gobierno», *Iustel Diario del Derecho*, 28 de octubre de 2021.

# PANDEMIA POR COVID-19 Y EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO\*

ALFONSO HERRERA GARCÍA  
*Profesor de la Universidad Panamericana*

## I. Líneas introductorias

Es obligado iniciar estas líneas con una certitud. Ninguna aplicación más o menos razonable de un ordenamiento jurídico puede determinar el éxito o el fracaso del combate a una pandemia como la que ha asolado al mundo desde inicios del 2020. Ninguna estrategia institucional, por más jurídicamente satisfactoria que sea, pudo ser suficiente para frenar los estragos a la salud pública de un virus con la potencialidad de contagio y de fallecimientos como la demostrada por la COVID-19.

Fue entre febrero y marzo de 2020 cuando aparecieron los primeros contagios en los países latinoamericanos. El primer caso confirmado en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. A partir de esos momentos, estuvo latente en nuestra región la pregunta acerca de qué podían las Constituciones políticas por sociedades inmersas en el peligro de una pandemia activa. Este interrogante tiene sentido no sólo porque las medidas adoptadas por los gobiernos no pueden dejar de tener un asidero jurídico. En función de las diversas etapas pandémicas es perfectamente posible evaluar la pertinencia o la efectividad de esas medidas, de cara a las posibilidades jurídicas que tenían los poderes públicos para afrontarlas.

Cabe cuestionarnos si el distanciamiento social y las medidas de higiene frente al contacto físico, recomendados por la Organización Mundial de la Salud, se

---

\* Algunas ideas preliminares de esta ponencia fueron desarrolladas en el VII desayuno constitucional: «Constitución y emergencia sanitaria», organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 17 de julio de 2020. Agradezco a los participantes de ese desayuno virtual, así como del Encuentro Iberoamericano, sus reacciones y cuestionamientos, algunos de los cuales fueron tomados en consideración a la hora de redactar este texto.

implementaron con la debida oportunidad o con la intensidad pertinente, por ejemplo. También es posible valorar cuan fiel a las instituciones dispuestas para estas emergencias en las Constituciones han sido legítima o apropiadamente aplicadas. Todo ello, sin dejar de considerar la problemática situación que padecen muchas de las instituciones, tanto de salud como de seguridad pública, en nuestra región.

Al momento en que se revisa este texto (noviembre de 2022), México ocupa el quinto lugar mundial por número de fallecimientos ocasionados por el nuevo coronavirus (330,393, según cifras oficiales); y el segundo lugar en América Latina, sólo después de Brasil, de acuerdo con los datos estadísticos de la Universidad Johns Hopkins.<sup>1</sup>

En este artículo, presentaré una reflexión acerca de la problemática jurídico-constitucional mexicana. Esta situación evidencia, desde mi punto de vista, una ineficacia general debida a un conjunto de omisiones deliberadas frente a esta grave pandemia.

## II. La Constitución mexicana frente al coronavirus

En la discusión constitucional mexicana —que no en la discusión política, donde no tuvo lugar la ambivalencia— se advirtió que había dos posibilidades para enfrentar la crisis sanitaria. La primera, desplegar los efectos de la suspensión de derechos (art. 29 de la Constitución). La segunda, instalar el llamado Consejo de Salubridad General por casos de «epidemias de carácter grave» (art. 73). Esta última posibilidad no implicaba una excepción constitucional sino, en principio, medidas preponderantemente administrativas en el sector de la salud pública. El gobierno federal mexicano no dudó en implementar el segundo procedimiento y excluir el primero.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, era posible pensar una distinta doble solución: a) declarar formalmente un estado constitucional de emergencia, con la consecuente identificación de derechos y libertades con tutela reforzada mientras se hiciera frente a la misma; y b) hacer convivir ambos mecanismos, estado de emergencia e instalación de Consejo de Salubridad, con una comprensión constitucionalmente adecuada de la crisis sanitaria.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Estos datos fueron obtenidos de la página Web del *Coronavirus Resource Center* de esa Universidad: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

<sup>2</sup> Una posición distinta a la aquí sostenida puede verse en: Zeind Chávez, M. A., «Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?», en: *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 18 de marzo de 2020, consultable en el enlace: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11192> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022).

La declaración de excepción fue tratada en el estratégico discurso oficial como una ruta para suspender ilimitada e indiscriminadamente derechos y libertades. Tuvo un propósito muy claro: generar un rechazo social a la suspensión, mientras este escenario sí estaba verificándose (no sin llamativas complejidades, por supuesto) en otros países del mundo.

No obstante, la señalada vía dual de acción habría ceñido a las autoridades gubernamentales a someterse a los controles excepcionales del artículo 29 constitucional, en términos de derechos insuspendibles y de participación activa de los tres poderes de la Unión. Esa ruta dual habría involucrado directamente al Congreso Federal en el análisis de la emergencia. El Congreso habría tenido el deber de aprobar el decreto presidencial inicial de suspensión. Además, le habría obligado a analizar si debían concederse, o no, distintas autorizaciones al presidente de la República para hacer frente a las gravidades sobrevenidas de la crisis. El Congreso habría tenido facultades para revocar las medidas de carácter normativo que, motivadas por la pandemia, hubiera emitido el Ejecutivo federal.<sup>3</sup> Habría tenido atribuciones para revocar incluso las medidas administrativas que adoptara el Presidente, sin que a éste pudiera asistirle una facultad de veto a este respecto. Todo ello está así dispuesto en el artículo 29 constitucional.

Sin la declaratoria de excepción también se privó a la Suprema Corte de analizar de manera oficiosa el propio decreto presidencial de suspensión y sus medidas sucesivas. Sin la declaratoria correspondiente, prácticamente se anularon los mecanismos públicos y dialógicos de la Constitución para enfrentar la pandemia. Exigibles todos ellos pese a la inexistencia de la ley reglamentaria del artículo 29. Por cierto, una ley que debió emitirse por el Congreso de la Unión desde el 11 de junio de 2012, por mandato de la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, sin que al momento, más de diez años después, se haya expedido.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> En los meses pandémicos, proliferaron acuerdos presidenciales de dudoso apego a la legalidad o a la constitucionalidad, incluso algunos con nula conexión a la crisis sanitaria pero emitidos en el marco de esa dinámica regulatoria. Un ejemplo de ello es el denominado «Acuerdo por el que se dispone de la fuerza armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria», publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2020. En torno a ese acuerdo se han reunido interesantes análisis en el libro: Vv. Aa., *Emergencia sanitaria por COVID-19. Un acuerdo desconcertante ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* [N. González Martín, coord.], Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

<sup>4</sup> Véase el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma respectivo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011. Junto a E. Ferrer Mac-Gregor escribimos un comentario a este precepto constitucional: «Artículo 29», en: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, tomo VII (sección tercera), Cámara de Diputados / SCJN / TEPJF / CNDH / INE / Senado de la República / IJ-UNAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2016, pp. 669-694.

### III. La jurisdicción evadida: Suprema Corte y Poder Judicial como guardianes de la suspensión de derechos en una emergencia sanitaria

La reforma del 10 de junio de 2011 introdujo la competencia de la Suprema Corte para que, de oficio, revisara «inmediatamente» los decretos expedidos por el Ejecutivo durante una suspensión de derechos. Este elemento procedimental es inédito para el constitucionalismo mexicano y resulta claramente revelador de la transformación democrática del mecanismo de la suspensión.

Dice el párrafo relativo del artículo 29 de la Constitución:

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Esta competencia es la única que la Constitución reconoce a la Suprema Corte como una atribución que puede ejercer de oficio, desde el impulso mismo del control jurisdiccional, esto es, sin que medie petición de parte alguna. La configuración competencial cobra todo su sentido por el extraordinario interés social que recae sobre un acto del poder público de tanta gravedad para el Estado y para la sociedad. En este tenor, el control de regularidad de la medida puede activarse por la propia Corte desde el momento inmediatamente posterior al en que esos actos hayan tenido lugar.

Por otro lado, aun cuando no se prevé de manera expresa una vía diferente al control oficioso, no hay razones jurídicas encomiables para negar la procedencia del juicio de amparo en contra de actos concretos de aplicación del decreto suspensivo, aún por vicios de la propia legislación de emergencia.<sup>5</sup> Así incluso sucedió en determinados supuestos durante la única experiencia histórica de excepción bajo la Constitución de 1917, hoy aún vigente.

Cuando se emitió el decreto de suspensión publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1942 (con motivo de la participación de México en la 2ª Guerra Mundial), la correlativa Ley de Prevenciones Generales, reglamentaría de ese decreto, estableció en su artículo 18 la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclamara la inconstitucionalidad de alguna disposición de las leyes

---

<sup>5</sup> En ese sentido: Fix-Zamudio, H., «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 851; Burgoa, I., *Las garantías individuales*, 41ª ed., Porrúa, México, 2011, pp. 230-242; Carpizo, J., «México, la Constitución y las situaciones de emergencia», en: *Temas constitucionales*, 2ª ed., Porrúa / UNAM, México, 2003, p. 45.



de emergencia o de algún acto derivado de ellas. La Suprema Corte, al conocer de casos de aplicación de esa Ley, estableció que la improcedencia del amparo no podía ser lisa y llana, sino que debía analizarse la debida aplicación de las leyes de emergencia en cada caso, y resolver en consecuencia. Además, determinó que el amparo en tiempos de excepción no era improcedente si las leyes reclamadas no estaban relacionadas con la suspensión de garantías.<sup>6</sup>

En el marco actual, puede igualmente sostenerse que dependería de los méritos de cada caso concreto dilucidar la admisibilidad del juicio de amparo en un contexto de emergencia. Podría pensarse que, si se cumplen a cabalidad las exigencias de la suspensión, por ejemplo, que se suspenda un derecho no indicado como «insuspendible», y que efectivamente haya debido decretarse para hacer frente rápida y eficazmente a una situación emergente, se actualizaría la improcedencia de un amparo. Sin embargo, por regla general, en estos casos no podría desecharse un juicio sin un análisis de fondo de los planteamientos de una demanda.

Por tanto, en términos generales, el juicio de amparo también resultaría una vía idónea para que los tribunales de la Federación analizaran la supuesta vulneración a cualquiera de los elementos que la Constitución y el orden internacional imponen a las autoridades en circunstancias extraordinarias. De hecho (si bien, fuera de un contexto formal de suspensión), ese ha sido el rol del amparo durante la pandemia por COVID-19, a través del cual jueces federales se han pronunciado sobre posibles vulneraciones a derechos y libertades, a veces incluso con medidas de suspensión de actos reclamados.

Ahora bien, al respecto debe también tomarse en cuenta lo determinado por la Corte Interamericana al resolver la improcedencia de la suspensión de las «garantías judiciales indispensables» para la protección de derechos insuspendibles, así como respecto de la institución del *habeas corpus*. En la Opinión Consultiva OC-8/87, dicha Corte estimó que tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.6, como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1, ambos de la Convención Americana, son «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.<sup>7</sup>

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia interamericana, los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2 de

---

<sup>6</sup> Para un análisis pormenorizado del artículo 18 de esa Ley, véase: Burgoa, I., *Las garantías individuales*, op. cit. nota anterior, pp. 231-242.

<sup>7</sup> Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género, en tanto que el *habeas corpus* es uno de sus aspectos específicos. Cfr. Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 34.

la Convención.<sup>8</sup> Ello dista de ser irrelevante para la comprensión de este tema en el sistema constitucional, considerando que una conclusión contraria compromete las obligaciones del Estado mexicano con el sistema interamericano y con la comunidad internacional.<sup>9</sup>

Finalmente, cabe cuestionarse acerca de la posibilidad de controvertir actos y normas relativos al procedimiento de suspensión de derechos y garantías mediante otras vías de control de constitucionalidad, como las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.

En lo tocante a las controversias constitucionales (conflictos de competencia), no debieran suscitarse demasiadas dudas en que también constituye una potencial vía para impugnar tanto decretos de suspensión como otros actos en diversas etapas de los procedimientos. En esta vía es posible considerar como eventual objeto de impugnación las leyes emanadas de las facultades presidenciales extraordinarias para legislar, así como las etapas del procedimiento mediante el cual el Congreso otorgue las mismas.<sup>10</sup> Para ello, desde luego, sería necesario que las controversias fueran promovidas por un sujeto legitimado, a la luz del artículo 105, fracción I, de la Constitución, en contra de actos de los poderes públicos que participan en estos casos.<sup>11</sup>

Por cuanto hace a las acciones abstractas de inconstitucionalidad, considerando que no existe una causal expresa de improcedencia, en el sistema en vigor no habría obstáculo legítimo alguno para negar su análisis por la Suprema Corte.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafos 42-43 y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: 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, párrafos 26, 31-33.

<sup>9</sup> Al respecto, permítasenos otra remisión a: Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A., «La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos», en: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, tomo V (sección segunda: Transversalidad constitucional con prospectiva convencional), Cámara de Diputados / SCJN / TEPJF / CNDH / INE / Senado de la República / IIJ-UNAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2016, pp. 925-947.

<sup>10</sup> Coincido en este punto con lo planteado por Cossío Díaz, J. R., *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008, pp. 144-145.

<sup>11</sup> Cfr. Herrera García, A. y Caballero González, E. (eds.), *Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional con jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 9-11.

<sup>12</sup> Por la importancia de su pensamiento en estos temas, tómesese en cuenta que, al analizar el esquema anterior a la reforma de 2011, H. Fix Fierro fue de la opinión que las acciones de inconstitucionalidad resultarían «notoriamente improcedentes para combatir las leyes de emergencia que dictara el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias». Cfr. Fix Fierro, H., «Artículo 29», *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18ª ed., tomo I, Porrúa / UNAM-IIJ, México, 2004, p. 508.

En mi opinión, no alteraría esa conclusión que las leyes sean «de excepción», a diferencia de aquellas que se generan en la normalidad constitucional, por más que aquellas leyes no son producidas por el Poder Legislativo sino por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades delegadas.

Las condiciones de anormalidad incentivan aún más un escenario de control jurisdiccional sobre esas leyes. Además, toda vez que en la actualidad la Corte está facultada de manera expresa para conocer de la validez de los decretos de suspensión, no se advierten razones suficientes para negar que pueda juzgar la constitucionalidad y validez de las leyes de emergencia cuando el control sea instado por un sujeto legitimado en acciones de inconstitucionalidad.

Como se observa, los límites a los poderes políticos en un estado de excepción constitucional son en la actualidad sumamente amplios y complejos. También lo son, por tanto, los controles que desde la máxima Corte del país pueden y deben desplegarse en esas extraordinarias circunstancias. Se trata de un precio apenas justo que hay que pagar a cambio de un intervencionismo estatal legítimo que, de conformidad con el artículo 29, permitiría hacer frente a crisis que pongan en entredicho la existencia misma del Estado o que pongan en grave riesgo a la sociedad mexicana.

El impacto extraordinario que ha demostrado el coronavirus en México se traduce en la constatación de más de 330,000 fallecimientos oficialmente considerados, con motivo de la enfermedad que provoca. Esta sombría situación ubica al país como destacado ejemplo negativo en el concierto mundial. Si ese impacto extraordinariamente dramático para la sociedad no ameritaba formalizar una excepcionalidad constitucional (porque la hubo «de facto» en ciertos aspectos, y de manera incontrolada, como lo referiré a continuación), entonces ninguna otra circunstancia podría considerarse capaz de reunir los presupuestos normativos de inusitado riesgo para la sociedad, bajo la perspectiva del artículo 29 constitucional.

#### IV. La evasión de controles democráticos como problema constitucional

La situación ocurrida bajo la pandemia por coronavirus ha reflejado el extremo indeseable contrario al sentido democratizador de las emergencias: un Congreso federal ausente en la peor crisis de salud pública y potencialmente económica que haya experimentado el país en todo un siglo. Una Suprema Corte que no tuvo ocasión de emitir un pronunciamiento inmediato relevante respecto de ninguna acción u omisión relacionada con la pandemia. El Poder Judicial apenas pudo emitir resoluciones adyacentes, mediante resoluciones cautelares de jueces

federales en juicios de amparo, en una lógica difusa y, por tanto, inconexa de los casos.<sup>13</sup>

Como lo he afirmado, la aplicación del artículo 29 constitucional habría fijado un caparazón jurídico infranqueable a ciertos derechos fundamentales. Habría llevado, por ejemplo, a decretar la prohibición de suspender derechos tales como la integridad personal, la protección de la familia, los derechos de la niñez, o los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de estos propios derechos, entre otros básicos, en consonancia con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, tampoco se activó la obligación de notificar las medidas gubernamentales a la Organización de Estados Americanos, en términos de ese tratado interamericano. La Convención Americana es, para México, como se dijo, un ordenamiento que agrega límites irreductibles a la actuación estatal en el procedimiento de suspensión de derechos.<sup>14</sup>

Adicionalmente, cabe considerar un escenario que en todo caso debió materializarse, pese a la evasión del artículo 29 y las consecuentes omisiones que ello conllevó. En mi opinión, si la Constitución preveía limitaciones estrictas para afrontar un estado de emergencia, el sentido finalístico de ellas no podía ignorarse cuando se optó por el procedimiento habilitante de facultades formalmente administrativas de cara a la pandemia. El hecho de no transitar los dificultados controles del estado de emergencia y las reglas correlativas de la suspensión de derechos, no podía interpretarse en el sentido de que la vía de la gestión administrativa se sustraería de dichos controles. La sistemática constitucional no podía pretender el absurdo de que, si no pueden suspenderse ciertos derechos en la excepción, en cualquier otro caso sí pueden implícitamente suspenderse esos mismos derechos. Como en el caso de un estado de «normalidad» con especiales atribuciones epidemiológicas para autoridades administrativas.

Sin embargo, de facto, esa anomalía sí se verificó en una cierta medida en la realidad: se decretó en sede administrativa la suspensión de actividades denominadas «no esenciales», con restricciones a la libertad de comercio, la libertad de movilidad o la libertad de trabajo, mediante acuerdos de autoridades sanitarias.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Para un ejemplo de estos juicios, véase: García Montero, Y., y Hernández León, S., «Ciencia, derecho y Covid-19: el amparo sobre los equipos de protección del personal de salud», en: *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 1 de junio de 2020, consultable en el siguiente enlace: <https://el-juegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11592> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022).

<sup>14</sup> Así, también: Salazar Ugarte, P., «Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción», en *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* [E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa y Ch. Steiner, coords.], tomo I, SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, p. 237.

<sup>15</sup> Cfr. Garza Onofre, J. J.; López Ayllón, S.; Luna Plá, I.; Martín Reyes, J.; y Salazar Ugarte, P., «México: Democracia en vilo —y Constitución también—», en VV. AA., *Emergencia sanitaria por*

El discurso oficial siempre buscó comunicar que la «suspensión» de derechos implicaba la mera «suspensión» sin tutela reforzada de derechos básicos, y el uso de la fuerza para hacer valer coercitiva e indiscriminadamente esas limitaciones. Sin mencionarlo, o más bien, en la búsqueda deliberada de ignorarlo, buscó legitimar la inhabilitación del artículo 29.

El estado constitucional de emergencia, bien comprendido, fija límites democráticos a la autoridad presidencial. En cambio, sin decretarlo formalmente, en tiempos de coronavirus se abrió paso a limitaciones ilegítimas. Se dejó a la merced y a la voluntad de los acuerdos del Poder Ejecutivo el goce y ejercicio de libertades. Las restricciones a las actividades económicas y laborales se sujetaron a fuentes ajenas a la ley y se prescindió de la intervención de los máximos órganos del Estado mexicano para analizar las preocupaciones de la pandemia.

## V. Algunos casos (tardíos) ante la Suprema Corte

Como se mencionó al principio, el primer caso confirmado de contagio por COVID-19 en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. Ha sido casi un año después cuando una Sala del máximo tribunal del país se pronunció por primera vez para resolver un caso jurisdiccional relacionado con la pandemia. Por su parte, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte lo hizo casi dos años después.

En su sesión del 20 de enero de 2021, al resolver vía remota las controversias constitucionales 72/2020 y 96/2020, la Segunda Sala reconoció la validez de dos decretos que había emitido el Poder Ejecutivo del Estado de Sonora vinculados con la declaratoria estatal de emergencia por COVID-19 y la reapertura de actividades económicas en esa entidad federativa del norte del país. En esencia, la Sala reconoció que una entidad federativa cuenta con facultades para regular estas materias, entre otras razones porque el régimen federal no impide su competencia para decretar medidas de vigilancia epidemiológica, prevención y control de enfermedades transmisibles de naturaleza aguda e infecciosa, como la derivada del virus SARS-CoV2.

Durante el 2021, las Salas analizaron otro par de casos en los cuales la COVID-19 constituyó un elemento fáctico relevante. La Primera Sala determinó que en el contexto de la pandemia podía suspenderse la convivencia presencial entre padres e hijos a efecto de que se realizara a distancia, a través de medios electrónicos (contradicción de tesis 267/2020).<sup>16</sup> Mientras que la Segunda Sala negó la

---

COVID-19. *Derecho constitucional comparado* [N. González Martín y D. Valadés, coords.], Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, pp. 109-112.

<sup>16</sup> Resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte el 17 de marzo de 2021.

suspensión de un acuerdo federal que preveía la política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, en el territorio de un municipio (recurso de reclamación 30/2021-CA).<sup>17</sup>

En cambio, el Tribunal Pleno pudo analizar un asunto vinculado con la pandemia hasta su sesión del 8 de febrero de 2022. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 48/2021 (control abstracto) en la cual estudió la constitucionalidad de una reforma a la Ley Estatal de Salud del Estado de Nuevo León. Esta reforma de orden estatal había establecido el uso obligatorio de cubrebocas como medida de seguridad durante el tiempo que permaneciera vigente una emergencia sanitaria declarada por la autoridad competente. El análisis se concentró en un aspecto competencial: se concluyó que esa regulación no transgredió las competencias de la federación en materia sanitaria porque tenía cobertura en una habilitación normativa reconocida a las entidades federativas en la Ley General de Salud. Esta Ley es una fuente legítima, de acuerdo con una línea de jurisprudencia constitucional, en cuanto la materia de salubridad general es concurrente para la federación y los estados de la República.

Sin embargo, son dos los casos más destacados que sobre la pandemia por COVID-19 ha resuelto la Suprema Corte, ambos en este 2022. Por tanto, ambos prácticamente irrelevantes para coadyuvar con el difícil combate del Estado mexicano al nuevo coronavirus, considerando el inoportuno —por desfasado— momento de su debate y resolución.

En la contradicción de tesis 152/2021, resuelta en la sesión del 25 de mayo de 2022, la Segunda Sala resolvió que el personal médico del sector privado debía ser vacunado contra el virus SARS-CoV2 en iguales condiciones que el personal médico del sector público. En el caso, dos tribunales federales habían sostenido criterios contradictorios en dos fundamentales temas: el primero, si la suspensión en el amparo debía analizarse de oficio o a petición de parte; y el segundo, si debía concederse la medida cautelar en casos en los que se reclamara la omisión de las autoridades sanitarias de vacunar contra el coronavirus a médicos del sector privado que prestaban servicios médicos cotidianos. La resolución que negada otorgar la medida cautelar, asumida por uno de los tribunales federales discrepantes, tenía su base en la aplicación irrestricta de la política nacional de salud, que excluyó a los médicos privados de los grupos prioritarios de la población candidata a la vacunación.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 2 de junio de 2021.

<sup>18</sup> Véase la estrategia de vacunación, etapas y logística establecida en: «Política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV2 para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector», versión 5.1, Gobierno de México, 28 de abril de 2021, en especial, pp. 31-44. Disponible en: [https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/28Abr2021\\_13h00\\_PNVx\\_COVID\\_19.pdf](https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/28Abr2021_13h00_PNVx_COVID_19.pdf)

La Segunda Sala determinó que, en términos de la Ley General de Salud, en la medida en que tanto el personal del sector público como el del sector privado forman parte del mismo sistema nacional de salud, las autoridades encargadas de aplicar la vacuna contra la COVID-19 debían suministrar a todos, en las mismas condiciones y tiempos, las dosis y refuerzos posteriores de la vacuna. El hecho de no contar con la vacuna (que en México fue administrada exclusivamente por la autoridad federal) los médicos privados prestaron atención médica sin la protección inmunológica necesaria para disminuir altas posibilidades de contagio, o para evitar el desarrollo de formas graves de la enfermedad. Así, la omisión de vacunar médicos del sector privado constituyó un acto discriminatorio y violatorio de su dignidad humana.

Además, se determinó que la medida cautelar que al respecto se solicitara en la demanda de amparo debe concederse, de oficio y de plano, a todas las personas médicas que reclamen la omisión de la vacunación por parte de las autoridades sanitarias responsables de ejecutar esa política. Así debe interpretarse el artículo 126 de la Ley de Amparo con base en el cual la suspensión debe otorgarse en casos de peligro de contagio y, en consecuencia, cuando haya riesgo de pérdida de la vida por la prolongada exposición directa a altas cargas virales.

Por otra parte, son también trascendentes (igualmente, por su temática, que no por su oportunidad) las contradicciones de tesis 255/2021 y 8/2022, ambas decididas por el Tribunal Pleno el 27 de junio de 2022. En estos casos, la discrepancia entre los tribunales colegiados de circuito involucrados consistía en si debía concederse, o no, la suspensión del acto reclamado en juicios de amparo en los que se hubiere promovido la omisión de aplicar la vacuna contra el virus SARS-CoV2 a niñas, niños (entre 5 y 11 años) y adolescentes (entre 12 y 17 años) sin comorbilidades.

La Suprema Corte determinó que la omisión de aplicar las vacunas autorizadas por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) colocaba a las niñas, niños y adolescentes que no contaran con dichas vacunas, en una situación de riesgo de contagio. Por lo que, en caso de contraer la enfermedad, resultaría físicamente imposible restituir su derecho a la salud.

El artículo 127 de la Ley de Amparo, fracción II, establece que el incidente de suspensión debe abrirse de oficio «siempre que se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado». Por tanto, la Corte concluyó que en estos casos la suspensión debe concederse a niñas, niños y adolescentes que no padecen alguna comorbilidad. Se determinó que en estos casos las autoridades responsables deben aplicar a personas demandantes que pertenecen a este grupo etario, a la brevedad posible, el esquema completo de vacunación.

## VI. Una cuestión conclusiva ¿es posible una aplicación constitucionalmente adecuada de un estado de emergencia sanitaria?

Como he tratado argumentar en estas líneas, frente a la impactante pandemia por COVID-19, la Constitución mexicana proporcionaba al menos dos esquemas hipotéticos que no debieron considerarse indisociados. Bien pudo haberse declarado formalmente la excepción con una función esencialmente persuasiva, no policial —y menos, militarizante— en el marco del combate a la pandemia. Al mismo tiempo, bien pudieron habilitarse facultades emergentes al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Salud para afrontarla.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo tener finalidades no necesariamente coercitivas en sentido fuerte. La Constitución puede aplicarse para conseguir otros efectos en el discurso gubernamental y sobre todo en la convivencia en espacios públicos durante una pandemia. Pudo buscar efectos didácticos en la conciencia social respecto a la magnitud del grave problema sanitario que se atravesaba. Pudo poner en el centro de la discusión pública las necesidades de cuidados extremos con talante pedagógico y también dialéctico.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo ser posible para paliar, reducir o aminorar la discrecionalidad política. La discrecionalidad política ante un fenómeno epidémico con tan pocas certezas, además de indeseable, se reveló imprecisa, errática, confusa y contradictoria para la ciudadanía.

No puede pretenderse que las Constituciones provean de soluciones inequívocas para casos extraordinariamente fortuitos. No se trata de apelar a la ilusión de que las normas jurídicas sean capaces de conseguir la suspensión automática de una pandemia. Tampoco se trata de trazar una solución institucional ajena a la debilidad que en México experimenta el Estado de derecho, la cultura de legalidad y de cumplimiento de la ley. O ajena a la fragilidad de la infraestructura de una seguridad pública no experimentada, ni menos profesionalizada, para esta clase de contingencias. No se trata de ignorar la desigualdad social y económica de carácter estructural que, como en otras latitudes, se padece en el país.

De lo que se trata es de que se tomen en serio los instrumentos que en algún momento histórico se establecieron precisamente para posibles escenarios de riesgo, que pusieran en predicamento la supervivencia de la población. Esos instrumentos no fueron colocados de manera gratuita en la Constitución. No se previeron para protagonizar su inutilidad. Se establecieron y adaptaron para cumplir una función rectora, para disciplinar la actuación política frente a fenómenos incontrolables o difícilmente controlables por la voluntad humana. Se pusieron ahí para algo: para sentar pilares democráticos frente a potenciales crisis.



Los estados de urgencia o emergencia no son licencias para la arbitrariedad o la discrecionalidad incontrolada. El Estado de derecho no habilita su exención en estados de emergencia. Por el contrario, en circunstancias pandémicas, debe comprenderse como habilitante de mecanismos para conseguir la legítima protección de los bienes en juego. Permite que las políticas se sometan a las respuestas de la ciencia, así como, primordialmente, a las técnicas jurídicas propias del Estado democrático de Derecho.

En definitiva, toda Constitución democrática tiene un indudable papel que cumplir incluso en los desoladores e inciertos tiempos de una pandemia.



# LA PRIMERA LEGISLATURA DEL PRESIDENTE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR Y LA ELECCIÓN INTERMEDIA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19

CECILIA MORA-DONATTO

*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

## 1. Contexto

En las líneas siguientes analizaremos las situaciones más relevantes que se presentaron durante la primera legislatura con la que cogobernó el presidente Andrés Manuel López Obrador y como podrá advertirse durante su desarrollo, casi a la mitad de ésta sobrevino la pandemia por Covid-19, más allá de esa tragedia mundial para nosotros es importante hacer una valoración sucinta del trabajo que el presidente, recién electo y con un amplio capital político, encabezó de la mano del Congreso mexicano durante la LXIV legislatura y, a partir de ello, destacar algunas de las medidas reglamentarias que asumió la LXV Legislatura relacionadas con las disposiciones asumidas, tardíamente, para hacer frente a dicha pandemia en sede parlamentaria.

En agosto de 2018 se constituyó, en México, la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión que emergió de las elecciones de julio y frente a la cual Andrés Manuel López Obrador asumió la presidencia de la República el 1° de diciembre de ese mismo año. Dicha legislatura, que se desarrollaría de 2018 a 2021, sería la primera con la que cogobernaría el nuevo presidente y en la cual tendría una amplia mayoría en la Cámara de Diputados, integrada por su partido MORENA (Movimiento de Regeneración Nacional) y sus aliados; la situación en el Senado de la República no era igual pero tampoco constituía un verdadero problema para que avanzarían sus propuestas de reforma constitucional e iniciativas legislativas sin mayores problemas.

Los principales retos de aquel momento histórico para México se concentraban en el ejercicio del gobierno de un presidente que llegó a la titularidad del Ejecutivo Federal con un amplio respaldo de las urnas. El año de 2019 transcurrió como el primer año completo en el que López Obrador gobernó; una anualidad,

podríamos decir, de luces y sombras, no hubo crecimiento económico y el tema de la inseguridad no dejaba de ocupar las primeras planas de los periódicos nacionales, además de la crisis por la escasez de gasolina con la que se iniciaba ese año como consecuencia del plan del gobierno para combatir el robo de ese combustible. La amenaza del presidente estadounidense Donald Trump de imponer aranceles hasta del 25% a las importaciones de México si el gobierno no atendía el tema de la inmigración irregular fue tal vez el mayor peligro para nuestro país desde el extranjero. Adicionalmente, empezaba a marcarse notablemente un fenómeno añejo del sistema político mexicano consistente en la concentración del poder en la figura del presidente de la República.

## 2. En medio de la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión: la pandemia

### A. EL ARRIBO DE LA PANDEMIA A MÉXICO

Durante el primer bimestre de 2020 empezaron a llegar a México una serie de noticias alarmantes sobre un virus que colapsaba los servicios sanitarios de Italia, España e Inglaterra. Ese virus, tal vez, el más conocido hasta hoy, lleva por nombre SARS-CoV-2. La epidemia por Covid-19 que empezó en China se extendía por Europa y llegaría a México el 28 de febrero de ese año, con el primer caso de un joven que estuvo en Italia y llegó a México con toda la sintomatología que se atribuía a dicha enfermedad.

El 11 de marzo, de ese año, la Organización Mundial de la Salud declaró el Covid-19 como pandemia. A partir de ahí entidades de gran importancia y referencia en el país, como la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Politécnico Nacional, entre otras, tomaron las medidas adecuadas y decidieron, el 19 de marzo, cerrar sus instalaciones ante la eminente propalación de la enfermedad por este tipo de coronavirus y con el objetivo principal de preservar la salud de sus respectivas comunidades; por otro lado, el secretario de Salud y presidente del Consejo de Salubridad General hizo la declaratoria nacional pertinente hasta el 30 de marzo de ese mismo año, situación que fue calificada como tardía.

### B. EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES EN SEDE PARLAMENTARIA DURANTE LA PANDEMIA

Como ocurrió en todos los ámbitos de nuestra vida social, económica, cultural y política, la pandemia de COVID-19 vino a trastocar la vida del Poder Legis-

lativo mexicano. No sólo se vieron interrumpidos los trabajos por la imposibilidad de celebrar reuniones presenciales a partir de marzo, cuando le quedaba mes y medio al segundo periodo ordinario de sesiones del Congreso, sino que varias de las reformas que estaban en proceso legislativo se quedaron en pausa, como la regulación del *outsourcing* (subcontratación); una nueva regulación en materia de producción, posesión y consumo de cannabis; la ley reglamentaria para aplicar la reelección de diputados federales en las elecciones federales de 2021, la regulación de la consulta de revocación de mandato, entre otros asuntos.

Mientras que en otros países los parlamentos aprobaron los estados de emergencia y las medidas para limitar los derechos de los ciudadanos, así como, los planes de contingencia económica, en México el presidente de la República actuó libremente a nivel federal, sin ningún tipo de contrapeso, frente a una pandemia que ha cobrado la vida a casi de 320 mil mexicanos. Esta situación a nivel federal contrastó con la actuación de algunos gobernadores de las Entidades Federativas que sí sometieron a la aprobación de sus congresos locales las medidas adoptadas con motivo de la pandemia (Colima, San Luis Potosí, Baja California o Chiapas, estuvieron en dicho supuesto).

En suma, como en otras latitudes y producto de la pandemia de COVID-19 las cámaras del Congreso se vieron obligadas a suspender sus trabajos dejando atrás reformas y designaciones pendientes, así como un vacío en su rol constitucional de control y vigilancia del Poder Ejecutivo<sup>1</sup> que si bien, en México, es escaso el control de esta naturaleza la situación de emergencia sanitaria le proporcionaba al Congreso una inmejorable situación para el ejercicio de este tipo de instrumentos, como pudieron ser las comparecencias, la solicitud de información o, incluso, las preguntas.

Frente a la situación de emergencia sanitaria la Cámara de Diputados acordó el 18 de marzo cancelar las sesiones presenciales del Pleno debido a la contingencia sanitaria por COVID-19 y se dio por concluido el periodo ordinario de sesiones en la fecha prevista en la Constitución, esto es, el 30 de abril de 2020.

A partir de esa fecha, el Pleno se reunió para desarrollar tres sesiones extraordinarias, los días 30 de junio, 22 de julio y 29 de julio. En dichas sesiones se aprobaron la selección de cuatro consejeros del Instituto Nacional Electoral y la discusión de asuntos relativos a la ley de propiedad industrial y derechos de autor, legislación íntimamente vinculada con la aprobación, en junio de 2019, del T-MEC (Tratado de Libre Comercio México, Estados Unidos y Canadá) la

---

<sup>1</sup> Durante este periodo se dictaron acuerdos para suspender los plazos y términos procesales de los asuntos, para establecer medidas para los trabajos de las comisiones ordinarias durante el lapso que durará la emergencia sanitaria en el país, mecanismo para registro y turno de iniciativas y proposiciones con punto de acuerdo. El Acuerdo sobre las reglas básicas de funcionamiento de la Comisión Permanente.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en materia de género y de transparencia en materia de publicidad de sentencias.

Por lo que toca al Senado de la República, las actividades presenciales se suspendieron el día 24 de marzo, seis días después de que la Cámara de Diputados hiciera lo propio, y se convocó a dos sesiones extraordinarias los días 29 de junio y 29 de julio. En ellas, se desahogaron siete dictámenes referentes a reformas de las leyes de Protección a la Propiedad Industrial, de Derecho de Autor, Código Penal Federal, Ley Aduanera, Ley Federal sobre Metrología y Normalización así como dos acuerdos, a saber: uno en materia de cooperación ambiental entre los gobiernos de México, de los Estados Unidos de América y de Canadá; así como la ratificación de la permanencia de los Grupos Parlamentarios del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Encuentro Social en la LXIV Legislatura del Senado de la República. En esa misma sesión se desahogaron cuatro ratificaciones de nombramientos propuestos por el Ejecutivo Federal, a saber: la persona titular de la dirección general del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y los embajadores extraordinarios y plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos ante la República de Serbia, en el reino de España y Belice.

Por otra parte, en medio de la pandemia, y concluido el segundo año del periodo ordinario de sesiones se convocó a la Comisión Permanente<sup>2</sup> que, en virtud de ser un órgano más reducido, se reunió de manera presencial en nueve ocasiones, los días 1, 20 y 27 de mayo; así como el 3, 8, 10, 17, 28 y 29 de julio de 2020. En virtud de sus limitadas facultades en dichas sesiones únicamente se realizó el nombramiento del administrador general de aduanas, se presentaron distintas iniciativas y puntos de acuerdo, y se convocó a tres periodos extraordinarios de sesiones.

El tercer, y último año, de la LXIV Legislatura empezó en septiembre de 2020 y concluyó en diciembre de ese mismo año. Este periodo de sesiones, de tan solo cuatro meses, tiene su propia dinámica de trabajo ya que lo regula, en buena medida la propia Constitución, pues en su artículo 69, contempla como obligación del presidente de la República presentar, el 1° de septiembre, un informe por escrito en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país. Dicho informe se presenta por conducto del secretario de Gobernación y corresponde al Congreso mexicano desarrollar la glosa del mismo atendiendo al análisis de la política interior, exterior, social y económica.

Asimismo, pero por conducto del secretario de Hacienda, el 8 de septiembre se presentó ante la Cámara de Diputados, de acuerdo con el artículo 74 fracción IV, el Paquete Económico para el 2021 que se integró por el Presupuesto de Egre-

---

<sup>2</sup> En el Congreso mexicano la Comisión Permanente es el órgano de integración mixta que actúa en los recesos legislativos y se integra por 37 legisladores de los cuales 19 son diputados y 18 senadores.

sos de la Federación, que es discutido y aprobado exclusivamente por la Cámara de Diputados; la Ley de Ingresos, que es discutida y aprobada por ambas cámaras y los criterios de política económica. Se trató de un Paquete Económico cuya discusión estuvo marcada por la recesión y el daño provocado por la pandemia a la economía mundial y nacional. Así concluía el tercer año de la primera legislatura del presidente López Obrador.

Conviene advertir que justamente en diciembre de 2020 empezarían las pre-campañas electorales y en abril de 2021 las campañas rumbo a la jornada electoral de 6 de julio de ese año para renovar la totalidad de la Cámara de Diputados, dicha elección tendría como novedad la posibilidad, cancelada por más de siete décadas, de la reelección consecutiva de los diputados. Además, en dichos comicios se elegirían a 15 gobernadores de diversos estados de la República, el ambiente era prácticamente electoral, de confrontación política en medio de una pandemia que provocó que de las campañas electorales no fueran solo presenciales, incluso, se utilizaron las plataformas virtuales para comunicar sus propuestas de campaña. De los resultados de dicha jornada electoral emanaría otra legislatura, la segunda del sexenio de López Obrador, y la que llevaría el número consecutivo de LXV Legislatura, a la que dedicaremos algunos comentarios breves más adelante.

### 3. Circunstancias y datos relevantes de la LXIV Legislatura del Congreso mexicano

Algunos datos relevantes de la LXIV legislatura que abarcó los años de 2018 a 2021 y que representó la primera legislatura en la que estuvo en la Presidencia de la República, Andrés Manuel López Obrador<sup>3</sup> son los siguientes:

#### a. DESAPARICIÓN DE LOS CONTRAPESOS

En 1997, año en el que el Partido Revolucionario Institucional (PRI) pierde por primera vez la mayoría de la Cámara de Diputados se han venido presentando una especie de controles intermitentes, esporádicos, a las presidencias Vicente Fox y Felipe Calderón e, incluso, a la de Enrique Peña Nieto, estos tipos de controles se han erosionado, cuando no desaparecido, durante esta legislatura en donde la mayoría de MORENA el partido del presidente ha apoyado especialmente las inicia-

---

<sup>3</sup> Para estas fechas el presidente de la República había contraído el virus SARS-CoV-2 y daba positivo a Covid-19 el 10 de enero de 2021. No sería la única vez, casi un años después, el 24 de enero de 2022, volvería a dar positivo a una prueba de Covid-19 por segunda ocasión.

tivas de éste y hemos vuelto a escuchar consignas como: «no modificar las iniciativas presidenciales, ni una coma». La concentración del poder en manos de una sola persona parecía una situación superada después del año 2000, esto es, con la primera alternancia en el ejercicio de la titularidad de Ejecutivo Federal. El Congreso mexicano parecía haber entendido su rol y era habitual que actuara como un verdadero contrapeso a las decisiones presidenciales, particularmente, a las más controvertidas. La oposición comenzaba a actuar, aunque timidamente, como un elemento que contribuía al control de la gestión gubernamental. Pero la anterior situación a palideció en la LXIV legislatura, sin duda, esta postura se vió incrementada por la inactividad que impuso la pandemia a las labores del Congreso mexicano.

b. DISMINUCIÓN DE LA DELIBERACIÓN

Con dicha mayoría también disminuyó, especialmente, en la Cámara de Diputados la deliberación. Si bien el Congreso mexicano nunca se ha distinguido por generar grandes debates o contar con legisladores que deliberen racionalmente; la disminución de la deliberación ha sido evidente en la LXIV Legislatura no sólo por la amplia mayoría de MORENA y sus aliados que acallan a la oposición e imponen sus criterios o porque han implementado la política de la cooptación y de la compra de votos. Incluso cuando las cámaras del Congreso mexicano estuvieron integradas por miembros de un solo partido (como el PRI) los legisladores tenía por costumbre prepararse para los debates de las iniciativas y propuestas que mayoritariamente llegaban de la oficina del presidente de la República.

c. ESCASA EXPERIENCIA LEGISLATIVA Y FALTA DE UN CUERPO DE APOYO TÉCNICO PARLAMENTARIO

El anterior fenómeno de la escasa deliberación de los asuntos parlamentarios va de la mano de un problema histórico del Congreso mexicano como es el de la nula experiencia en los trabajos legislativos que antaño se atribuía a la imposibilidad de reelección legislativa consecutiva.<sup>4</sup> La realidad actual es que la inexperiencia se agudizó en la LXIV legislatura debido al perfil de los candidatos de MORENA,

---

<sup>4</sup> Es pertinente precisar que si bien la reelección legislativa consecutiva se suprimió en México en 1933 existía un fenómeno de reelección intermitente que llevaba a los diputados a no reelegirse como tales, pero a ser electos como senadores o diputados de algún congreso local. Bajo este esquema las carreras parlamentarias de muchos legisladores alcanzaron entre 10 y 30 años. A partir de 2014 y concretamente en el proceso electoral de 2018 la reelección puede darse con un límite de 12 años, en ambas cámaras.



algunos de ellos surgidos por el método de «la tómbola».<sup>5</sup> Por ejemplo, sólo 29 de los 256 diputados de dicho Movimiento contaban con experiencia legislativa federal previa.

La anterior situación no sería una tragedia si el Congreso mexicano contara con un cuerpo de apoyo técnico parlamentario que permitiera subsanar las carencias parlamentarias de los legisladores y conadyuvara con ellos en el mejoramiento de sus atribuciones y procedimientos, el problema en nuestras cámaras es que no existe un servicio civil de carrera consolidado que colme los escasos conocimientos de estos representantes. La problemática se incrementa cuando del trabajo en comisiones se trata, los dictámenes de las comisiones son argumentativamente exigüos, lo que en no pocas ocasiones les impide solventar su trabajo de dictaminación en forma correcta y oportuna.

#### d. REDUCCIÓN DEL PRESUPUESTO ASIGNADO AL CONGRESO

Un aspecto que no debe desdeñarse tiene que ver con los recursos destinados a cubrir las necesidades del Congreso de la Unión, en 2018 el presupuesto de éste era de 17,240 mdp y en 2021 tuvo una reducción de 14% en términos reales ubicándolo en la cantidad de 14,800 mdp. Se trata de una reducción muy significativa a las asignaciones a grupos parlamentarios, situación que ha servido para fortalecer la cooptación, el clientelismo e, incluso, el enriquecimiento personal al prevalece la opacidad en el uso de estas asignaciones porque la Aditoría Superior de la Federación no tiene acceso a la documentación comprobatoria. En un ambiente de escasos recurso el trasfuguismo se convierte en el deporte favorito de los legisladores.

#### e. RÉCORD HISTÓRICO EN NORMAS JURÍDICAS CON RANGO DE LEY IMPUGNADAS ANTE EL PODER JUDICIAL

Finalmente, un dato que merece ser considerado para valorar el trabajo de la LXIV Legislatura es el relativo a las impugnaciones que merecieron las piezas jurídicas aprobadas durante el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2018 y el 31 de julio de 2021. Durante este lapso se promovieron, por lo menos, 32 demandas de acción de inconstitucionalidad, 18 de controversia constitucional y cientos —si no es que miles— de amparos contra decretos expedidos por ambas

---

<sup>5</sup> Insaculación de ciudadanos ideológicamente afines al movimiento, cuyos nombres son previamente incorporados a una urna y extraídos al azar.

cámaras del Congreso de la Unión.<sup>6</sup> Este número contrasta con las demandas promovidas durante los primeros tres años de gobierno del presidente Enrique Peña Nieto (entre septiembre de 2012 y agosto de 2015) en donde se promovieron sólo 12 demandas de acción de inconstitucionalidad y no se presentaron controversias constitucionales. Se trata de un incremento considerable que refleja la poca atención que se pone en el procedimiento legislativo a los condicionamientos constitucional, esto es, en los límites que impone la Norma Fundamental a la función legislativa del Congreso de la Unión.

Por último hay que señalar que la mayoría de las modificaciones promovidas por el gobierno, su grupo parlamentario de MORENA y sus aliados parlamentarios no implican cambios sustanciales para lograr un «cambio de régimen» o el inicio de una gran transformación nacional como lo prometió el candidato López Obrador si bien hubo cambios en la política social con la finalidad de apoyar el bienestar de segmentos vulnerables de la población las reformas no atacan las causas estructurales de la pobreza.

#### 4. Las elecciones de 6 de julio de 2021 y la nueva conformación del Congreso mexicano. La LXV Legislatura de la Cámara de Diputados

Como advertíamos *supra* la Cámara de Diputados se renovarían en su integración en virtud de las elecciones de julio de 2021 y con la pandemia aún rondando. La LXV Legislatura fue la primera que se integró por diputados reelectos, desde 1933 año en el que la figura de la reelección consecutiva se suprimió de la Constitución mexicana. Una deuda de la anterior Legislatura fue justamente el no haber expedido la ley que regulara con una mayor precisión la reelección, esto es, más allá de las reglas y lineamientos establecidos por la Constitución. Con dicha omisión se dejó prácticamente en manos de los partidos políticos, y más concretamente de sus líderes, la facultad de decidir quién podía o no reelegirse. Se trata de un vacío legislativo que deberá cubrirse a la brevedad.

Aunque 441 diputados expresaron su intención de reelegirse, solo 198 fueron nominados por sus partidos políticos sin que hubiese claridad de las reglas para hacer esto posible. En consecuencia, un mecanismo que busca fortalecer la rendición de cuentas, fue capturado por las cúpulas de los partidos políticos.

Los resultados que arrojó la jornada electoral intermedia redujeron la mayoría

---

<sup>6</sup> Algunos de esos miles de amparos fueron interpuestos por disposiciones a la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, geolocalización bancaria, Ley de la Industria Eléctrica, Reforma sobre padrón de datos biométricos (telefonía móvil). *Cfr.* Integralia, Consultores, *Décimo Reporte Legislativo*, México 2021.

parlamentaria del presidente de la República y sus aliados como se muestra a continuación:

LXIV LEGISLATURA		LXV LEGISLATURA	
Morena	252	Morena	202
PAN	79	PAN	113
PRI	49	PRI	71
PVEM	11	PVEM	42
PT	44	PT	33
MC	24	MC	24
PRD	12	PRD	15
PES	23	PES	---
S/PARTIDO	6		
	500		500

Los resultados en las gubernaturas locales fueron contundente, de las quince que estaban en disputa MORENA ganó once. Con relación a las elecciones intermedias para renovar la Cámara de Diputados se suele afirmar que éstas se convierten en una «especie de referéndum» que valora, de alguna manera, el ejercicio del gobierno en turno. En las elecciones recientes, casi siempre, el partido del presidente reduce su número de escaños y esta ocasión, como puede advertirse, no fue la excepción a pesar de la alta aceptación ciudadana que tiene López Obrador. Tanto el PRI como el Partido Acción Nacional (PAN), principales partidos de oposición a MORENA, especialmente este último, vieron incrementado el número de sus curules en detrimento de MORENA y de algunos de sus aliados.

5. El Acuerdo Parlamentario del Senado de la República y el Reglamento de la Cámara de Diputados que regularon las sesiones y reuniones remotas de sus órganos de trabajo con motivo de la pandemia por Covid-19. Breves referencias

#### A. CÁMARA DE SENADORES

El Senado de la República aprobó y emitió, el 1° de febrero de 2021, el *Acuerdo Parlamentario del Senado de la República para la implementación de sesiones a distancia con carácter excepcional durante la emergencia de salud pública por*

*razones de fuerza mayor originada por el virus SARS-COV-2 (COVID-19)*. Dicho acuerdo, aprobado por la Junta de Coordinación Política, se integró por 30 artículos principales y 6 transitorios y fue concebido como un conjunto de normas excepcionales y sin la finalidad de constituir criterios o precedentes parlamentarios.

Su principal objetivo, según se desprende de su artículo primero, es:

... establecer las reglas generales temporales para el desarrollo de las sesiones plenarias del Segundo Período Ordinario del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura del Senado de la República, así como para el desarrollo de las reuniones de la Mesa Directiva, la Junta de Coordinación Política, y las Comisiones, en virtud de la emergencia de salud pública declarada por el Consejo de Salubridad General por la presencia en nuestro país del SARS-CoV-2 (COVID-19).

Por tratarse en el caso del Senado de la República de una asamblea integrada por 128 senadores, las sesiones ordinarias de la Cámara serían de forma presencial y se procurará que su duración no sea mayor a cuatro horas. Si se presentarán condiciones de riesgo de contagio la Mesa Directiva a propuesta de la Junta de Coordinación Política, programará y convocará excepcionalmente la realización de sesiones bajo la modalidad a distancia a través de videoconferencia segura e identificación biométrica para asistencia y votación. El aforo para la asistencia al Salón de Plenos se limitó a 50 senadores, distribuidos por grupo parlamentario de la siguiente manera: MORENA 22, PAN 10, PRI 6, Movimiento Ciudadano 3, Partido Verde Ecologista de México 3, Partido del Trabajo 2, Partido Encuentro Social 2, Partido de la Revolución Democrática 2.

La modalidad a distancia en el caso del Senado pueden darse desde las oficinas de los senadores, en la misma sede de la Cámara, o desde cualquier lugar de la República mexicana, se desarrollará utilizando las tecnologías de la información y comunicación asociadas a la red de Internet que garanticen la posibilidad de una interacción simultánea, entendida como comunicación en audio y video en tiempo real. Las sesiones a distancia se convocarán en términos legales y reglamentarios y podrán votarse en estas los temas que señala las fracciones del artículo 72 del Reglamento del Senado,<sup>7</sup> esto es, las labores ordinarias de la Cámara.

---

<sup>7</sup> I. Aprobación del acta de la sesión anterior; II. Comunicaciones de senadores, comisiones y comités; III. Comunicaciones oficiales; IV. Solicitudes de licencia y, en su caso, toma de protesta a senadores; V. Solicitudes o comunicaciones de particulares; VI. Comparecencias de servidores públicos y desahogo de preguntas o interpelaciones parlamentarias; [VII a X. *Vid. Supra*] XI. Dictámenes a discusión y votación; XII. Propositiones de grupos parlamentarios; XIII. Propositiones con punto de acuerdo de senadores; XIV. Solicitudes de excitativas; XV. Agenda política; y XVI. Efemérides.

Para el caso de las siguientes fracciones: VII. Proyectos de ley o decreto que remite la Cámara de Diputados; VIII. Iniciativas de ley o decreto que presentan el Presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas; IX. Propositiones de acuerdos o de resoluciones económicas sobre el régimen interior del Senado que presentan sus órganos de Gobierno; y X. Dictámenes de primera lectura, se estableció la limitación de no poder solicitar, ni autorizar someter al Pleno la dispensa de trámites para su inmediata discusión y votación.

Asimismo, el Acuerdo que venimos comentando, señaló que en dichas sesiones no podían discutirse, ni votarse los temas siguientes: I. Las reformas o adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. La restricción o suspensión de derechos humanos y las garantías para su protección, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución; III. Los asuntos que por disposición constitucional, legal o reglamentaria requieran de la aprobación de dos terceras partes o de tres quintas partes de los miembros presentes o que integran el Senado; IV. El nombramiento, ratificación o formulación de objeción a la remoción de personas servidoras públicas de otros poderes y de organismos constitucionales autónomos que le correspondan de manera exclusiva al Senado y que requieran mayoría calificada o deban realizarse por cédula; y V. Las reformas o adiciones a la Ley Orgánica de los Estados Unidos Mexicanos, el Reglamento del Senado y la normatividad sobre la organización y funcionamiento interno de la Cámara.

La publicación de los documentos que respalden los asuntos que se aborden en sesiones a distancia se haría de forma habitual en la Gaceta de la Cámara de Senadores. Para el caso de la integración, el orden, los tiempos de recepción de asuntos, la publicación del proyecto del Orden del Día e inclusión adicional de asuntos para las sesiones a distancia se observará, en lo conducente, lo dispuesto en el Reglamento del Senado de la República estableciendo para tal fin correos electrónicos para recibir documentación.

Para el caso de llevar a cabo comparecencias de servidores públicos o las entrevistas a aspirantes a cargos ante el Pleno del Senado de la República, la Mesa Directiva, la Junta de Coordinación Política o las comisiones, se habilitó su realización en la modalidad a distancia por videoconferencia.

El Acuerdo también establece la modalidad a distancia para las sesiones de la Mesa Directiva cuya convocatoria deberá contener **a)** Fecha, hora y plataforma o medio tecnológico a utilizar; **b)** Proyecto de Orden del Día, y **c)** Rúbrica de la Presidencia y de la Secretaría Técnica. Por su parte, las reuniones a distancia de las comisiones deben convocarse en días y horas distintas a las sesiones del Pleno y deberán contar con la presencia de la mayoría de sus integrantes y serán transmitidas por el Canal del Congreso, en el entendido de que este tipo de reuniones deben contar con la máxima publicidad.

Finalmente, y en caso de que las comisiones pretendan realizar comparencias de servidores públicos, deberán remitir la solicitud correspondiente a la Presidencia de la Mesa Directiva, quien realizará el debido enlace institucional para citar al compareciente respectivo para llevar a cabo la comparecencia en la modalidad a distancia.

## B. CÁMARA DE DIPUTADOS

Por su parte, la Cámara de Diputados publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, hasta el 3 de septiembre de 2021, *El Reglamento que la Cámara de Diputados aplicará durante las situaciones de emergencia y la contingencia sanitaria en las sesiones ordinarias y extraordinarias durante la LXV legislatura*. Se trata de un reglamento que consta de 30 artículos principales y dos transitorios y que tiene por objeto:

... normar el ejercicio de las funciones constitucionales y legales de la Cámara de Diputados, con pleno respeto al cumplimiento de los derechos y obligaciones de las y los legisladores, garantizando el ejercicio efectivo de la actividad parlamentaria que se desarrolla en el Pleno, en las comisiones legislativas y en los comités en una modalidad semipresencial, así como de las actividades administrativas y de apoyo parlamentario que realizan la Secretaría General, la Secretaría de Servicios Parlamentarios, la Secretaría de Servicios Administrativos y Financieros.

Para dicho reglamento se entiende por situación de emergencia las que imposibiliten que los legisladores se reúnan de manera física en el recinto legislativo, ya sea por disposiciones sanitarias y de protección civil o alguna eventualidad no prevista que impida el desahogo de los trabajos de la Cámara de Diputados, en cuyo caso los órganos de gobierno habilitarán sedes alternas que permitan el desahogo del trabajo legislativo semipresencial.

Asimismo, se establecieron dos formas de trabajo bajo dicha modalidad, a saber: las reuniones semipresenciales entendiéndose por tales las asambleas de los órganos de gobierno o de las comisiones, comités y sus juntas directivas y órganos legislativos en las que el *quórum* se alcanza con la concurrencia física o de manera telemática por medio de la plataforma digital correspondiente. En todo caso, se requiere la presencia física del número equivalente de hasta la cuarta parte de los integrantes de la comisión o comité u órgano respectivo. Esta presencia física podrá ampliarse para asegurar que todo grupo parlamentario participe al menos con un integrante y, en su caso, un diputado o diputada sin partido.

Por otra parte, las sesiones semipresenciales serían las asambleas de los legisladores integrantes de la Cámara en Pleno, en las que el *quórum* se alcanza con la concurrencia física o de manera telemática por medio de la plataforma digital.<sup>8</sup>

Para la realización de dichas reuniones y asambleas también se habilitó la Plataforma Digital para el registro de asistencia, votación y videoconferencia como el medio electrónico utilizado para dispositivos digitales, mediante el cual los legisladores podrán concurrir y registrar su asistencia a las sesiones del Pleno, de comisiones y de comités, el sentido de su voto por medio de una validación biométrica y podrán ejercer su derecho y obligación para participar en las sesiones del Pleno, comisiones, comités y demás órganos legislativos de manera telemática.<sup>9</sup>

Dicho reglamento limitó la convocatoria de las personas mayores de 60 años, personas con enfermedades crónico-degenerativas y mujeres embarazadas privilegiando para este sector el trabajo a distancia y horarios escalonados.

Para la incorporación de los temas en el orden del día de las sesiones se crearon dos correos electrónicos, estableciendo como fecha límite para incorporar las propuestas hasta las 13:00 del día anterior al de la sesión en la que se pretenda abordar el asunto. La modalidad presencial o semipresencial de las sesiones sería determinadas por la Mesa Directiva consultado a la Junta de Coordinación Política, que tomará en cuenta la información disponible del semáforo epidemiológico establecido por la autoridad sanitaria.

Para la integración del *quórum*, de la mitad más uno en las sesiones, se consideran los legisladores que registren su asistencia en el Salón de Sesiones y de manera telemática a través de la plataforma digital; permitiendo que los grupos parlamentarios establecieran un esquema de rotación para la asistencia de sus integrantes al Salón de Sesiones. Asimismo, para quienes concurrieran de manera telemática era indispensable mantener siempre activo su sistema de video para su participación en el debate y su micrófono se habilitaría en el momento de su intervención.

La votaciones en las sesiones semipresenciales se llevarían a cabo de manera económica y nominal. En el primer caso los trámites que así señala el propio Reglamento de la Cámara de Diputados, así como los acuerdos de los órganos de gobierno, salvo disposición legal en contrario. De manera nominal se votarían los proyectos de ley y decreto.

La regulación de las reuniones de las comisiones y comités parlamentarios se desarrollarían de manera similar a las sesiones del Pleno cuidando, desde luego,

---

<sup>8</sup> En caso de falla técnica generalizada en la plataforma digital de videoconferencia o en la plataforma digital de asistencia y votación, la Presidencia de la Mesa Directiva estaría en posibilidad de decretar un receso con la finalidad de que las áreas especializadas revisen las mismas, una vez que funcione correctamente, podrá reanudar la sesión.

<sup>9</sup> Asimismo, se implementó el uso de Firma Electrónica para que los legisladores signaran los dictámenes y acuerdos de órganos de gobierno correspondientes.

sus propias características. Finalmente, debemos señalar que dicho reglamento, suscrito por el presidente de la Mesa Directiva y aprobado por las dos terceras partes de los diputados, facultó a la Mesa Directiva y la Junta de Coordinación Política para suscribir acuerdos con el objetivo de suspender plazos y términos cuando fuese necesario y la situación de emergencia y su gravedad así lo exigieran.

## 6. Reflexión final

Desde luego que la pandemia modificó la forma de trabajo en todos los ámbitos de la sociedad global. Nunca el mundo se había enfrentado a un desafío de esta naturaleza. La actividad parlamentaria también vio alteradas sus formas y ritmos de trabajo. En el caso del Congreso mexicano la LXIV Legislatura que venía trabajando desde el 1° de diciembre de 2018 y cuya importancia, para la ciudadanía, radicaba en un primer momento en convertirse en la primera legislatura que acompañaría al presidente López Obrador en sus primeros tres años de gobierno de su sexenio, súbitamente dicho protagonismo se modificó frente a la emergencia sanitaria y recayó, inmediatamente, en la figura del presidente de la República —un Ejecutivo que tenía solamente un año y cuatro meses de haber asumido el cargo, reticente ante un reto de salud de esta magnitud que centralizó la toma de decisiones a nivel federal, despreció la realización de pruebas para detectar y detener los contagios, ignoró la sana distancia y el uso del cubrebocas— colocando así en un segundo plano al Congreso de la Unión.

Si bien las cámaras a su ritmo, cada una, llevó a cabo los ajustes para suspender plazos y términos durante la LXIV Legislatura dicho periodo fue pobre y conflictivo en sus resultados como hemos advertido. Dejó pendientes importantes que aún no se han solventado, sólo por citar uno la ley para regular la reelección legislativa. Así vinieron las elecciones intermedias que configuraron de manera distinta la Cámara de Diputados restando algunos escaños a la mayoría. Fue entonces que la LXV legislatura dictó en septiembre de 2001 las medidas necesarias para sesionar y reunirse vía remota. Si bien el Senado de la República no se renovó su reacción fue tardía pues dichas disposiciones las emitió hasta febrero de ese mismo año, aunque debe considerarse que la Cámara de Senadores es más reducida en cuanto a su número de integrantes y eso le dio algún tipo de ventaja para mantener la sana distancia entre sus 128 integrantes y continuar de alguna manera con la dinámica de sus actividades.

No sólo en la función legislativa las cámaras del Congreso fueron lentas y omisas, también, resultó sumamente limitado el ejercicio de sus atribuciones de control parlamentario que hubiesen resultado de gran utilidad para que los servidores públicos que estuvieron al frente de la pandemia por Covid-19 comparacie-



ran ante ellos y suministrarán la información que dicha emergencia sanitaria exigía frente a una sociedad atemorizada por la rápida expansión del virus. La información sobre la situación y el avance de la pandemia fue siempre suministrada por un servidor público de nivel medio de la Secretaría de Salud, el subsecretario de prevención y promoción de la salud. Si bien el titular de dicha secretaría compareció, ante ambas cámaras a finales de octubre de 2021, lo hizo en el marco de la glosa del informe presidencial.

Esta lamentable experiencia en nuevamente una voz de alarma que debe de mover, al Congreso mexicano, sin ningún tipo de ambigüedad, para realizar una puntual revisión de sus procedimientos y ajustar y modernizar todo lo que sea indispensable para agilizar sus mecanismos de toma de decisiones, de tal manera que, frente a este tipo de emergencias, sanitarias o de otra índole, cumpla intachablemente su función de representación y control indispensables para superar de mejor manera este tipo de retos que en esta ocasión se ensañó con el personal sanitario y enlutó a muchas familias mexicanas. El lugar del parlamento, como órgano del Estado, debe de estar al lado de sus representados, esto es, custodiando los intereses del pueblo de México. Vendrán en la postpandemia muchos otros ámbitos y espacios para que nuestros representantes den muestra de estar a la altura de una reconstrucción, principalmente, económica y social en los años venideros.



# A VUELTAS CON EL VOTO PARLAMENTARIO TELEMÁTICO

RAFAEL RUBIO NÚÑEZ

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER

*Profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*

## 1. Introducción

El Derecho parlamentario es una rama singular del Derecho constitucional. Se trata, sin duda, del sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de una sustancia más puramente política: la actividad parlamentaria. Es, además, un Derecho dúctil —por emplear la expresión que da título al célebre libro de Gustavo Zagrebelsky (1995)—, en el que la lectura de las fuentes escritas (fundamentalmente, el reglamento de la Cámara y otras normas supletorias) no siempre permite conocer el funcionamiento real de la institución parlamentaria y dar respuesta a los problemas que surgen en su seno. De modo que los principios y derechos, pero también la costumbre y los precedentes, cobran en este ámbito una especial importancia, bien que, lamentablemente, estos últimos no siempre sean accesibles. Esas peculiaridades del Derecho parlamentario representan un obstáculo y también dificultan que ciertas decisiones controvertidas que adoptan los órganos parlamentarios, muchas de las cuales vienen informadas por sus prestigiosos servicios jurídicos, sean comprensibles por parte de la opinión pública.

El 3 de febrero de 2022 se sometió a votación en el Congreso de los Diputados la convalidación o derogación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Dicha votación arrojó un resultado inusualmente ajustado: con 349 votos registrados, se computaron 175 síes frente a 174 noes. El problema radicó en el hecho de que uno de los parlamentarios de los que emitió su voto telemáticamente, el diputado Alberto Casero Ávila, perteneciente al Grupo parlamentario Popular, afirmaba que el sentido de su voto registrado no se correspondía con el sentido del voto realmente querido por él. Es

más, no solo manifestó la discordancia entre el sentido de su voto registrado y su auténtica voluntad, sino que, desde que se apercebó del problema, trató de poner en conocimiento de la presidenta del Congreso y de la Mesa esa circunstancia antes de la votación presencial. Aunque inicialmente se cuestionó que se hubiera solicitado esta posibilidad, el diario de sesiones recoge cómo, tras la votación, el portavoz del Grupo Popular se dirigió a la presidenta del Congreso para trasladarle que «con carácter previo a la votación se ha puesto de manifiesto a la Mesa un error informático...»<sup>1</sup>. A lo que la presidenta del Congreso contestó lo siguiente: «Señora Gamarra, precisamente porque la Mesa es conocedora y ha podido analizar lo que usted me va a plantear, y es una cuestión técnica de la Mesa, de decisión de la Mesa, y no de tratamiento de Pleno, no le voy a dar la palabra»<sup>2</sup>. Lo que demuestra que, efectivamente, la solicitud se había presentado.

El diputado achacó el desajuste a un error informático, versión que, *a priori*, resulta poco verosímil, en especial si se tiene en cuenta el procedimiento para ejercer el voto telemáticamente, en el que existen varias etapas en las que el parlamentario debe confirmar que el expresado es, efectivamente, el sentido del voto deseado. En todo caso, lo relevante aquí es que, una vez fue consciente del error, el diputado se dirigió a la Mesa para avisar de lo ocurrido. Ante la falta de respuesta, se puso en contacto con miembros de su grupo parlamentario, que, antes de darse comienzo a la votación presencial, trasladaron a la presidenta del Congreso el problema con el sentido del voto de uno de sus diputados y su voluntad de rectificarlo presencialmente (el diputado llegó a personarse en el salón de plenos del Congreso). La petición fue rechazada sin que en ningún momento fuese convocada la Mesa para analizar la incidencia.

A nuestro juicio, el problema posee interés desde el punto de vista jurídico-constitucional, en la medida en que, como ha subrayado en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional español, el voto parlamentario pertenece al *ius in officium* del cargo representativo (Fernández Riveira, 2003). Y, en tanto que esta concreta votación controvertida podría asimilarse al ejercicio de la potestad legislativa, ese voto parlamentario también formaría parte del núcleo constitucionalmente relevante de la función representativa (STC 361/2006, de 18 de diciembre, FJ 3)<sup>3</sup>. La pregunta que emerge, pues, es si la decisión de la presidenta de la Cámara podría haber vulnerado el derecho del diputado a desempeñar su función parlamentaria por no haber examinado su petición de sustituir su voto telemático por el presencial; y, en caso de que la respuesta fuese afirmativa, si ello podría haber viciado la validez del acuerdo de la Cámara por el que se convalidó el Decreto-ley.

<sup>1</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 156, página 96, 3 de febrero de 2022.

<sup>2</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 156, página 97, 3 de febrero de 2022.

<sup>3</sup> Para un análisis en profundidad de esta sentencia, véase los comentarios de García-Escudero (2007) y Pardo Falcón (2007).

Sobre estas cuestiones deberá pronunciarse la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, tras haber sido admitidos, el 11 de julio de 2022, los recursos de amparo presentados por el diputado Alberto Casero Ávila y el Grupo Parlamentario Popular, la portavoz del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y, por último, el Grupo Parlamentario Vox, contra las decisiones de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022.

Tras esta introducción, dedicaremos lo que resta de capítulo a estudiar la regulación del voto telemático en España, su utilización durante el período excepcional de la pandemia del COVID-19, así como a exponer la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de ello. También analizaremos en detalle la polémica votación por la que se convalidó el Decreto-ley sobre la reforma laboral. Posteriormente, daremos cuenta de las reformas de los reglamentos del Congreso de los Diputados y el Senado sobre el voto telemático, aprobadas ambas en la primera mitad del año 2022. Por último, finalizaremos el capítulo con un apartado dedicado a las conclusiones.

## 2. El voto parlamentario no presencial y su evolución durante la pandemia

La tecnología tiene una capacidad prácticamente infinita para resolver circunstancias imprevistas hasta la fecha, pero, cuando su aplicación en las instituciones no se realiza desde una perspectiva que tenga en cuenta la naturaleza del problema que viene a resolver, puede acabar generando problemas de importancia, que convierten una anécdota inicial en un auténtico conflicto institucional.

Esta vez le ha tocado el turno al voto telemático y su utilización en el Congreso de los Diputados. Este tipo de voto no requiere la presencia ni la continuidad física y, hasta la emergencia sanitaria del COVID 19, se venía utilizando de manera excepcional, como una fórmula para permitir el pronunciamiento de los que accidentalmente no pueden asistir a un debate seguido de votación, teniendo en cuenta que, como señala Presno Linera (2009), «la expresión de su representatividad política puede quedar desvirtuada si, por circunstancias ajenas a la voluntad del Grupo o de sus integrantes, alguno de sus miembros no puede participar en los trabajos de la Cámara a la que pertenece ni votar en momentos tan relevantes institucional y políticamente».

En todo el mundo, hasta el estallido de la pandemia, el voto parlamentario telemático se consideraba como algo excepcional (restringido a situaciones tasadas), rogado (solicitado cada vez que se considerara necesario su ejercicio), informado (en cuanto a los plazos y mecanismos de voto), personal, previo y, como tal, restringido a aquellas medidas que no rompan con la unidad de objeto en la vota-

ción, votaciones completas o de enmiendas a la totalidad y no al articulado, para que no se vean afectadas por modificaciones de última hora.

Pasemos a analizar el régimen jurídico del voto no presencial en las dos Cámaras que componen las Cortes Generales, Congreso de los Diputados y Senado, así como en las asambleas legislativas autonómicas.

## 2.1. RÉGIMEN JURÍDICO

El voto telemático se introdujo en el Congreso de los Diputados en el año 2011, a través de la reforma de los artículos 79 y 82 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Además, dicha reforma fue complementada por la Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática. Por lo que respecta al Senado, la reforma de su Reglamento, de 21 de noviembre de 2013, introdujo la posibilidad de utilización del voto telemático mediante la modificación de los artículos 92 y 93 del texto reglamentario. Dicha reforma fue complementada a través de la Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de noviembre de 2013, sobre desarrollo del procedimiento de votación telemática en las sesiones plenarias del Senado.

En ambos casos, se permitía el voto no presencial de los diputados y senadores en «sesiones plenarias», aunque restringiendo su uso a supuestos tasados (embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave que impidan el desempeño de la función parlamentaria) y siempre con la debida autorización de la Mesa de la Cámara.

En lo que se refiere a la comprobación de la identidad del representante —cuestión que afecta directamente al concepto de representación al ser el voto de los parlamentarios personal e indelegable (art. 79.3 CE)—, para ejercer el voto era necesario hacerlo a través de la *intranet* de la Cámara (con la correspondiente contraseña). Además, en el Congreso de los Diputados se requería utilizar «un certificado valido de firma digital» y la comprobación telefónica antes del inicio de la votación presencial. En él se establecía que el sistema emitiese automáticamente un documento pdf donde se mostrase el sentido del voto y se indicaba que, «tras ejercer el voto mediante el procedimiento telemático, la Presidencia u órgano en quien delegue, comprobará telefónicamente con el diputado autorizado, antes del inicio de la votación presencial en el Pleno, la emisión efectiva del voto y el sentido de éste».

Asimismo, en el artículo sexto de la Resolución de la Mesa del Congreso se incorporaba un elemento adicional por el que aquel «que hubiera emitido su voto mediante el procedimiento telemático no podrá emitir su voto presencial sin autorización expresa de la Mesa de la Cámara que, en el supuesto en que

decida autorizar el voto presencial, declarará el voto telemático nulo y no emitido». Este punto, que será clave en el asunto que estudiamos, plantea distintas posibilidades de interpretación. De la redacción literal de este artículo se desprende que cabe la posibilidad de emitir el voto presencial tras haber emitido el voto telemático, que ello precisa de autorización expresa de la Mesa de la Cámara y que, de cumplirse las dos premisas anteriores, el voto presencial anula al voto telemático. Queda abierto a la interpretación en qué situaciones cabe esta posibilidad, si se trata de una posibilidad general, o si, por el contrario, se limitaría a circunstancias extraordinarias como un fallo técnico. En nuestra opinión, resulta de interés interpretar este artículo a la luz de la normativa ordinaria, que exige una llamada de comprobación para la validez del voto, lo que excluiría el fallo técnico y abriría la posibilidad de votar presencialmente y rectificar el sentido del voto en otras situaciones, como pueden ser aquellas en las que se produzca un cambio de opinión.

La Resolución de la Mesa del Senado, en su artículo 8, también hacía referencia a esta eventualidad, al establecer la posible modificación del voto telemático ya emitido, «hasta la finalización del plazo de emisión que se establece en el artículo 7» (art. 8.1), así como la posibilidad de votar presencialmente, previa autorización de la Mesa o, en su caso, del Presidente, «indicando los asuntos y sesiones plenarios a los que afectaría la anulación» (art. 8.4). El Senado fue más preciso si cabe en la regulación de la posible rectificación del voto, al establecer un tiempo de 60 minutos para el desbloqueo del sistema de votación electrónica desde el escaño, tiempo durante el cual «se conservará el voto emitido telemáticamente que será tenido en cuenta en el escrutinio si la votación presencial del asunto afectado por la solicitud de anulación tiene lugar antes de que finalice ese plazo» (art. 8.4). Sin embargo, si transcurre el tiempo establecido, el voto telemático será anulado y se podrá ejercer presencialmente el voto. Además, cuando «la votación presencial no fuera por el procedimiento electrónico», el voto se podrá ejercer desde el momento en que se recibe la comunicación de que ha sido autorizada su solicitud de anulación. El sistema es similar al establecido en caso de que una vez autorizado el voto telemático no se haya ejercido (art. 8.5).

Por lo que respecta al ámbito autonómico, el voto telemático estaba previsto para supuestos excepcionales en las asambleas legislativas de Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Madrid, La Rioja y Comunidad Valenciana.

A los efectos de nuestro estudio, destaca la regulación del voto telemático en el Parlamento de Cantabria (art. 88 del Reglamento), que contempla la posibilidad de que aquellos a los que se les haya autorizado a emitir su voto mediante el procedimiento telemático lo hagan de manera presencial, siempre con autorización expresa de la Mesa de la Cámara (art. 5 del Acuerdo de la Mesa del Parlamen-

to de Cantabria)<sup>4</sup>. En este caso, el apartado 2 va más allá, al anular el voto telemático, si el diputado «se presenta en el momento de la votación durante la votación plenaria» (art. 5.2 del Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cantabria).

Aunque no se refieren específicamente al voto telemático, encontramos preceptos reglamentarios que permiten repetir la votación y rectificar el sentido del voto cuando el emitido por algún parlamentario no se corresponda con su voluntad real. Sería el caso, por ejemplo, del art. 104.4 del Reglamento del Parlamento de Navarra, que dispone que «el Presidente solo podrá ordenar la repetición de una votación, oídos los restantes miembros de la Mesa, (...) cuando el resultado de la votación no responda a la voluntad real de los Parlamentarios asistentes, por error manifiesto de alguno de los votantes y a petición inmediata del mismo». Nos parece una solución razonable a este tipo de problemáticas, que protege adecuadamente el derecho de voto de los parlamentarios y la correcta formación de la voluntad de la Cámara.

## 2.2. EVOLUCIÓN DEL VOTO PARLAMENTARIO DURANTE LA PANDEMIA

Con motivo de la pandemia, se flexibilizó el ejercicio del voto por el procedimiento telemático para reducir la afluencia de los diputados a las sesiones parlamentarias al mínimo indispensable y evitar los contagios, que en el primer momento podían ser mortales. Este fenómeno no es exclusivo de España. Durante la pandemia, a lo largo del mundo, hemos visto cómo, para adaptar el voto parlamentario a las nuevas circunstancias, se utilizaban sistemas ya existentes, se desarrollaban sistemas nuevos o se recurría a mecanismos tradicionales como el correo electrónico en el Parlamento Europeo. Mientras, otros países, como Brasil o Rumanía, optaron por el desarrollo *ad hoc* de aplicaciones a tal efecto (Rubio Núñez, 2020; Rubio Núñez y Gonzalo Rozas, 2020).

De esta manera la emergencia sanitaria pasó a ser considerada como causa suficiente para permitir el voto telemático, autorizándose de oficio para todos los senadores (Mesa del Senado, en su reunión del día 12 de marzo de 2020), y simplificado su ejercicio en el Congreso, al permitir a los grupos parlamentarios solicitarlo de manera colectiva, y no individualizada, centralizando las solicitudes en la Presidencia de la Cámara para agilizar su tramitación (Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020). Como recoge Vela Navarro-Rubio (2020), la mayoría de los Parlamentos autonómicos que lo tenían ya

---

<sup>4</sup> Acuerdo de la Mesa del Parlamento 15 de junio de 2012. Procedimiento telemático con comprobación personal para la emisión de voto, en desarrollo del artículo 88.2 del Reglamento del Parlamento de Cantabria.



establecido, con la excepción de Andalucía y Extremadura, que prefirieron la delegación del voto, optaron por el voto telemático durante la crisis del COVID. En concreto, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Castilla y León, Madrid, La Rioja y Comunidad Valenciana. Cataluña, que no lo tenía previsto, lo incorporó durante la crisis sanitaria y Canarias aprovechó para realizar una reforma de su Reglamento.

La emergencia sanitaria obligo a tratar de evitar los problemas técnicos ya existentes u otros nuevos que se pudieran generar por el aumento del volumen, rebajando las garantías y los controles para su ejercicio. El Senado optó por mantener el mecanismo ordinario, el digital y la introducción de un código que los senadores recibían en su teléfono móvil para confirmar su identidad. Mientras que en el Congreso se establecían algunas excepciones sobre el procedimiento ordinario, suprimiendo tanto el uso del certificado digital como la comprobación telefónica posterior (estableciendo la entrada en la *intranet* como única medida de seguridad), lo que facilitaba que un tercero pudiera realizar el voto en su nombre, sustituyéndole sin mayor garantía que la de contar con su contraseña.

Otro de los elementos modificados para prevenir los problemas del uso masivo de la votación telemática fue la anticipación del plazo límite para emitir el voto. Se trata de algo que afecta a la información de la que se dispone al emitir el voto y, en la medida que el debate es un elemento esencial del Parlamento, también incide en la formación de la voluntad del propio parlamentario. Ya Burke (1774), en su famoso discurso a los electores de Bristol, advertía que, si las parlamentarias «son cuestiones de juicio y razón y no de inclinación, ¿qué clase de razón es aquella en la que la determinación precede a la discusión?». Si el plazo límite tradicional se situaba al inicio de la sesión donde el asunto sería sometido a votación (Senado) o el que estableciera la Mesa, siempre una hora antes del comienzo de la votación, durante la crisis sanitaria se ha tratado de establecer plazos límites superiores, y era necesario votar tres o cuatro horas antes del inicio de la sesión para facilitar el recuento y evitar errores. De esta manera se impedía que aquellos que habían votado electrónicamente tuviesen posibilidad de adaptar el sentido de su voto a posibles negociaciones de última hora o a terminar de decidir su posición durante el debate parlamentario, lo que con estos plazos solo hubiera sido posible permitiendo cambiar el sentido del voto hasta el momento del recuento. Para evitar esta evidente anomalía, otros países como Rumanía han configurado sus sistemas de votación para que el voto telemático se emita después del debate y de manera simultánea al voto presencial, respetando este principio básico del parlamentarismo. Aun así, en el Congreso se está avanzando en la dirección de que el espacio temporal de votación telemática sea posterior al debate.

En el Congreso, la primera vez que se puso en práctica fue el 24 de marzo de 2020, para la convalidación o derogación de los reales decretos-leyes aprobados

para hacer frente a la epidemia del COVID. La primera vez que se utilizó en el Senado fue en la votación con relación a la autorización del Protocolo al Tratado del Atlántico Norte sobre la adhesión de la República de Macedonia del Norte hecho en Bruselas el 6 de febrero de 2019, que fue sometida a votación el 17 de marzo de 2020.

Las votaciones se ajustaron a sendos Acuerdos de Mesa, de 12 de marzo de 2020 en el Senado y del 19 de marzo de 2020 en el Congreso, que, aunque no fueron publicados, sí fueron aplicados, renovados en junio de 2020 y modificados en noviembre de 2021 y febrero de 2022, siempre sin derogar el régimen anterior, sino actuando como norma especial.

El contenido de la modificación de noviembre de 2021 es público, como consecuencia de la publicación de un informe de los letrados en el que propone una serie de cambios, y nos permite conocer el contenido de los anteriores. El informe recomienda «1. Derogar el acuerdo de la Mesa de la Cámara de 16 de junio de 2020, por el que se prorrogaba el anterior de 19 de marzo de 2020». Sin embargo, el acuerdo permite que hasta la finalización de la crisis sanitaria «en determinadas votaciones la totalidad de los diputados emitan su voto por el procedimiento telemático», a la vez que consideraba los supuestos de enfermedad por COVID y sus efectos como «comprendidos entre los casos contemplados en el artículo 82.2 del Reglamento». Por último, mantiene la relajación de las garantías, al establecer que «sin perjuicio de lo previsto en la Resolución de la Mesa de la Cámara para el desarrollo del procedimiento de votación telemática, de 21 de mayo de 2012, la emisión del voto se hará a través de la *intranet* de la Cámara, con la introducción de usuario y contraseña, como método de verificación de la emisión personal del voto», lo que anularía la necesidad de la llamada de comprobación, mientras que en el Senado la votación se realizaba a través de firma electrónica, que contaba con un código de seguridad facilitado a través del teléfono móvil.

### 3. La jurisprudencia constitucional sobre el voto parlamentario y los precedentes

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», no sólo garantiza el acceso igualitario a los cargos públicos representativos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (García Roca, 1999). Concretamente, «el derecho al voto de los parlamentarios es uno de los que se integran en el *ius in*

*officium* de los mismos», siendo uno de «los principales derechos/deberes de aquéllos la participación en las tareas de las Cámaras, y la forma más habitual de concretar la misma es el ejercicio de su derecho al voto, ejercicio con el que manifiestan su postura en los acuerdos de las Asambleas» (STC 361/2006, de 18 de diciembre, FJ 3). Además, se considera un derecho de naturaleza personal e indelegable «por formar parte del núcleo esencial de las reglas de ordenación de la función parlamentaria» (STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 6).

Al margen de este marco general sobre el relieve constitucional del derecho al voto parlamentario, hay precedentes en la jurisprudencia constitucional que ayudan a dilucidar la controversia planteada en torno al voto del diputado Alberto Casero. La STC 361/2006, de 18 de diciembre, resuelve un supuesto que, si bien no es idéntico (no se trata del intento de sustituir un voto telemático por uno presencial), sí guarda similitudes significativas (se trata de una diputada que alega haber padecido un problema técnico al emitir su voto que, además, resulta determinante en el resultado de la votación). Esta sentencia permitió al Tribunal Constitucional sentar unos criterios que, a nuestro juicio, iluminan la valoración jurídica del caso. Las consideraciones más relevantes de la sentencia son las relativas al papel de la Presidencia de las Cámaras a la hora de tutelar los derechos de los parlamentarios cuando se aduce algún problema con la votación.

El Tribunal afirma que el derecho al voto de los parlamentarios no solo forma parte del *ius in officium* de los diputados, sino que, al incidir en una faceta relevante de su actividad parlamentaria como es el ejercicio de la potestad legislativa, se integra en el núcleo de su función representativa. De ahí que, en casos donde se discute si ha existido un funcionamiento defectuoso de los sistemas de votación o, por el contrario, los problemas se han debido a una supuesta negligencia del parlamentario, recae sobre los órganos de la Cámara, y en especial sobre su Presidente, la tarea de demostrar que el diputado ha tenido una conducta negligente (STC 361/2006, FJ 4). La carga de la prueba no reposa sobre el diputado, sino que se traslada a los órganos rectores y, singularmente, a la Presidencia. Esta doctrina constitucional es coherente, por lo demás, con una concepción de la función presidencial en la dirección de los debates parlamentarios inspirada en el principio de imparcialidad, en la que el papel básico de la Presidencia debe consistir en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los diputados y en la libre formación de la voluntad de la Cámara, esto es, desplegando la diligencia necesaria para hacer prevalecer la auténtica voluntad de la institución parlamentaria.

En un sentido contrario, se ha argumentado que nunca se ha consentido la modificación, a pesar de que los errores en el voto son frecuentes<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Según datos del portal Datadista, tras analizar más de un millón de votos emitidos, en las 3.085 votaciones efectuadas entre febrero de 2020 y febrero de 2022, en 1.038 existen diferencias de

Si nos centramos en el voto telemático, vemos cómo, el 30 de mayo de 2013, el único voto emitido telemáticamente, aunque fue en sentido contrario del pretendido, se mantuvo. Mientras que «en los restantes casos, constatado que no se trataba de un error técnico, se ha dado la posibilidad al diputado de presentar un escrito aclaratorio de su voluntad efectiva para ser anexado al acta» (sesiones plenarios de 26 de abril de 2018, 11 de febrero y 19 de noviembre de 2020 y 21 de julio y 24 de noviembre de 2021). En este marco cabe mencionar también el caso de una diputada que, en la sesión plenaria de 9 de abril de 2020, habiendo votado telemáticamente, y alegando un error informático, solicitó que se anulara tal votación y que se le permitiera votar de manera presencial. No habiendo ocurrido tal error técnico, y tomando en consideración los precedentes existentes, se rechazó esta petición» (Informe de la secretaria general del Congreso de los Diputados en relación con las votaciones correspondientes a la sesión plenaria del 3 de febrero de 2022, de 10 de febrero de 2022).

Sin embargo, existen otros precedentes que, sin ser iguales, nos pueden ofrecer algunas pistas. En la sesión plenaria del 22 de junio de 2017, estando autorizada para votar telemáticamente una diputada en relación con tres puntos incluidos en el orden del día, y habiendo emitido su voto en relación con dos de ellos, solicitó a la Mesa de la Cámara que se le permitiera acudir presencialmente para votar de esta forma el asunto que quedaba pendiente, y sobre el que no había emitido su voto. La Mesa, reunida en el hemiciclo con carácter previo a las votaciones, decidió acceder a lo solicitado por la diputada, si bien, considerando que para una misma sesión no procede que un diputado emita su voto por procedimientos distintos, declaró nulos los votos emitidos telemáticamente. No se invocaba, en definitiva, error alguno, sino que se solicitaba que se permitiera votar presencialmente el punto del orden del día en relación con el que todavía no se había emitido el voto. En este sentido, la decisión de la Mesa de anular los votos emitidos telemáticamente fue la consecuencia, y no la causa, de la autorización de votar de manera presencial, pero provocó que pudiera votar presencialmente en las tres votaciones, anulando los dos votos emitidos telemáticamente. En este punto, además de plantearse si había existido la verificación telefónica en los dos primeros votos, cabe plantearse si no votar sin motivo aparente y sin fallo técnico por medio, no debería ser considerado como una opción y, el hecho de autorizar el voto presencial, en este caso, sería en el fondo una autorización de cambio de esa opción.

También existe otro caso, aunque con relación menos directa, en verano del año 2020, cuando en el Congreso se repitió una votación tras haberse detectado

---

votación entre diputados de un mismo grupo. Además, en 240 votaciones se han producido errores en las votaciones por parte de más de un grupo parlamentario. Disponible en: <https://www.datadista.com/transparencia/tres-de-cada-diez-votaciones-en-el-congreso-en-esta-legislatura-tuvieron-votos-contrarios-a-la-indicacion-del-partido/>

un error en la votación. Fue en el proceso para dar luz verde al texto económico de la llamada Reconstrucción Económica en plena pandemia de coronavirus. Entonces, fue una diputada de Podemos, Marisa Saavedra, la que había pedido votar telemáticamente, pero sin haber ejercido su derecho se personó en el hemiciclo y, aunque antes del inicio de la sesión recibió la notificación de que, al haber solicitado el modo telemático, no podía hacerlo en persona, lo emitió de forma presencial. En este caso se anuló la votación, al haberse realizado un voto inválido por no haber sido autorizado previamente, por lo que se determinó la repetición de la votación.

Solo en una ocasión se ha aplicado el apartado sexto de la Resolución de 12 de mayo de 2012, para anular una serie de votos emitidos telemáticamente. Así, en la sesión plenaria de 30 de noviembre de 2021, estando vigente el acuerdo de la Mesa de 26 de octubre de 2021 y, en consecuencia, alcanzando la autorización de voto telemático únicamente a los asuntos que no eran susceptibles de modificación en el curso del debate, una diputada que estaba autorizada para votar telemáticamente, lo hizo además de forma presencial. Advertida esta circunstancia una vez finalizada la sesión plenaria, y constatado que había una duplicidad de votos en los asuntos que también eran susceptibles de votación telemática, se elevó el asunto a la Mesa, para que ésta decidiera cuáles procedía considerar válidos. Aunque el sentido del voto telemático coincidía con el emitido presencialmente y la decisión de la Mesa, en un sentido o en otro, no afectaba al resultado final de las votaciones, la Mesa acordó declarar la nulidad de los votos emitidos telemáticamente y entender válidos los presenciales. Como en el caso del año 2017 antes citado, la causa no fue un error, sino la posibilidad de votar todos los asuntos incluidos en el orden del día, que solo se podía hacer de forma presencial. En este caso, y aunque parece que el voto presencial que fue posterior se permitió por un error técnico que no bloqueó el voto presencial permitiendo duplicar el voto cuando debería estar la pantalla del escaño apagada, es interesante señalar cómo el voto que se consideró válido, aunque ambos fueran en el mismo sentido, fuese el presencial emitido posteriormente.

#### 4. La votación de la reforma laboral

Como ya hemos visto, el diputado Casero había solicitado y ejercido el voto telemático, pero, tras darse cuenta de haber votado en sentido contrario al de su grupo, y ante la imposibilidad de cambiar su voto, se personó en el Congreso de los diputados. Así se desprende del informe de la Secretaria General que señala que el «Sr. Casero no cursó en ningún momento solicitud de revocación de la autorización de voto telemático».

Esto plantea una serie de interrogantes: ¿cuál era la normativa vigente en ese momento? ¿se realizó la solicitud de sustitución del voto telemático por el voto presencial? Y, de ser así, ¿se reunió la Mesa para decidir sobre la solicitud?

#### 4.1. NORMATIVA VIGENTE EN EL MOMENTO DE LA VOTACIÓN

Tras exponer la sucesión de acuerdos sobre el asunto, desarrollados a lo largo de la crisis sanitaria, podemos decir que las excepciones seguían en vigor parcialmente en el momento de la votación de la convalidación o derogación de la reforma laboral y, en cierta manera, los problemas acontecidos están relacionados con ellas. En ese sentido parece mantenerse, aunque sea de modo implícito, la excepción a la norma general según la cual «el voto emitido por este procedimiento deberá ser verificado personalmente mediante el sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa y obrará en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente». No obstante, y aunque parece que esa comprobación telefónica no se hizo en este caso, la generalización del voto telemático desde 2020 y la necesidad de agilizar su funcionamiento condujo a que se prescindiese de ese trámite y se conservase el sistema de doble comprobación en la propia *intranet* del Congreso, donde el diputado puede verificar él mismo el sentido del voto antes de finalizar y, en caso de error, realizar las modificaciones oportunas. Aunque si estaba en vigor, por ejemplo, la solicitud individual, suspendida durante la pandemia.

Sin embargo, lo que parece claro es que seguía en vigor lo referente a la solicitud de revocación del voto telemático. Nunca se anuló esta posibilidad, y las tres resoluciones de la Mesa del Congreso insistían en que los aspectos básicos del voto telemático —y esto debería considerarse sin duda un aspecto básico— seguían en vigor. Aún así, el informe de la Secretaria General señala que no cabe deducir que este apartado establezca «una segunda oportunidad para el votante telemático, puesto que con ello se le estaría poniendo en una mejor situación tanto respecto al votante presencial, que como hemos dicho no puede rectificar su voto una vez emitido, como respecto al resto de votantes telemáticos que, a diferencia suya, no pueden acudir al Hemiciclo para votar presencialmente». No obstante, esta interpretación vacía absolutamente de contenido la disposición normativa en vigor.

Así se deduce de la interpretación que se lleva a cabo de este apartado sexto en el informe de la Secretaria General: «tal y como se concibió en origen, a saber, en un contexto de voto telemático muy excepcional, para supuestos de previsible prolongación en el tiempo y limitado en cuanto al número de asuntos susceptibles de ser votados por ese procedimiento, es una previsión normativa que faculta a la Mesa para hacer, cuando lo estime pertinente o necesario para mejor garantizar el

ejercicio del derecho de voto, lo que, a priori, y en atención al principio de irrevocabilidad del voto ya emitido, no es posible hacer. Es decir, anular un voto emitido telemáticamente, para permitir que el diputado que, habiendo sido autorizado para votar telemáticamente ya lo hubiera hecho, pueda votar presencialmente...».

Los letrados siguen justificando que «esta eventual aplicación del apartado sexto, en la línea de lo argumentado, no procede respecto de cualquier votación telemática, sino tan solo en la medida en que resulte preciso para garantizar el derecho de voto en toda su extensión. De ahí que el citado apartado solo pueda invocarse, ha de insistirse, en tanto en cuanto haya de asegurarse el correcto ejercicio del derecho de voto, que no cabrá entender vulnerado y no requerirá de protección adicional si el voto telemático se ha emitido válidamente». Lo que no queda claro es por qué esta interpretación no produce los efectos que señalaban los propios letrados «poniendo en una mejor situación tanto respecto al votante presencial, que como hemos dicho no puede rectificar su voto una vez emitido, como respecto al resto de votantes telemáticos que, a diferencia suya, no pueden acudir al Hemiciclo para votar presencialmente, así como respecto a los diputados que en ocasiones anteriores han alegado la no emisión correcta de su voto y no han tenido una nueva ocasión para emitirlo».

En nuestra opinión, de la lectura del precepto no se desprende que el diputado tenga siquiera que justificar las razones que le llevan a solicitar el cambio en la modalidad de votación. No está de más recordar en este punto que los órganos parlamentarios deben realizar una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatus constitucionalmente relevante del representante público, así como motivar las razones de su aplicación, en coherencia con el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

El siguiente elemento sería, entonces, la naturaleza de esta autorización, su motivación y el margen de discrecionalidad en la decisión de autorizar o no. Parece claro que el hecho de someter la decisión a una autorización implica la existencia de unas condiciones que deben ser consideradas por la Mesa. Si no existiera discrecionalidad en el acto de la autorización, no sería autorización, sino una mera comunicación. Si aceptamos que hay «autorización», debemos aceptar que debe haber un acto de valoración en el que se juzgue si se cumplen o no unos determinados criterios.

A esto se añadiría un elemento formal, que adquiere importancia por la relevancia de sus efectos. Se trata de la necesidad de que la decisión de negar esta posibilidad, establecida en el apartado 6, incluso haciendo una interpretación muy restrictiva de su uso, en la línea del informe de los letrados, sea adoptada por la Mesa y no por la Presidencia.

## 4.2. SU APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Asumiendo, por tanto, que la posibilidad de revocación estaba en vigor, ya que, si se anuló la posibilidad expresamente la decisión no sería válida, y si no se anuló expresamente la posibilidad de rectificar el voto presencialmente seguiría en vigor, el paso siguiente sería asumir que se produjo la solicitud. Parece que es así, y aunque el mismo informe de la Secretaria General lo niega, las propias palabras de la Presidenta del Congreso de los Diputados en el momento de la votación parecen indicar lo contrario. Es decir, o bien el diputado Casero o bien la portavoz del grupo parlamentario popular y otros miembros del grupo, solicitaron la autorización pertinente para votar presencialmente.

El punto siguiente sería si existió la decisión de la Mesa, de lo que no existe constancia, o si esta fue sustituida por la Presidencia que, previo informe de los técnicos sobre la validez del voto emitido telemáticamente, decidió que no procedía la autorización. Aun admitiendo que dada la amplia capacidad competencial de la Presidencia del Congreso pudiera existir la posibilidad de que la presidenta asumiera esas funciones por delegación, habría que hacer una interpretación muy restrictiva de esta potestad en los casos que afectan al voto de los diputados y, en todo caso, dada su trascendencia, la resolución debería estar motivada y por escrito. Si asumimos que se solicitó y que no se reunió la Mesa, ni se informó a sus miembros, lo que estaría en cuestión es la capacidad de la presidenta de adoptar esta decisión. Es cierto que las competencias de la Presidencia del Congreso son muy amplias y se ha venido interpretando de forma extensa su capacidad de tomar acuerdos sobre competencias formalmente reservadas a la Mesa.

En resumen, todo apunta a que el diputado quiso ejercer la facultad de revocar su voto emitido telemáticamente para votar presencialmente, utilizando una motivación falsa, algo a lo que no accedió la Presidenta, sin que la Mesa se reuniese para valorar el caso y sin que existiera una comunicación formal del rechazo.

A esto puede añadirse, además, que, tras conocerse el resultado de la votación, el sentido del voto controvertido tenía, también en nuestro caso, una importancia decisiva para el conocimiento de la voluntad real de la Cámara. Máxime cuando el parlamentario había pretendido votar presencialmente para que el sentido de su voto fuese el mismo que el de sus compañeros de grupo, algo muy habitual en el parlamentarismo español. De ahí que, ante las consecuencias que podía tener el auténtico sentido del voto del diputado sobre la validez del acuerdo de la Cámara, la Presidenta podía haber atendido la solicitud de repetición de la votación que se instó por parte del grupo popular: la convalidación del Decreto-ley podría estar viciada por no haberse respetado la regla general de adopción de acuerdos en el Congreso que establece el art. 79.2 CE (mayoría simple: más votos a favor que en contra), con las graves implicaciones jurídicas que eso podría acarrear.



## 5. Las reformas recientes del voto telemático en los reglamentos del Congreso y el Senado

Tras estos episodios recientes, en la primera mitad del año 2022 se han reformado los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado para modificar la regulación del voto telemático. Conviene examinar brevemente las novedades incorporadas en cada uno de ellos.

Por lo que respecta al Senado, la reforma ha modificado el artículo 92 de su Reglamento, con el fin de mejorar y actualizar la regulación del voto telemático, también denominado «electrónico remoto». Como se puede leer en la exposición de motivos, los grupos parlamentarios impulsores de la reforma reconocen la importancia de procurar la presencialidad en las sesiones plenarias, sin embargo, «la experiencia acumulada en estos dos últimos años permite avanzar en la regulación del voto electrónico remoto para el momento en que deje de ser necesario mantener limitaciones en la presencia de los miembros de la Cámara en el salón de sesiones».

En primer lugar, se amplían los supuestos que habilitan a los diputados para recurrir a esta modalidad de votación. Concretamente, a los supuestos regulados en la reforma de 2013 para facilitar la conciliación de la vida parlamentaria y familiar como el embarazo, la maternidad y la paternidad, así como la enfermedad grave que impidiera la presencia en las sesiones plenarias, se añaden otros supuestos en los que las circunstancias hacen imposible la presencia física de los miembros de la Cámara en las sesiones del Pleno. Sería el caso de situaciones excepcionales o imprevisibles suficientemente acreditadas que impidan la presencia en dichas sesiones como pueden ser accidentes, motivos de salud o asistencia a reuniones internacionales. Además, en supuestos extraordinarios como catástrofes, calamidades, crisis sanitarias, paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como en aquellos casos excepcionales en los que el Palacio del Senado no pudiera acoger la normal actividad parlamentaria o en los que no pueda ser utilizado el procedimiento de voto electrónico presencial, la Presidencia, de acuerdo con la Junta de Portavoces, también podrá acordar que todos los senadores emitan su voto por procedimiento electrónico remoto.

En segundo lugar, se extiende la posibilidad de realizar la votación electrónica remota a todos los asuntos incluidos en el orden del día y para cualquier tipo de votación. Se superan de esta manera las limitaciones que se establecían en la reforma operada en el año 2013. De este modo, la Mesa de la Cámara podrá autorizar que los senadores emitan su voto telemático en las sesiones plenarias de la Cámara cualesquiera que sean los asuntos incluidos en el orden del día y el tipo de votación, salvo el asentimiento. Para ello, el senador dirigirá la solicitud a la Mesa de la Cámara, que le comunicará su decisión de manera expresa. La emisión del voto

por este procedimiento deberá realizarse a través del sistema que establezca la Mesa, que, en todo caso, deberá garantizar la identidad del votante, el sentido de su voto y el secreto de este en las votaciones que lo requieran. A este respecto, la Disposición adicional primera establece que La Mesa del Senado aprobará las disposiciones y adoptará las medidas necesarias para la puesta en práctica del procedimiento de voto electrónico remoto.

Con relación al Congreso de los Diputados, se modificó el apartado segundo del artículo 82 de su Reglamento. En la exposición de motivos se constata que el funcionamiento del procedimiento de voto telemático en el Congreso de los Diputados se ha consolidado técnicamente en los últimos meses como consecuencia de las restricciones derivadas de la pandemia. El objetivo consiste en ampliar los supuestos que permiten recurrir a la modalidad de votación telemática establecidos en la reforma de 2011 (embarazo, paternidad o enfermedad grave). Concretamente, se incluyen aquellos supuestos en los que los diputados deben ausentarse de la votación en una sesión plenaria para cumplir con compromisos de representación institucional en foros internacionales en el extranjero, como es el caso de los miembros de las Delegaciones Permanentes de las Cortes Generales en Asambleas Parlamentarias, o el de aquellos parlamentarios que tuvieran compromisos de representación institucional en cumbres europeas, iberoamericanas, de la OTAN, del G-20, así como reuniones oficiales de la Asamblea General de Naciones Unidas, de sus Convenciones, o asimilados.

Asimismo, cabe destacar otra novedad de la nueva redacción del artículo 82.2 del Reglamento del Congreso. Se suprime la adjetivación como «grave» de la causa relativa a la enfermedad, lo que abre la puerta a que cualquier tipo de afección o dolencia, con independencia de su importancia o alcance, permita al diputado ampararse en ese supuesto para solicitar la posibilidad acogerse a una modalidad de votación que, en puridad, debería ser excepcional. Se añade un último supuesto que actúa como cajón de sastre, pues permite solicitar el voto telemático en aquellas situaciones excepcionales de especial gravedad en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las especiales circunstancias, se considere suficientemente justificado.

En cuanto al procedimiento, el diputado debe dirigir la solicitud mediante escrito a la Mesa de la Cámara, que le comunicará su decisión, precisando el periodo de tiempo en el que podrá emitir el voto mediante dicho procedimiento. El voto emitido por este procedimiento deberá ser verificado mediante el sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa, que, en todo caso, debe garantizar la verificación personal de la votación. Se subraya así el necesario carácter personal del voto, en coherencia con las exigencias del art. 79.3 CE. Por lo demás, el voto emitido deberá obrar en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente.

## 6. Conclusiones

En este capítulo hemos estudiado el régimen jurídico del voto parlamentario, en general, y de las modalidades de votación no presencial, en particular, tanto en las Cortes Generales como en las Asambleas legislativas autonómicas. También hemos analizado la jurisprudencia más relevante sobre el derecho al voto parlamentario. Hemos llevado a cabo ese examen de la normativa y la jurisprudencia con la controversia en torno al voto del diputado Alberto Casero en la votación de la convalidación o derogación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, como telón de fondo.

Pues bien, concluimos que, a la luz de la Resolución de la Mesa del Congreso de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática y de la propia jurisprudencia constitucional (STC 361/2006, de 18 de diciembre), la Presidencia del Congreso de los Diputados, cuando tuvo conocimiento de la voluntad del diputado de sustituir su voto telemático por el voto presencial, y teniendo en cuenta además que éste adujo la existencia de un error técnico que habría alterado el sentido de su voto, debió haber convocado al órgano rector de la Cámara para que valorase la posible autorización del diputado para votar presencialmente. Al no haberlo hecho, en nuestra opinión, habría conculcado el derecho del diputado a desempeñar correctamente el cargo representativo (art. 23.2 CE), resultando, en consecuencia, vulnerado también el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), tal y como tiene establecido una consolidada jurisprudencia constitucional que, en estos casos, anuda la suerte de ambos derechos.

Con independencia de la opinión jurídica que se mantenga al respecto, lo sucedido puede ser una oportunidad para corregir las carencias que actualmente presenta la configuración del voto parlamentario o electrónico remoto en las Cortes Generales, especialmente dada su especial transcendencia constitucional. Las reformas reglamentarias aprobadas abril y mayo de 2022, que básicamente amplían los supuestos y los tipos de votación en los que se puede hacer uso de este instrumento, no resuelven los problemas planteados en nuestra investigación, sino que pueden, especialmente en el caso del Congreso de los diputados, agravarlos, al establecer supuestos genéricos donde queda en manos de los órganos rectores la decisión final.

Las reformas planteadas son una ocasión perdida para confirmar la necesaria excepcionalidad del voto electrónico (no tanto por la ampliación de los supuestos, sino por la apertura de otras vías indeterminadas), blindar las garantías necesarias para su ejercicio (evitando excepciones técnicamente injustificadas, por grave que parezca la situación) y eliminar el carácter previo del ejercicio del voto electrónico,

que el sentido del voto tenga en cuenta el debate (lo que rompe con la lógica jurídica, que requiere que el debate y la deliberación sean previos al ejercicio del voto). En nuestra opinión, se ha desaprovechado la oportunidad de avanzar en la simultaneidad deseable de los dos procedimientos (el telemático y el electrónico presencial) para garantizar que al votar el diputado cuente con los elementos de juicio suficientes. Se trata de elementos que quizás en el año 2012 tenían sentido, por limitaciones técnicas, pero ahora son difíciles de justificar.

Todavía existe, con todo, la oportunidad de corregir otros aspectos en su desarrollo a través de acuerdos de mesa:

- Modificar o aclarar la posibilidad de rectificar el sentido del voto, sustituyendo el voto electrónico emitido por el voto presencial (previa autorización), si como parece un buen número de grupos políticos consideran que debería permitirse esta posibilidad.
- Mejorar la publicidad de los acuerdos y reuniones de la Mesa cuya opacidad, como se ha podido comprobar, dificulta conocer las normas vigentes e incluso los precedentes. Toda reunión de la Mesa debería llevar aparejada la publicación del acta de acuerdos y del acta de debates. Publicándose en la web, al menos, todos los acuerdos de la Mesa de la Cámara que tengan efectos sobre terceros o sobre procedimientos. Aunque su publicación no sea requisito para su eficacia, mejoraría mucho la transparencia y el conocimiento público.
- Publicar previamente las solicitudes de votación telemáticas recibidas y autorizadas por la Mesa, respetando en todo caso la privacidad de los datos personales. En la medida en que es sabido *a posteriori* quién lo pide, sería bueno conocerlo *a priori*.
- Vincular el ejercicio del voto telemático al certificado digital. Resulta ciertamente contradictorio no exigir para el voto telemático una garantía que hoy se exige en cualquier gestión ante la administración, y que combina la seguridad jurídica con la facilidad de su ejercicio. La utilización de la firma electrónica para la autenticación es la mejor garantía de integridad y trazabilidad, más que el sistema de autenticación a través de usuario y contraseña, que es mucho más vulnerable.
- Por último, en la medida en que sea técnicamente posible, sería recomendable aumentar los *datasets* que ya se ofrecen, para que sea posible descargar, por periodos de sesiones o por segmentos superiores a la sesión, los resultados de las votaciones en formatos abiertos.

Por el contrario, responder a la polémica creada limitándose a consolidar la flexibilización excepcional del ejercicio del voto telemático de manera permanente

podría suponer una deformación de la vida parlamentaria, al relegar aun más la acción deliberativa del órgano. Se suprime así un requisito esencial para el funcionamiento del poder legislativo, afectando directamente a la representación política de los ciudadanos a través del mandato representativo. Como señalaba Rubio Llorente (1997:196), la generalización de estas prácticas que no responden a la lógica del parlamentarismo «no es que niegue(n) carácter representativo al Parlamento, es que realmente, anula(n) la necesidad de que exista un Parlamento», consolidando una concepción de la representación política más vinculada a la toma de decisiones que a su elaboración, más cerca del mandato imperativo (tanto dentro de los grupos parlamentarios como directamente de la sociedad a través de la tecnología), que del mandato representativo de los parlamentarios individuales.

Este tipo de deriva aumentaría el desgaste que hoy sufre la institución parlamentaria, incrementar la desafección ciudadana, desplazar aún más el eje del debate a las sedes de los partidos y reducir el contacto personal entre los grupos. Por último, supondría una pérdida del papel simbólico del Parlamento, que en los peores momentos de la crisis sanitaria reivindicaba la presidenta del Congreso de Estados Unidos, Nancy Pelosi, cuando, ante las solicitudes de adaptar el funcionamiento de la institución a las nuevas circunstancias, señaló lo siguiente: «We are the captains of the ship. We are the last to leave».

## Bibliografía

- BURKE, E. (1774). *Discurso a los electores de Bristol*. Disponible en: <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. (2003). *El voto parlamentario*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARCÍA-ESCUADERO, P. (2007). ¿Es posible repetir las votaciones parlamentarias?. ¿Vota el diputado o el grupo parlamentario?: a propósito de la STC 361/2006. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 611-631.
- GARCÍA ROCA, J. (1999). *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi: Pamplona.
- PARDO FALCÓN, J. (2007). Votaciones y grupos parlamentarios. Comentario a la STC 361/2006, de 18 de diciembre, sobre votación electrónica del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del País Vasco para 2005. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, pp. 307-331.
- PRESNO LINERA, M. A. (2009). La sustitución temporal de los representantes políticos. En M. A. Presno Linera y C. Ortega (coords.). *La sustitución temporal de los representantes políticos* (pp. 15-80). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- RIPOLLÉS SERRANO, M. R. (1999). Artículo 79. Las votaciones parlamentarias. En O. Alzaga Villaamil, Ó. (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Cívitas.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997). *La forma de poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUBIO NÚÑEZ, R. (2020). La tecnología en el Parlamento durante la crisis del Covid. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, pp. 226-236.
- RUBIO NÚÑEZ, R. y GONZALO ROZAS, M. A. (2020). Presencialidad y excepcionalidad en el Parlamento en tiempos de pandemia global. En J. Ma Reniu y J. Víctor Meseguer (eds.). *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia* (pp. 73-94). Cizur Menor: Thomson-Reuters/Aranzadi.
- VELA NAVARRO-RUBIO, R. (2020). La adaptación de los parlamentos autonómicos a la crisis del COVID-19. En J. M. Reniu i Vilamala y V. Meseguer Sánchez (dirs.), *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y tomas de decisiones en un contexto de pandemia* (pp. 95-114). Cizur Menor: Thomson-Reuters/Aranzadi.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

CAPÍTULO XV  
SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL:  
CONTENIDO, EFECTOS Y EJECUCIÓN





## PRESENTACIÓN

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

*Catedrático de la Universidad Castilla-La Mancha*

### 1. Introducción. Sobre el concepto de sentencia constitucional y las dificultades para una teoría homogénea

La problemática que plantean las sentencias constitucionales y convencionales desde diversas perspectivas es tan compleja y variada que sería de todo punto imposible abordarla en unas pocas páginas. El propósito de las siguientes líneas no es, por tanto, ni mucho menos abordar esta temática con pretensiones de exhaustividad; sino más bien plantear algunas reflexiones sobre algunos de los problemas que actualmente resultan más acuciantes, con la finalidad de servir de introducción y contexto a las aportaciones monográficas que se incluyen a continuación en esta misma obra<sup>1</sup>.

En todo caso, no es posible llevar a cabo esas reflexiones sin un apunte inicial sobre el propio concepto de sentencia constitucional (y también de «sentencia convencional») y la dificultad para delimitarlo y para establecer una teoría explicativa homogénea. Sin entrar en más detalle, cabe señalar que en esa definición

---

<sup>1</sup> Las siguientes páginas son, por un lado, un resumen, y por otro un desarrollo y ampliación de ideas que en parte he expuesto en otros trabajos. Me permito remitirme a algunos de ellos para los interesados en ampliar sobre alguna de estas cuestiones: *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, Porrúa, México, 2009; *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Porrúa, México, 2011; «Omisiones legislativas y derechos fundamentales», en G. Famiglietti y S. Romboli (dirs.), *Justicia Constitucional y protección de derechos*, Universidad de Pisa— Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Pisa-Querétaro, 2021, pp. 189 ss.

Por otro lado, estas páginas tienen el sentido principal de servir de introducción a los textos de este bloque de la obra colectiva; por ello, de entre la abundantísima bibliografía existente ya sobre estas cuestiones, me permito remitirme a las obras de los autores de los textos subsiguientes, que cito en las sucesivas notas de este texto.

cabría utilizar un criterio basado en el órgano que emana la sentencia —lo que nos llevaría a su vez a la definición de justicia y jurisdicción constitucional—, un criterio material, o uno de carácter funcional.

Pero interesa destacar que, sea cual sea el criterio que se adopte, existen notorias dificultades para establecer un concepto único y, sobre todo, una teoría explicativa válida para todos los supuestos<sup>2</sup>. Baste pensar, por ejemplo, que en los sistemas basados en un control difuso y en los que no existe una auténtica jurisdicción constitucional, desaparece la posibilidad de utilizar un criterio basado en el órgano. Por otro lado, el concepto de «sentencia constitucional» parece que ha de ir notoriamente vinculado al de proceso constitucional, y este tiene también unos perfiles difusos. Por ejemplo, algunos de los sistemas de control difuso prácticamente carecen de ningún proceso que, por su finalidad o su función, pueda considerarse un proceso constitucional. Aparte de esto, dentro de los que habitualmente suelen considerarse «procesos constitucionales» existen también notables diferencias en cuanto a la función o finalidad, que de algún modo repercuten en su objeto y en su «naturaleza» —si es que es posible aplicar este término a un proceso—.

Desde luego, no es posible en estas líneas resolver las cuestiones planteadas, ni ofrecer un concepto o criterio infalible de delimitación de lo que sea una sentencia constitucional. Pero quien esto escribe viene defendiendo un criterio material-funcional que definiría estas sentencias como las recaídas en el fondo de uno de los procesos constitucionales, entendiendo por estos los que tienen como objeto propio la garantía de la Constitución. De este modo, los procesos constitucionales podrían dividirse en tres categorías generales: a) los que tienen por objeto garantizar las supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, mediante la contrastación general de otras normas con esta y la eventual declaración de inconstitucionalidad de esas normas (procesos de control de constitucionalidad); b) los que tienen por objeto la tutela o preservación de los derechos fundamentales contenidos en la propia Constitución (amparo y otros procesos de tutela de derechos); y c) los que persiguen preservar la distribución horizontal o vertical de competencias que deriva de la misma norma fundamental (conflictos). Todo ello sin perjuicio de que cabe entender, no sin algunas dudas, que puede haber una cuarta categoría formada por d) otros procesos constitucionales, fundamentalmente los electorales y políticos, como la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos allí donde exista.

---

<sup>2</sup> Sobre este tema la bibliografía es muy amplia, y a ella me he referido en alguna de mis obras antes citadas. Con un enfoque general quiero destacar los trabajos de H. Fix-Zamudio y E. Ferrer MacGregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Porrúa, México, 2009; más recientemente, es muy recomendable el trabajo de O.A. Gozáini, *Teoría de la sentencia constitucional*, Porrúa, México, 2021 (2ª edición).

Aun cuando la propia delimitación entre los procesos de las tres categorías inicialmente mencionadas puede plantear sus dudas, lo que ahora me interesa destacar es que sus elementos esenciales van a variar con ese objeto diferente, lo que afecta a toda su configuración, desde la legitimación hasta, en lo que ahora interesa, la sentencia. El contenido y efectos de esta van a tender a ser muy diferentes en una sentencia que recae en un proceso que debe determinar si una norma es o no constitucional, que en otra cuyo objeto es establecer si se vulneró el derecho fundamental de alguien, y en su caso adoptar medidas para su reparación; o, por último, en otra que debe determinar a quién pertenece una competencia, y adoptar igualmente las medidas que puedan proceder si esa competencia ha sido invadida por otro órgano o poder. Me parece que el hecho de que puedan existir casos difíciles de catalogar o más o menos «mixtos», como el de una ley que es inconstitucional porque vulnera derechos, no es obstáculo para lo que acabo de señalar: la variedad de procesos constitucionales de naturaleza diferente dificulta una teoría homogénea, y en particular una configuración homogénea de las sentencias.

Espero que no se malinterprete lo anterior: no estoy cuestionando la autonomía del Derecho Procesal Constitucional como disciplina, que está hoy fuera de toda duda, sino su homogeneidad o coherencia interna, al menos en la medida en la que pretenda establecer una teoría única explicativa de procesos de naturaleza tan diversa. Obviamente, ello no quiere decir que los elementos no sean comunes (en buena medida los son en todo tipo de procesos), pero sí que la configuración de cada uno de ellos, y en particular el contenido y efectos de las sentencias, difieren en cada uno de esos tres grandes bloques de procesos, y requerirían un análisis específico. Me permito apuntar que acaso el intento de una teoría única o común de todos los procesos constitucionales pueda derivar de que el Derecho Procesal Constitucional nació como disciplina autónoma en el contexto de un ordenamiento —como el mexicano en los años 50 del siglo xx— en el cual solo existía propiamente un verdadero proceso constitucional, como es el amparo. Creo que incluso hoy, cuando tanto se ha escrito ya sobre el concepto de esta disciplina, y tanta bibliografía existe sobre los concretos procesos constitucionales de cada ordenamiento específico, sigue pendiente una verdadera teoría de los procesos constitucionales, que debería analizar de forma autónoma los procesos de diferente naturaleza, y en la cual la sentencia obviamente ocuparía un protagonismo indudable.

En mi opinión, lo anterior explica también que muchas veces se hable de la sentencia constitucional, su contenido y efectos con parámetros que en realidad solo serían aplicables a las sentencias en los procesos de control de constitucionalidad, sin duda prototípicas en el esquema kelseniano, pero desde luego no las únicas sentencias constitucionales, ni siquiera en el sistema austríaco.

Pero además de las dificultades derivadas de esta heterogeneidad de procesos, están las que son consecuencia de la insoslayable perspectiva dinámica, evolutiva y comparada que ha de adoptarse en este análisis. Ello quiere decir que, aun si nos quedamos con el limitado ámbito de las sentencias sobre la constitucionalidad de las normas —lo cual vamos a hacer en buena medida en lo que sigue, para centrar el análisis en el que acaso sea el proceso constitucional central y emblemático—, los parámetros derivados de un diseño construido de forma razonablemente lógica y coherente, como serían los del llamado «modelo kelseniano», resultan hoy a todas luces insuficientes, como ya ha sido sobradamente destacado por todo tipo de autores. Ni la dicotomía de pronunciamientos (constitucionalidad-inconstitucionalidad) ni el clásico efecto derogatorio de las sentencias estimatorias —ni siquiera en algunos casos los efectos *erga omnes*— explican hoy de manera generalizada la dinámica de las sentencias en los procesos de control de constitucionalidad, como destacaremos un poco más adelante.

## 2. Las «sentencias convencionales»

Para dificultar todavía más las posibilidades de un examen sencillo, coherente y homogéneo, hoy parece imprescindible considerar también, junto a los problemas derivados del control de constitucionalidad y de los procesos de tutela de derechos fundamentales, los derivados del control de convencionalidad, que como es sabido nace en el contexto de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Almonacid Arellano contra Chile* del año 2006, e implica, si lo definimos de forma amplia y genérica, y de forma paralela al control de constitucionalidad, la necesidad de garantizar la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Siguiendo las pautas que ha dado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, este control de convencionalidad va a ser finalmente difuso, ya que, en esencia, todos los tribunales de todos los países a los que les resulta aplicable la Convención de San José de 1969 deberían inaplicar la normativa interna cuando esta entre en contradicción con dicha convención. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de que la propia Corte Interamericana pueda establecer la contradicción entre el derecho interno de un Estado y la Convención; y ello sin excluir la Constitución del propio Estado, como ya pudiera de relieve la propia Corte Interamericana en el caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile (caso «La última tentación de Cristo»)*, de 5 de febrero de 2001.

No puedo dejar de señalar que, en mi opinión, esa implantación de un control difuso totalmente abierto puede resultar —y ya ha venido resultando— problemática en no pocos aspectos, y por ello debería venir acompañada de elementos

de centralización que faciliten la convergencia entre los sistemas y ordenamientos jurídicos de los Estados del sistema interamericano en lo que atañe a la tutela de los derechos, y no el proceso de divergencia que se está dando cuando no se ponen límites a la posibilidad de interpretaciones dispares. Pero dicho esto, en este texto lo que más nos interesa destacar es la necesidad (y las dificultades) para establecer un concepto como el de «sentencia convencional», que en parte son paralelas a las ya apuntadas al intentar definir la sentencia constitucional. Cabe pensar, sin ir más lejos, que el concepto podría resultar aplicable a las sentencias de la Corte Interamericana —o acaso incluso solamente a las que declaran la inconvencionalidad de alguna norma de derecho interno—; pero también podría ser aplicable a toda sentencia, de cualquier tribunal, que ejerza ese control de convencionalidad, de manera que cualquier sentencia, en cualquier tipo de proceso, podría ser una «sentencia convencional».

Aquí no cabe una definición basada en la finalidad del proceso, ya que en este ámbito supranacional no existen, al menos en el sistema interamericano, procesos cuyo objeto específico sea la garantía de la primacía del derecho internacional de los derechos, sino más bien procesos del segundo grupo antes mencionado, es decir, procesos de tutela de los derechos, aunque con frecuencia en estos se plantee la cuestión de la conformidad del derecho interno con el derecho convencional. De ahí que, dentro del estado embrionario en el que todavía se encuentran los estudios sobre la propia definición de lo que sea una «sentencia convencional», creo que en este caso, aproximándonos más a los parámetros derivados del control difuso, podríamos utilizar como criterio definidor el del ejercicio del control de convencionalidad en todo tipo de procesos, si bien dentro de esta amplia categoría las sentencias en las que este control lo ejerce la Corte Interamericana deberían ocupar una posición central, por sus especiales efectos y consecuencias, y porque la cuestión de los efectos reviste en este caso perfiles indudablemente específicos.

### 3. Contenido y pronunciamientos de las sentencias constitucionales en la actualidad: hacia una nueva tipología

Como ya se ha apuntado, aun centrándonos en las sentencias que se pronuncian sobre la constitucionalidad de normas, muy diversos factores hacen que hoy resulte imposible el mantenimiento del esquema derivado del diseño kelseniano, según el cual la jurisdicción constitucional habría de limitarse a señalar si la norma impugnada es o no conforme a la Constitución, y en este segundo caso habría de proceder, de acuerdo con su condición de «legislador negativo» a la derogación de los preceptos inconstitucionales. Este esquema podría funcionar en el contexto de «constituciones marco» que se limitasen a regular el procedimiento de producción

normativa y a establecer algunas reglas básicas. Pero hoy, y al menos desde la Segunda Guerra Mundial, las constituciones están cada vez más plagadas de preceptos y principios generales, así como de mandatos de actuación positiva dirigidos al legislador y a otros poderes públicos.

Esta nueva situación hace que sea necesario plantearse otros problemas, como el de la posible inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, relativas o absolutas, y otros supuestos de inconstitucionalidad parcial. Por otro lado, hay que considerar la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y del resto del ordenamiento o, incluso más simplemente, los posibles efectos de una reforma constitucional sobre la interpretación de las normas. Ello implica la posibilidad de que las normas o sus interpretaciones cambien, dando lugar a normas inicialmente constitucionales que con el tiempo devienen inconstitucionales. Ello da lugar al fenómeno bastante estudiado de la «inconstitucionalidad sobrevenida», y al menos abordado, pero no por ello menos posible —y del cual he aportado algún ejemplo hipotético en la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España— de una eventual «constitucionalidad sobrevenida». También podemos encontrar normas que no son inconstitucionales por su contenido, sino por su rango o por la condición con la que han sido aprobadas. Cabe también añadir la situación de algunos Estados descentralizados en los que las competencias de los entes periféricos no son iguales, lo que puede dar lugar a inconstitucionalidad parcial o inaplicabilidad de normas en un territorio determinado.

Por todos estos motivos se habla de una amplia tipología de sentencias que pueden considerarse «tipos intermedios» entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad o «sentencias atípicas»<sup>3</sup>. Dentro de esta variada tipología encontramos pronunciamientos formalmente desestimatorios, como buena parte de las sentencias interpretativas, que condicionan esa declaración de constitucionalidad a que la norma se interprete en un sentido determinado. Otros fallos son formalmente estimatorios, ya que en algunos casos se declara inconstitucional solamente una de las interpretaciones alternativas derivadas del precepto. En ambos casos se habla de sentencias interpretativas en sentido propio. En cambio, en otros casos se declara la inconstitucionalidad del precepto solo «en la medida en que incluye» algo que no debería (sentencias reductoras), o «en cuanto excluye» o no prevé lo que constitucionalmente sería exigido (sentencias aditivas), o en cuanto dispone algo distinto a lo que debería disponer (sentencias sustitutivas).

Todos estos tipos de sentencias tienen en común el que la inconstitucionalidad afecta no a la disposición textual, sino al contenido normativo que de ella

---

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión es muy recomendable el trabajo de G. A. Figueroa Mejía, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana*, Porrúa, México, 2011. Me remito también a mi trabajo ya mencionado sobre las sentencias interpretativas.

deriva. Pero en mi opinión, que he desarrollado en algún otro lugar<sup>4</sup>, en todo caso existe un efecto de inconstitucionalidad, y por ello son materialmente de estimación parcial. En puridad, si una sentencia no es puramente desestimatoria, siempre será parcialmente estimatoria. Y creo que el fallo debería ser, en todos esos casos, formalmente de estimación parcial, tanto por razones de seguridad jurídica, como porque de ese modo, en las sentencias interpretativas propias, no quedaría prejuzgada ni excluida la posibilidad de llevar a cabo otras interpretaciones alternativas del precepto, acaso no consideradas en el objeto del proceso, y eventualmente conformes con la Constitución. Por este motivo, aun cuando no siempre descartamos la usual denominación de «tipos intermedios» de fallos, o «sentencias intermedias», hay que señalar que resulta impropia e inexacta, toda vez que en todos los casos anteriores estamos hablando de fallos materialmente de estimación parcial, aunque como vamos a ver hay otros supuestos en los que no se produce ese efecto.

Desde luego, junto a estos tipos de pronunciamientos, hay otros que en algunos casos podrían catalogarse dentro de esta amplia categoría, que con más propiedad podríamos llamar «sentencias atípicas». Más allá de la inconstitucionalidad sin nulidad, a la que ahora me referiré, hay sentencias que declaran la inaplicabilidad territorial de un precepto, y otras que, pese a declarar la constitucionalidad (formal y materialmente) establecen algún tipo de condicionamiento, como llamadas al legislador, o la cautela de que el precepto «no es todavía inconstitucional», pero puede llegar a serlo si no se produce alguna modificación posterior.

En fin, no es este lugar para un examen exhaustivo de toda esta tipología variada y siempre creciente. Pero no podemos terminar este apartado sin señalar que el reconocimiento de que estos tipos son cada vez más utilizados por la justicia constitucional, y de que sin duda las circunstancias y parámetros del constitucionalismo actual «empujan» a abandonar aquella tradicional dicotomía entre sentencias desestimatorias y estimatorias, no puede servir para soslayar la tradicional cuestión sobre la legitimidad de su uso. Que existan no quiere decir que deban existir, o incluso, que puedan utilizarse en ciertas situaciones no quiere decir que puedan utilizarse siempre, por la mera voluntad del supremo intérprete constitucional. Su utilización, y en especial su utilización abusiva, plantea no solo problemas de seguridad jurídica en cuanto resulta mucho más complejo entender en qué medida están vigentes y son aplicables determinados preceptos legales, sino que plantea con toda su crudeza la cuestión de la legitimidad de la justicia constitucio-

---

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, mi trabajo «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM-Marcial Pons, México, 2008, vol. V, pp. 291 ss.

nal. Y si bien es verdad que el modelo kelseniano puro del legislador negativo no es sostenible sin grandes adaptaciones en la actualidad, como hemos venido viendo, tampoco cabe negar que no existe un paradigma alternativo que venga a justificar determinadas actuaciones que pueden poner en juego el diseño de la separación de poderes y la necesaria limitación de la justicia constitucional, como poder estrictamente jurisdiccional, entre cuyas potestades no está la creación de nuevo derecho legal, sino la valoración constitucional de la obra legislativa, aunque para el desarrollo de esta función sea necesario proceder a la interpretación de los preceptos constitucionales y legales, y ello pueda implicar un cierto desarrollo de aquellos. En todo caso, la utilización frecuente y no controlada de todos estos tipos de pronunciamientos atípicos, cuando no existe una base constitucional o legal explícita para ello, debe ser valorada con un escrutinio estricto e individual, sin que pueda admitirse de una forma generalizada como parte de las competencias de los órganos de la justicia constitucional.

#### 4. Los efectos de las sentencias constitucionales y convencionales. El problema de la ejecución y la vinculatoriedad

Otro aspecto en el que el diseño clásico del modelo concentrado del control de constitucionalidad no sirve en la actualidad es el relativo a los efectos temporales de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley. Como es sobradamente conocido, el sistema austríaco partía del efecto derogatorio de esa declaración, con efectos inmediatos pero solo para el futuro. Es verdad que el propio ordenamiento austríaco introdujo la posibilidad de que en ciertos casos el Tribunal Constitucional retrasara hacia el futuro los efectos de la inconstitucionalidad, que pueden llegar a postergarse hasta 18 meses. Pero el esquema básico seguía siendo el mismo, y hoy muchos sistemas se alejan de él en distintas medidas.

Ya desde las primeras décadas de desarrollo de la jurisdicción constitucional, en Europa occidental (por ejemplo Alemania, Italia, España) se fue abriendo la posibilidad de que la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad tenga efectos hacia el pasado, e incluso puede decirse que en algunos lugares, como en España, del modelo de la derogación se va a pasar al de la nulidad, que parte del criterio general de intentar «borrar» los efectos de la ley inconstitucional desde su entrada en vigor, aunque razones de seguridad jurídica hayan aconsejado limitar esos efectos hacia el pasado, respetando por ejemplo los efectos de las sentencias firmes recaídas en aplicación de la ley inconstitucional (salvo en el caso de leyes penales o sancionatorias cuya inconstitucionalidad resulte más favorable para el condenado o sancionado, en los que sí cabe revisar las sentencias).



Si por un lado vemos cómo, lejos del diseño original, los efectos hacia el pasado de la sentencia de inconstitucionalidad son hoy relativamente comunes, también contemplamos supuestos de retraso en los efectos de las sentencias, y no siempre con esa previsión legal que como hemos visto existe hoy en Austria. O incluso, la posibilidad de que una sentencia de inconstitucionalidad carezca de efectos sobre la propia norma, como es el caso de las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad o «mera incompatibilidad», que con el tiempo se han mostrado necesarias en ciertas ocasiones, sobre todo en casos de inconstitucionalidad por omisión parcial, o en cualquier otro en los que la nulidad o derogación de la ley provoque una laguna todavía más inconstitucional que la situación actual. Estos supuestos, y otros de alteración de los efectos temporales de las sentencias, también deben someterse a una valoración de su legitimidad, cuyo resultado puede ser diferente en casos donde la propia ley da cobertura a esas declaraciones (como sucede en Alemania con las sentencias de «mera incompatibilidad») de aquellos en los que falta toda previsión legal que dé cobertura a la práctica (como en España, donde a pesar de ello el Tribunal Constitucional ha acudido con relativa frecuencia a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad).

Por otro lado, la cuestión de los efectos de las sentencias nos remite también al tema de su vinculatoriedad para todos los poderes públicos (y en su caso para los ciudadanos, cuando la sentencia tenga efectos *erga omnes*) y a los mecanismos para hacerla efectiva en caso de incumplimiento. Y también, en un sentido mucho más amplio, plantea la cuestión del valor de la jurisprudencia constitucional, así como del valor de la jurisprudencia convencional derivada de los tribunales supranacionales. En el primer caso, tiende a ubicarse a la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho, supeditada a la Constitución pero con un valor superior a la ley, en la medida en que esta interpretación cualificada de la Constitución tiende a incorporarse a esta y sirve así de parámetro de la constitucionalidad de las leyes. En el caso de la jurisprudencia convencional las soluciones parecen ser más variadas, y además convendría matizar: no son igual los efectos para el Estado condenado de una sentencia, que los efectos generales de la interpretación del convenio, e incluso estos no serán equiparables en aquellas sentencias que tienden a establecer un «estándar mínimo» común a todos los Estados signatarios de la convención, que en aquellas que acuden al margen de apreciación nacional y se limitan a respetar una opción entre otras posibles, en el desarrollo y aplicación de los derechos convencionales.

Lo que debería estar fuera de toda duda es el carácter vinculante de la concreta sentencia convencional para el Estado condenado, y paralelamente, la vinculatoriedad para poderes públicos y ciudadanos de cualquier sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma, que, por lo general, quedará automáticamente expulsada del ordenamiento en la mayoría de los sistemas de justicia constitu-

cional que se basan en la existencia de un órgano de jurisdicción constitucional concentrado.

Desde luego, todos los sistemas constitucionales y convencionales prevén mecanismos que garanticen esa vinculatoriedad. Son mecanismos que suelen implicar a órganos diferentes al propio Tribunal Constitucional, aunque este deba asumir de algún modo la supervisión de la ejecución de sus sentencias. Aparte de previsiones expresas sobre fórmulas de ejecución, la vinculatoriedad a todos los poderes públicos implica este deber general de cumplimiento. Y, paralelamente, en el plano internacional, el compromiso de los Estados signatarios de aceptar y acatar las sentencias de los tribunales supranacionales les obligará a implicarse en su cumplimiento y ejecución, aunque esta pueda ser supervisada por el propio Tribunal o por otros órganos de la entidad supranacional, como por ejemplo el Comité de Ministros en el caso europeo<sup>5</sup>. Si esta implicación o colaboración se produce, no habrá más problemas que las posibles incidencias o el margen de interpretación que pueda existir en la propia ejecución de la sentencia. Pero muy diferente es la situación cuando esta colaboración no existe, o incluso cuando se sustituye por una actitud obstruccionista de rechazo (a veces sistemático) al cumplimiento de las sentencias, por parte de aquellos órganos que estarían llamados a su ejecución o que están obligados a ese acatamiento y cumplimiento de lo que disponga el órgano jurisdiccional que tiene la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución o de la convención internacional de la que se trate.

## 5. Remedios extremos para situaciones excepcionales

Aunque afortunadamente esta última situación de incumplimiento deliberado y obstinado no es la más frecuente, por desgracia no es un supuesto teórico, sino que es un caso conocido y del que vamos a apuntar ejemplos recientes. Frente a estas situaciones, las leyes y las propias convenciones de derechos suelen incorporar previsiones específicas para la ejecución, o incluso prevén medidas a adoptar frente a casos de incumplimiento flagrante y sistemático de algún órgano, poder, o Estado miembro, según los casos. Pero no cabe duda de que si ese incumplimiento se generalizase a todos los órganos que tienen que implicarse en el cumplimiento y ejecución de las Constituciones, las convenciones internacionales y las sentencias de sus supremos intérpretes, la aplicación de todas estas fuentes se haría finalmente inviable, sean cuales sean las prevenciones legales que se establecieran

---

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, por todos, A. Queralt Jiménez. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; y J. García Roca, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

para asegurarla. Por eso siempre tiene que haber alguien que cumpla, o de lo contrario la eficacia de las normas y la vinculatoriedad de las sentencias quedarían en papel mojado.

En cuanto a los mecanismos concretos para asegurar el cumplimiento, suelo señalar que ningún ordenamiento puede sostenerse sin el recurso a la coacción; pero tampoco es posible que ninguno se sostenga solamente con la coacción. El mayor grado de cumplimiento espontáneo es siempre deseable, y por otro lado probablemente no hay coacción suficiente para asegurar el cumplimiento frente a una actitud generalizada contraria a este.

En fin, solo cabe apuntar aquí dos ejemplos de lo que venimos diciendo, que serán desarrollados en los textos que vienen a continuación en esta misma obra<sup>6</sup>. Dos ejemplos muy diferentes y que tienen contextos específicos. En primer lugar, la anunciada actitud de algunos poderes públicos en Cataluña de ignorar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la medida en la que resultase contradictorio con las normas aprobadas por el propio Parlamento de Cataluña. Esta actitud, que más adelante se vería confirmada y acrecentada, provocó una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en concreto de su artículo art. 92, que fue llevada a cabo por Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre. Tras esta reforma, el Tribunal tiene un amplio elenco de opciones a la hora de asegurar el cumplimiento de sus decisiones en estos casos de desobediencia. Entre estas medidas cabe destacar la posibilidad de imponer multas coercitivas, la ejecución sustitutoria, o incluso la de acordar la suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento. Aunque algunas de estas medidas fueron cuestionadas o se consideraron por algunos controvertidas por su dureza o por suponer un exceso en las funciones que debe asumir el propio Tribunal Constitucional, lo cierto es que todas ellas fueron declaradas constitucionales en las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre, aunque ambas fueron acompañadas de votos particulares. En todo caso, esta reforma permitió al Tribunal utilizar algunas de estas medidas, como las multas coercitivas, para hacer frente a los complejos acontecimientos de 2017, en los que algunas autoridades de Cataluña adoptaron una postura de abierta ruptura con la Constitución para intentar conseguir la independencia; aunque las medidas más controvertidas, y en concreto la suspensión de las funciones o la ejecución sustitutoria, nunca han llegado a ser utilizadas por el Tribunal Constitucional.

Más recientemente, en 2022, y a raíz de la invasión de Ucrania por Rusia (ambos miembros del Consejo de Europa), y ante la consideración de que este

---

<sup>6</sup> Véanse García Roca, J., «Dos transformaciones diferentes en la ejecución de las sentencias constitucionales y convencionales» y Queralt Jiménez, A., «El impacto de las sentencias del TEDH en Rusia», en este mismo volumen.

Estado viene realizando violaciones sistemáticas de los derechos del Convenio de Roma, el propio Consejo de Europa ha adoptado por primera vez la más grave de las sanciones o medidas que se pueden prever frente a un Estado que incumple el convenio o las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, como es la expulsión de dicho Estado. Es verdad que esta medida siempre es polémica y ha de ser un último recurso, porque por un lado a partir de su materialización no cabrá ya exigir responsabilidad a dicho Estado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y además una medida de este tipo supone en cierto modo el abandono de toda posibilidad de que la actitud de un Estado pueda reconducirse a pautas de respeto de los derechos, al menos en un plazo medio. Pero también es cierto que en algunos casos extremos como este, la otra alternativa parece peor, ya que la mera pertenencia a una entidad supranacional como el Consejo de Europa implica un compromiso con los derechos humanos y la democracia, y un cierto reconocimiento mutuo de los Estados miembros en este sentido, al menos con carácter general. Y ese cierto timbre de respeto hace tiempo que no parece merecerlo un Estado como Rusia.

# LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO: CLASIFICACIONES Y TIPOLOGÍAS

GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA  
*Profesor de la Universidad Iberoamericana*

## I. Delimitación del ámbito de estudio

El análisis comparativo de las sentencias que emiten los Tribunales Constitucionales de diversos países (con independencia del nombre que se les adscriba en cada país a este tipo de órganos: Corte Constitucional, Sala Constitucional, Suprema Corte, Corte Suprema, Tribunal Supremo), permite evidenciar que las cosas han cambiado mucho a más de 100 años de la creación del Tribunal Constitucional austriaco<sup>1</sup> y más de 40 años de la implementación del Tribunal Constitucional español,<sup>2</sup> pues los intérpretes supremos de la Constitución desde hace bastante tiempo no son simples legisladores negativos<sup>3</sup> y realizan una integración creativa del derecho a través de una rica y profusa tipología de sentencias que

---

<sup>1</sup> Fundado el 25 de enero de 1919 y previsto en la Constitución austriaca de 1 de octubre 1920, en el Capítulo VI. En la Ley Federal del Tribunal Constitucional de 1953 y en sus posteriores reformas, se contemplan y desarrollan las disposiciones constitucionales sobre su organización y funcionamiento.

<sup>2</sup> Creado por la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, al que dedica su Título IX. Su regulación se encuentra en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (LOTC). Aunque se constituyó como Tribunal hasta el 12 de julio de 1980, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional primera de la LOTC, y tuvo la apertura de su registro general el 15 de julio del mismo año, para comenzar a ejercer las competencias que le atribuyen tanto la Constitución como su Ley Orgánica. Su primera resolución jurisdiccional fue un Auto emitido en un juicio de amparo, el 11 de agosto de 1980, y su primera sentencia la dictó el 26 de enero de 1981.

<sup>3</sup> Sobre esta idea véase Kelsen, Hans, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, traducida al español en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, quien identifica al Tribunal Constitucional como una especie de «legislador negativo» —di *contrarius actus*—, al entender que solamente anula las disposiciones secundarias que considera opuestas a la Constitución.

están presentes de manera constante y continuada en la jurisprudencia, debido a que estas decisiones son inherentes a la justicia constitucional y los tribunales en ocasiones las emplean en grandes cantidades.<sup>4</sup>

Así, el objeto central de este estudio se circunscribe a dar siquiera unas pinceladas sobre el contenido de las tipologías de sentencias constitucionales más recurrentes en la jurisprudencia constitucional, analizadas desde un amplio criterio de Derecho comparado. Para ello, en la primera parte se introduce una noción general de las sentencias constitucionales; enseguida se resaltan algunas dificultades del análisis comparativo de las sentencias constitucionales; después se dan algunas pinceladas sobre el contenido de ciertos tipos de sentencias típicas y atípicas, y en la última parte se establecen algunas conclusiones generales.

Aunque hay que aclarar que por motivos de espacio, no se realiza un análisis exhaustivo de los diversos tipos de sentencias constitucionales, sino que se aborda su estudio desde una perspectiva menos ambiciosa: aquella que permita establecer un marco referencial a la temática de las sentencias típicas y atípicas.

## II. Nociones generales de las sentencias constitucionales

Las expresión «sentencias constitucionales» ha sido analizada desde diversas ópticas y no es un término unívoco, tanto por lo que se refiere a su naturaleza como a su contenido y efectos.

Entre los planteamientos más relevantes se encuentran los siguientes:<sup>5</sup> a) son sentencias emitidas por los tribunales constitucionales. Si se adopta esta idea,

---

<sup>4</sup> Basta recordar, por ejemplo, que la Corte Constitucional italiana en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo interpretativo o manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple. En ese sentido *Cfr.* ELIA, L., «Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte Costituzionale», en: AAVV, *Scritti Su La Giustizia Costituzionale Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padua, 1985, pp. 318 y 319, que analizando el fenómeno de las sentencias manipulativas entre octubre de 1981 y julio de 1985, subraya que en este periodo se emitieron 66 sentencias estimatorias frente a 68 aditivas o sustitutivas. También, MODUGNO, F., «Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e Potere Legislativo», en: *Giurisprudenza Costituzionale*, Guiffre, Milán, año XXXIII, fasc. 1, segunda parte, 1988, p. 22, quien manifiesta que un análisis cuantitativo de las sentencias desde 1980 a 1987 conduce al elocuente resultado de que de ellas el 55-60 % tienen una estructura aditiva o sustitutiva. Y la jurisprudencia española, que empezó a utilizar estos pronunciamientos desde sus primeras decisiones, a partir del año 2001 ha aumentado considerablemente su empleo, al grado de que hoy en día son incontables las sentencias de este tipo. Sobre esta afirmación se puede consultar DÍAZ REVORIO, F. J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, en especial el anexo.

<sup>5</sup> Aquí se sigue parte del planteamiento de GOZÁNI, O. A., «Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*», en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, julio-diciembre de 2007, p. 189.

entonces quedarían fuera los pronunciamientos de otros jueces y tribunales ordinarios que también pueden realizar un examen de cuestiones constitucionales (control difuso de constitucionalidad); *b*) son sentencias que asocian el problema que se pretende resolver con controversias normativas de carácter fundamental, de tal modo que la decisión adoptada por el tribunal declare inconstitucional o constitucional una disposición normativa. Así, no se podrían incluir en este tipo de decisiones las diversas modalidades sentenciadoras que se pronuncien sobre hechos o actos; por ejemplo, en conflictos competenciales o por límites territoriales; *c*) son sentencias que se pronuncian solo al resolver procesos constitucionales (por ejemplo, acciones, recursos o control abstracto de inconstitucionalidad, conflictos competenciales entre órganos del Estado o niveles de gobierno, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, cuestión de inconstitucionalidad, procesos jurisdiccionales en materia electoral, acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, control de constitucionalidad preventivo, entre muchos otros). Si se toma en consideración esta postura, cualquier juicio, incluso los que se lleven a cabo sin que una de las partes sea una autoridad estatal (amparo frente a actos de particulares y los mecanismos de control constitucional que protegen derechos electorales de los ciudadanos), podrían obtener una sentencia constitucional; *d*) son sentencias que buscan determinar la validez de un tratado internacional o de una decisión de alguno de los poderes del Estado, teniendo a la Constitución como parámetro de control. Pero habría que preguntarse si existen litigios que escapen de la obligación de considerar como imprescindibles los contenidos constitucionales.

Como se puede observar, no es fácil determinar los elementos esenciales de las sentencias constitucionales, puesto que ellas más que un simple acto procesal emitido por los tribunales ordinarios de justicia para terminar con un conflicto jurídico, son decisiones que realizan una labor interpretativa de los valores y principios constitucionales que determinan el contenido de las leyes y otras actuaciones de los entes públicos, tienen una función de integración del derecho<sup>6</sup> analizado como consecuencia del «caso constitucional», y poseen una elevada trascendencia política,<sup>7</sup> especialmente cuando conllevan un juicio de la obra del legislador democrático<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> En ese sentido véase NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur», en: *Revista Ius et Praxis*, Año 10, núm. 1, 2004, p. 113.

<sup>7</sup> Cfr. GARRORENA MORALES, A., «La sentencia constitucional», en: *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 11, otoño 1981, pp. 7 y 27, quien, desde hace mucho tiempo, se refirió a este infalible carácter político de la sentencia constitucional, pues considera que este tipo de decisiones tienen una intensísima carga política, porque son un acto de poder en dialéctica con los demás poderes del Estado.

<sup>8</sup> En ese sentido CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 49, señala que la fuerza política de las sentencias de la jurisdicción constitucional puede ser más evidente en función de la materia sobre la que recae el pronunciamien-

Entonces, retomando algunas de las grandes líneas apenas trazadas, serán sentencias constitucionales aquellas decisiones colegiadas emitidas por los tribunales, al resolver procesos constitucionales, cuyo presupuesto sea interpretar valores y principios fundamentales, integrar creativamente el derecho y decidir cuestiones de trascendencia jurídica y política.

### III. Algunas dificultades del análisis comparativo de las sentencias constitucionales

El estudio de las sentencias constitucionales se conecta con ciertas dificultades metodológicas que son propias del análisis comparativo. Así, cuando se revisa el arsenal sentenciador que suelen utilizar los tribunales europeos y latinoamericanos, es posible percatarse que no siempre es fácil identificar el *idem* sentire de cada tipología de sentencia, pues los tribunales y la propia doctrina científica suelen incluir diferentes elementos (en parte análogos, en parte diversos) que se consideran esenciales para delimitar el contenido de cada uno de los pronunciamientos.<sup>9</sup>

Además de esta problemática, también debe subrayarse que el estudio comparativo de estas sentencias tiene otras dificultades, entre ellas la confusión que se origina por la falta de unidad en la terminología.<sup>10</sup>

No es raro que se utilice una incesante variedad de denominaciones para referirse a supuestos pertenecientes a un mismo fenómeno tipológico. A título de

---

to del Tribunal Constitucional y apoya tal afirmación poniendo como ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional italiana sobre la televisión privada, la cual tuvo consecuencias políticas incalculables, ya que el fallo de la Corte «contradijo radicalmente la orientación apadrinada por la mayoría parlamentaria». También indica que lo mismo «sucedió en España con la paradigmática sentencia sobre la LOAPA porque se ilegitimaba una orientación fijada por las fuerzas mayoritarias en el Parlamento».

<sup>9</sup> Ante la imposibilidad de citar la vastísima tipología y terminología de sentencias constitucionales que la doctrina ha propuesto, sólo se señala, a título meramente ejemplificativo, que MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini, 1992, pp. 17-136, ha hablado de *sentenze interpretative di rigetto o di accoglimento, di sentenze condizionali, correttive, manipolative, sostitutive, additive, sottrattive, ripristinatorie, adeguatrici, creative, riduttive, integrative*; OCCHIOCUPO, N., «La Corte Costituzionale come giudice di opportunità delle leggi», en: OCCHIOCUPO, N., (edit.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Milán, 1984, pp. 33-34, además de algunos de los anteriores términos, se refiere a *sentenze-delega, didascaliche*; ZAGREBELSKY, G., «La Corte costituzionale e il legislatore», en: *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 105, emplea las denominaciones de sentenze «legge» y sentenze indirizzo o sentenze normative, este último término también es usado por SILVESTRI, G., «Le sentenze normative della Corte Costituzionale», en: AAVV, *Scritti Su La Giustizia Costituzionale Scritti in onore di Vezio Crisafulli, op. cit.*, pp. 755-794.

<sup>10</sup> No en vano PIZZORUSSO, A., «Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata», en: *Le Regioni*, núm. 6, 1987, pp. 1333 y ss., ha señalado que la imprecisión terminológica representa una de las mayores dificultades con que se enfrenta el comparatista.



ejemplo, la copiosa doctrina italiana ha adoptado diversos términos para aludir a las sentencias que introducen recomendaciones o invitaciones para que el legislador haga las modificaciones pertinentes, a fin de que la legislación secundaria sea conforme con la Constitución: «suggerimenti autorevoli»,<sup>11</sup> «avvertimenti»,<sup>12</sup> «moderati inviti»,<sup>13</sup> «sentenze programmatiche»,<sup>14</sup> «sentenza-legge»,<sup>15</sup> «sentenze indirizzo»,<sup>16</sup> «sentenze monitorie»,<sup>17</sup> «sentenze prescrittive»,<sup>18</sup> «sentenze legislative»,<sup>19</sup> y «sentenze deleganti»;<sup>20</sup> o en la doctrina española y latinoamericana: «recomendaciones al legislador»,<sup>21</sup> «sentencias admonitorias»,<sup>22</sup> «sentencias apelativas»,<sup>23</sup> «sentencias exhortativas»<sup>24</sup> y sentencias monitorias.<sup>25</sup>

Otras veces, por el contrario, un mismo término se adopta para hacer referencia a sentencias de diversa índole, como en el caso de la denominación, también

<sup>11</sup> CRISAFULLI, V., «La Corte costituzionale fra Magistratura e Parlamento», en: AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, IV, Cedam, Padua, 1958, p. 282.

<sup>12</sup> BARILE, P., «La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche», en: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 917 y ss.

<sup>13</sup> PIZZORUSSO, A., «La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?», en: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XIII, 1963, p. 403.

<sup>14</sup> SANTORO, E., «A proposito degli effetti della sentenza», n.225/1974 della Corte Costituzionale sulla «riserva» allo Statudel servizio radiotelevisivo», en: *Diritto delle rediodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4 1974, pp. 79 y ss.

<sup>15</sup> D'ONOFRIO, F., «La 'sentenza legge' sulle emittenti locali: il difficile equilibrio tra libertà e potere», en: *Diritto delle rediodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2, 1976, p. 262.

<sup>16</sup> MODUGNO, F., «La Corte Costituzionale italiana oggi», en: *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, t. I, Cedam, Padua, 1985, p. 29.

<sup>17</sup> PEGORARO, L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padua, 1987, p. 27.

<sup>18</sup> OCCHIOCUPO, N., «La Corte Costituzionale come giudice di oportunitá delle leggi», en: Occhiocupo, Nicola (ed.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realta sociale*, Cedam, Padua, 1984, p. 56.

<sup>19</sup> DE VERGOTTINI, G., *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padua, 1997, pp. 643 y ss.

<sup>20</sup> LAVAGNA, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ed., Utet, Turín, 1982, p. 1082.

<sup>21</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., «A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)», en: GARRORENA MORALES, Á., (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 19 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; derecho comparado; el caso español*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 227 y ss.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa de la Constitución en España», en: MOLINERO MONDRAGÓN, L., (edit.), *La actualidad de la defensa de la Constitución*, UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1997, pp. 62; BRAGE CAMAZANO, J., *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005, pp. 391 y ss.

<sup>23</sup> FIX-ZAMUDIO, H., y FERRER MAC-GREGOR, E., *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Porrúa-UNAM-IMDPC, México, 2009, pp. 74 y ss., aunque en este libro se usan como sinónimos de sentencias apelativas los términos sentencias exhortativas o sentencias de aviso.

<sup>24</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004, pp. 271 y ss.

<sup>25</sup> FIGUEROA MEJÍA, G. A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa/IMDPC, México, 2011, pp. 197-221.

acuñada por la doctrina italiana, «sentenza-legge», utilizada por algunos para aludir a las «sentenze paralegislative»,<sup>26</sup> y por otros para entender las «sentenze indirizzate».<sup>27</sup>

Consciente de la relatividad que existe por parte de cada una de las clasificaciones y tipologías propuestas por la doctrina,<sup>28</sup> en este estudio se intentará lograr, al menos, un suficiente nivel de ordenación que contribuya a clasificar dicha diversidad terminológica,<sup>29</sup> buscando ser lo más cuidadoso posible para que el concepto y los rasgos específicos que diferencian a los diversos pronunciamientos sean los que tienen un mayor arraigo en la doctrina, es decir, se buscarán aquellas nociones que tengan un carácter *prescriptivo*.<sup>30</sup>

En conexión con lo anterior, se identificarán las concretas diferencias sustanciales entre tipologías similares o pertenecientes a un mismo grupo, efectuando una unificación terminológica, cuyos resultados coadyuben a simplificar la individualización de los diversos tipos de sentencias. No obstante, hay que advertir que hay casos en los que una misma decisión puede ubicarse en más de un tipo de sentencia, sobre todo, si se parte de que existen pronunciamientos que formalmente son de un tipo, pero materialmente —por los efectos que realmente producen— se incluyen dentro de una categoría diversa.

Ante situaciones como la apenas descrita, se ha optado por enfatizar —en el apartado correspondiente al funcionamiento de la sentencia que se esté analizando— que la correspondiente sentencia, por ejemplo, es formalmente interpretativa desestimatoria en sentido estricto, aunque materialmente es reductora o aditiva.

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY, G., «La Corte Costituzionale e il legislatore», en: AA.VV. (coords.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 105.

<sup>27</sup> D'ONOFRIO, F., «La 'sentenza legge'...», *op.cit.*, pp. 262 y ss.

<sup>28</sup> Esta relatividad en las clasificaciones no tiene porque ser divisoria, sino que a menudo es combinada a través de la utilización de criterios que dependen de un elemento objetivo representado por el objeto de estudio y de factores subjetivos. Con relación a los factores subjetivos que influyen en los modelos clasificatorios se ha dicho que el más importante de ellos está representado por aquellos elementos que cada jurista asume como esenciales para el particular enfoque que adopta su respectiva clasificación. *Cfr.*: PEGORARO, L., «Clasificaciones y modelos de Justicia Constitucional en la dinámica de los ordenamientos», en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 135.

<sup>29</sup> Con relación al aspecto lingüístico de las clasificaciones se ha tomado en consideración a Luca MEZZETTI y PIERGIGLI, V., (coords.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Giappichelli, Turín, 1997, pp. 1 y ss.

<sup>30</sup> SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milán, 1955, p. 37, ha manifestado que una noción o definición en el campo del Derecho puede ser *descriptiva* si a través de ella se realiza la exégesis de un fenómeno que se vincula al ser o a una determinada visión ontológica del mismo; en cambio, puede ser *prescriptiva* si conduce a aportar datos significativos para la reconstrucción del fenómeno, representando una noción que no se ancla en el ser, sino en el deber ser, apoyándose consecuentemente en una visión deontológica.

Entonces, teniendo cuidado al clasificar las sentencias constitucionales, enseguida solo se abordan algunas de las categorías más recurrentes en la jurisprudencia europea y latinoamericana.

#### IV. Las sentencias constitucionales típicas, básicas o elementales

El hecho de que exista una categoría de sentencias constitucionales denominadas típicas, básicas o elementales, responde al esquema ideado originalmente por Kelsen,<sup>31</sup> quien distinguía entre sentencias que rechazan la pretensión de inconstitucionalidad al considerarla infundada (sentencias desestimatorias), y sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la disposición normativa y, en consecuencia, su eliminación del ordenamiento jurídico (sentencias estimatorias).

##### IV.1. SENTENCIAS DESESTIMATORIAS PURAS Y SIMPLES

A través de estas sentencias los Tribunales Constitucionales consideran que la ley no tiene un vicio de inconstitucionalidad. También serán sentencias de este tipo aquellas en las cuales el tribunal constata que existe tal vicio, pero la decisión no alcanza la mayoría simple, calificada o reforzada para declarar la inconstitucionalidad de la ley. En cualquiera de estos casos, los órganos de control suelen ordenar el archivo del asunto y la disposición normativa seguirá formando parte del ordenamiento jurídico.

##### IV.2. SENTENCIAS ESTIMATORIAS PURAS Y SIMPLES

La otra cara de la moneda son las sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de la ley. Esa declaración se puede hacer respecto a la totalidad de una ley, pero también en relación con uno o más artículos, un inciso, una fracción, un párrafo o una palabra.

Otro aspecto importante de esta modalidad de sentencias constitucionales, son los efectos *erga omnes*, es decir, se expulsa el precepto del ordenamiento jurídico y se imponen sus consecuencias a todos, incluidos los poderes públicos. También deben tenerse en cuenta aquellos casos en los cuales no se elimina la disposición y, entonces, los efectos de la sentencia sólo serán *inter partes*, al aplicarse únicamente a las partes en el proceso concreto en el cual se emitió la sentencia.

---

<sup>31</sup> Cfr. Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution...», *op. cit.*

Desde otra perspectiva, las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* pueden clasificarse de conformidad con las siguientes consecuencias en el tiempo: retroactivos, hacia el futuro o una combinación de ambos, y el panorama comparativo proporciona diversas soluciones.

Así, existen sistemas de control constitucional en los cuales la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos (*ex tunc* o declarativos), suprimiendo las situaciones de hecho consumadas que se originaron con base en la disposición normativa contraria a la Constitución, como generalmente ocurre en Alemania, Bélgica, España y Portugal; aunque este tipo de efectos se encuentran limitadamente en Chile y Perú. Los efectos también pueden ser hacia el futuro (*ex nunc* o constitutivos), es decir, la disposición declarada inconstitucional lo es a partir del pronunciamiento, notificación o publicación del fallo del Tribunal, como se aprecia comúnmente en Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, Ecuador, Colombia y México).

Es posible ubicar sistemas en los cuales se combinan los dos tipos de efectos, pero se tienen en cuenta ciertos límites, como en Austria, cuando el Tribunal Constitucional ha decidido que el fallo que declara la inconstitucionalidad de una ley presupuestal se aplicará a todos los casos decididos con anterioridad en virtud del principio de igualdad y para favorecer a todos los contribuyentes. O sistemas como el colombiano y mexicano donde los efectos de la sentencias son, por regla general, hacia el futuro; pero si se trata de la declaración de inconstitucionalidad de un artículo en materia penal, se tendrán efectos hacia el pasado, siempre y cuando sea en beneficio de la persona privada de la libertad. Mientras que en Perú la regla es que la declaración de inconstitucionalidad no puede afectar procesos fenecidos, pero excepcionalmente cuando se trate de nomas tributarias el Tribunal Constitucional puede determinar de manera expresa otro tipo de efectos en el tiempo.

Hay una modalidad más de efectos en el tiempo, cuya finalidad es mitigar las consecuencias negativas de la aplicación inmediata de la invalidez de la ley declarada inconstitucional, y para ello algunos Tribunales Constitucionales tienen la posibilidad de establecer fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, indicadas en la parte considerativa o resolutive de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad (cuando se fija la fecha a partir de la cual se elimina la ley o el precepto, las disposiciones se siguen aplicando a todos los asuntos que se consuman antes de que llegue el plazo de eliminación, con excepción del caso que dio origen a la sentencia). Dentro de estas modalidades llama la atención una creada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha circulado a otros tribunales, cuya finalidad es tratar de combatir las graves consecuencias de la eliminación inmediata del ordenamiento jurídico de una ley declarada inconstitucional, pues para evitar el vacío normativo, los Tribunales tienen la posibilidad de establecer que la eliminación de la ley operará unos meses después de emitida la

sentencia y, mientras tanto, las disposiciones se siguen aplicando a todos los asuntos que se consuman antes de que llegue el plazo de eliminación, salvo con relación al caso que dio origen a la sentencia.

Entonces, los Tribunales Constitucionales suelen emplear una rica tipología de sentencias constitucionales y entre ellas las más emblemáticas son las siguientes: *sentencias desestimatorias puras y simples*, que declaran la conformidad constitucional de la ley o el acto sometido a control; *Sentencias estimatorias puras y simples*, que determinan la inconstitucionalidad del precepto o acto; *de inconstitucionalidad parcial respecto al texto*, que serían aquellas que únicamente eliminan algunas partes del artículo; *Sentencias de inconstitucionalidad sin invalidez*, con las cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo, pero se difiere su eliminación del ordenamiento jurídico para dar oportunidad al legislador de que configure una nueva disposición.

## V. Las sentencias constitucionales atípicas

La necesidad de dar respuesta a específicas necesidades, originó, y sigue originando, que los jueces constitucionales no se limiten a utilizar la rígida alternativa sentencias estimatorias y desestimatorias, sino que recurren a diversos tipos de sentencias que tienen contenidos y efectos especiales en la parte resolutive o en la motivación.<sup>32</sup>

Respecto al término «sentencias atípicas», el mismo hace referencia a las decisiones en las cuales la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas.<sup>33</sup> También se ha entendido que a través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos

---

<sup>32</sup> El estudio de la motivación ha permitido a la doctrina establecer el nexo que existe entre esta parte del pronunciamiento y la parte resolutive o dispositiva. Para profundizar en el argumento véase, ANDRIOLI, V., «Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale», en: *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1962, pp. 529 y ss; PIZZORUSSO, A., «La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?», en: *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, Guiffè, Milán, año XIII, 1963, pp. 346 y ss; PIERANDREI, F., «La Corte costituzionale e l'attività maieutica», en: *Giurisprudenza Italiana*, 1961, pp. 984 y ss.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo.<sup>34</sup> Hay quienes han utilizado este término para hacer alusión a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad.<sup>35</sup> No ha faltado quien se refiere a estas sentencias para señalar que estos fallos tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución; según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la Ley Suprema; o bien si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución. Deba preferirse siempre la del primer grupo.<sup>36</sup> También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias a las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Constitución, pero no lo declara formalmente; y también se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas.<sup>37</sup>

Lo que interesa señalar aquí, con independencia de la utilidad teórica que cada una de dichas propuestas pueda tener, es que tomando en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de pronunciamientos, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes a las consideradas típicas, básicas o elementales, que se analizaron en el epígrafe anterior, aunque haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación nos sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita.<sup>38</sup>

En conexión con lo dicho en el párrafo anterior, hay que advertir que una de las ventajas que se desprenden del término *sentencias atípicas* es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las que el Tribunal Constitucional *determina* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifica* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con

<sup>34</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pp. 254 y ss.

<sup>35</sup> BRAGE CAMAZANO, J., *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005, pp. 364 y ss.

<sup>36</sup> SAGÜES, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª ed., tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 40 y ss.; Más recientemente también se ha referido a este tipo de pronunciamientos bajo el término «sentencias atípicas» en el artículo titulado «Las sentencias constitucionales exhortativas», en: *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, año 4, núm. 2, noviembre de 2006, p. 191.

<sup>37</sup> ESCOBAR FORNOS, I., «Las sentencias constitucionales», en: *Estudios Jurídicos*, tomo I, Hispamer, Managua, 2008, pp. 485 y ss.

<sup>38</sup> Esta misma acepción de sentencias atípicas es empleada por CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., y AAVV, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 72, para referirse a aquellas modalidades cuya existencia no está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

la Ley Fundamental; *recomienda* al legislador las adecuaciones que tiene que realizar para que la norma secundaria sea reputada como conforme con la Constitución; *armoniza* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declara* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *no lo expulsa* definitivamente del ordenamiento jurídico.<sup>39</sup>

Por otra parte, la doctrina que se ha dedicado a la exploración, identificación, funcionamiento y evolución de las *sentencias atípicas* ha propuesto numerosas clasificaciones y denominaciones que son de indudable importancia para los fines de este capítulo, desde el momento en que contemplan algunos de los tipos de sentencias que aquí se analizan. Así, se ha hablado de *sentencias interpretativas*,<sup>40</sup> *decisiones interpretativas*,<sup>41</sup> *fallos interpretativos*,<sup>42</sup> *sentencias intermedias*<sup>43</sup> o *sentencias moduladoras*,<sup>44</sup> por mencionar algunas.

<sup>39</sup> Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que a través de ellas los Tribunales Constitucionales incorporan algo «nuevo» a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia.

<sup>40</sup> Este término ha sido empleado por un amplio sector de la doctrina para englobar, genéricamente, una amplia gama de pronunciamientos que realizan una escisión entre la disposición sujeta a examen y su contenido normativo. El elemento que caracteriza a estos pronunciamientos es tal vez representado por la función que en ellos juega la interpretación escogida por el juez constitucional en la motivación o en la parte dispositiva de la sentencia. Dentro de este grupo de sentencias se suelen incluir las *sentencias interpretativas* en sentido estricto y las *sentencias manipulativas*. Sobre esta terminología Cfr. DÍAZ REVORIO, F. J., *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, pássim.

<sup>41</sup> Con este término se ha pretendido escapar de las aproximaciones de corte tipológico que protagonizan la mayoría de los escritos sobre la materia. Dentro de él se suelen incluir las decisiones interpretativas estimatorias, desestimatorias, interpretaciones conformes, interpretaciones conformes cuya definición se arrastra al fallo, interpretaciones en sentencias cuyo fallo remite en general a los fundamentos jurídicos —o a uno en particular—, interpretaciones conformes que despuntan de los razonamientos sin proyección en el fallo, *sentencias aditivas*, *sentencias manipulativas*, *sentencias sustitutivas*, recomendaciones al Legislador o al Ejecutivo, entre otras. Esta denominación ha sido propuesta por LÓPEZ BOFILL, H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 19 y ss., quien en su estudio plantea una fuerte crítica a la distinción entre disposición y norma.

<sup>42</sup> Quienes se acogen a este término señalan que un carácter distintivo que permite reconocer un conjunto específico de sentencias a las que se alude con el exclusivo epíteto de «interpretativas» se debe, muy probablemente, a que en este tipo de decisiones la «interpretación» se inscribe en el fallo de la sentencia, por lo que, con avidez, se ha creído conveniente, renunciar al término «sentencias interpretativas» a favor del término «fallos interpretativos». En ese sentido véase, EZQUIAGA GANUZAS, F., «Díez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, en especial las pp. 124 y ss.

<sup>43</sup> Quienes han utilizado la denominación «sentencias intermedias» hacen referencia a aquellas decisiones en las que el Tribunal Constitucional parece haber adoptado un camino intermedio en el que el pronunciamiento de constitucionalidad es intermedio entre la alternativa estimación-desestimación. Este término es utilizado por VIGNUDELLI, A., *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte Costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini, 1988, pp. 45 y ss.

<sup>44</sup> El sector de la doctrina que ha propuesto el término «sentencias moduladoras» ha convenido en que con él se pretende agrupar aquellos pronunciamientos que adoptan distintas modalidades o

Cada una de las anteriores propuestas doctrinales tiene su núcleo de verdad, al ser entendidas como nuevas perspectivas de conocimiento del fenómeno de las sentencias atípicas. Sin embargo, esta falta de uniformidad lexical en las categorías aludidas incita a cuestionar si el término *sentencias atípicas* puede utilizarse de forma indistinta o intercambiable con esas otras denominaciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que no existe un acuerdo absoluto respecto de la *ratio* de cobertura y contenido de estas clasificaciones.

La respuesta inmediata que se puede dar a tal planteamiento es que no puede existir tal equivalencia con relación a todas ellas. A continuación se explica ésto de forma sintética. Es verdad que el elemento que permite conceptualizar a todas estas denominaciones, parte de la idea común de que con ellas se suele hacer referencia a aquellas sentencias que escapan a la formulación tradicional (ya señalada) entre estimación y desestimación pura y simple; sin embargo, ello no implica que se pueda hablar en todos los casos de una semejanza entre dicha variedad terminológica y las *sentencias atípicas*.

De la terminología expuesta hay que hacer una distinción entre las denominaciones que pueden quedar incluidas unas dentro de otras, y las denominaciones que, a pesar de referirse al mismo fenómeno, tienen una terminología distinta.

En el primer supuesto, se da una fusión que surge en el caso en el que una denominación sólo sirve para especificar a otra: por ejemplo, las sentencias interpretativas son todas sentencias intermedias, pero además son modulatorias; o bien, desde otra perspectiva, los fallos interpretativos quedan comprendidos dentro de la clasificación de las sentencias interpretativas, así como dentro de las decisiones interpretativas. Estas dos, a su vez, quedan incluidas en la categoría más general de las *sentencias atípicas*.

En el segundo supuesto, se puede poner como ejemplo el caso de las *sentencias intermedias, modulatorias y atípicas*, que sin tener igual identidad nominal son utilizadas para aludir a un mismo o muy similar fenómeno tipológico. Por tanto, las sentencias atípicas serán calificadas como el «género» y las sentencias interpretativas, las decisiones interpretativas y los fallos interpretativos como una «especie» de dichas sentencias; en cambio, los términos *sentencias modulatorias* y *sentencias intermedias* pueden ser utilizados como sinónimos de *sentencias atípicas*. Esto es porque los diversos tipos de pronunciamientos atípicos *modulan* de alguna forma los efectos de las sentencias constitucionales y son *intermedios* entre la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple.

---

tipos para modular sus efectos, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya desde el punto de vista de sus efectos temporales, es decir, desde el punto de vista de las dimensiones de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a los destinatarios. En ese sentido RIVERA SANTIVANEZ, J. A., *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª ed., Kipus, Cochabamba, 2004, pp. 94 y ss.



Agotado el aspecto nominal de la terminología que se empleará para encuadrar los diversos tipos de sentencias que se van a examinar, es necesario ya hacer referencia a las sentencias que son el objeto central de este epígrafe. Para ello, se parte de dos grandes clasificaciones: sentencias unilaterales y sentencias bilaterales.

### V.1. SENTENCIAS UNILATERALES

Con este tipo de pronunciamientos los Tribunales Constitucionales, sin una intervención del legislador, *determinan* qué sentidos son constitucionales y cuáles deben rechazarse, o bien *modifican* el contenido normativo de la disposición sometida a control (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con la Constitución. Esto es, una vez que el juez constitucional constata la inconstitucionalidad de una o varias normas, enseguida repara el vicio apreciado mediante la sola intervención y pronunciamiento del Tribunal, que de inmediato restablece la constitucionalidad. Por lo tanto, una gran cantidad de estas sentencias realizan una actividad creativa del derecho desde el punto de vista de la concretización y producción inmediata de normas.

Dentro de esta clasificación hay que contemplar los siguientes tipos de pronunciamientos.

#### A. *Sentencias interpretativas desestimatorias*

Estas modalidades sentenciadoras tienen diversas denominaciones: sentencia interpretativa de desestimación (España), sentencia de interpretación conforme a la Constitución (Brasil, Costa Rica, Guatemala, Uruguay y México), sentencia de interpretación adecuada (Honduras), sentencias armonizadoras o adaptadoras (Argentina), por mencionar algunas.

Con independencia de su denominación, estas sentencias tienen en común que determinan la constitucionalidad del artículo sometido a control «siempre que sea interpretado» o que «no se interprete» en el sentido indicado por el Tribunal.

#### B. *Sentencias interpretativas estimatorias*

Una segunda tipología son las que en Italia se acuñan bajo el nombre de sentencias interpretativas estimatorias, que son aquellas que declaran la inconstitucionalidad del precepto impugnado «si es interpretado» en el sentido precisado por el Tribunal.

Esta modalidad sentenciadora no es muy común en los países de Iberoamérica, ya que por lo general se prefiere acoger una interpretación compatible con la Constitución; sin embargo, se pueden encontrar algunos ejemplos en España, Brasil, Costa Rica, Uruguay y México, por mencionar algunos.

Entre las sentencias interpretativas desestimatorias y estimatorias, contrario a lo que se pudiera pensar, las que determinan cuál es la interpretación contraria a la Constitución, son las que en mayor medida conservan la obra del legislador, porque implícitamente dejan a salvo todas las demás interpretaciones posibles que derivan de la disposición y otorgan al juez ordinario la libertad de seguir todas las demás interpretaciones que no hayan sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

### C. Sentencias reductoras

Otra tipología son las sentencias que reducen el contenido normativo de la ley, pues señalan que un artículo es inconstitucional «en la parte en que contempla» una determinada cosa que es contraria a la Constitución, es decir, el artículo es inconstitucional por aquello que le sobra, y a partir del pronunciamiento del Tribunal se produce la inaplicación de alguno o algunos de los supuestos contemplados originalmente en la disposición.

Los tribunales han empleado este tipo de sentencias, por ejemplo, cuando se han pronunciado sobre artículos que señalan sanciones para los menores de edad consistentes en multa o arresto. Y han limitado estas sanciones a la multa declarando inconstitucional el arresto.

Existen dos características imprescindibles en este tipo de decisiones que realizan una reducción en el ámbito de aplicación del precepto. En primer lugar, que la parte del contenido normativo declarada inconstitucional no pueda corresponderse con una parte específica del texto, ya que en este caso lo que en realidad se estaría dictando sería un pronunciamiento de estimación parcial con respecto al texto y no una sentencia reductora. En segundo lugar, que el contenido normativo declarado inconstitucional sea escindible, o bien que tenga cierta autonomía respecto al contenido que continua inalterado, de tal forma que éste pueda seguir entendiéndose y continuar existiendo aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser completado o precisado por la propia sentencia, ya que en el supuesto contrario, es más adecuado pronunciar una sentencia que declare la inconstitucionalidad del precepto de manera pura o simple.

#### D. *Sentencias aditivas*

Es recurrente que los Tribunales Constitucionales utilicen sentencias denominadas aditivas con las cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo «en cuanto no incluye» una determinada cosa que debería contemplar para ser completamente conforme con la Constitución, produciendo el efecto de extender su contenido normativo, es decir, permitiendo la aplicación del artículo a supuestos no contemplados explícitamente en la disposición o ampliando sus consecuencias jurídicas.

Entonces, la ampliación se origina como consecuencia de la declaración de invalidez de una norma implícita o explícita de exclusión. De igual forma, es posible que dicha ampliación sea consecuencia de la declaración de invalidez de una parte textual de la disposición sometida a control, es decir, cuando formalmente se reduzca el contenido del texto, pero materialmente se amplíe.

Muchas de estas sentencias combaten disposiciones discriminatorias y protegen el principio de igualdad. Por ejemplo cuando los tribunales se topan con artículos que se refieren a viudas, civiles, hijas y cónyuges, pero guardan silencio sobre viudos, militares, hijos, concubinos, y a partir de la sentencia se entiende que quedan integrados esos términos en la norma.

#### E. *Sentencias sustitutivas*

En la jurisprudencia constitucional no faltan las sentencias que establecen que el artículo es inconstitucional «en la parte en que dispone algo» «en lugar de otra cosa» que debería contemplar para ser considerado constitucional, y a partir de la sentencia el tribunal sustituye lo que el legislador había contemplado en el ordenamiento.

El funcionamiento de estas sentencias responde a una operación muy similar a la de las sentencias aditivas (la ampliación o extensión del contenido normativo), pero precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. En ese sentido, la diferencia esencial entre las sentencias sustitutivas y las aditivas, es que éstas se enfrentan (por lo regular) a un vacío ya existente, y por lo tanto sólo tienen un aspecto reconstructivo; mientras que aquéllas primero tienen un aspecto ablativo, que produce el efecto de crear un vacío normativo, seguido del momento reconstructivo.

Estas sentencias son problemáticas porque la reconstrucción que se realiza del precepto no deriva de ninguna parte del precepto sometido a control, pues considero que en ninguna circunstancia se debe forzar el contenido del precepto para que diga algo totalmente diverso a lo que decía hasta antes de la sentencia.

F. *Combinación de pronunciamientos con base en una clasificación formal y material*

No puede pasar inadvertido que un mismo pronunciamiento se puede ubicar en más de una tipología de sentencia, si se parte de la idea que hay decisiones que formalmente son de un tipo, pero materialmente por los efectos que producen se pueden incluir en una categoría diversa.

Piénsese por ejemplo en un tema que estuvo presente en varias de las mesas temáticas del Encuentro Iberoamericano base de este libro, me refero a la regulación de la institución del matrimonio y como esta figura ha mutado vía jurisprudencial, pues algunos códigos civiles o familiares de Latinoamérica, y antes también europeos, consideraban o siguen considerando al matrimonio como «un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida».

Cuando los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales han controlado disposiciones como la señalada, han decidido combatir la omisión legislativa parcial determinado que la manera más eficaz de reparar la discriminación normativa es declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que el matrimonio sólo se puede dar entre «un solo hombre y una sola mujer» y para estar acorde con el mandato constitucional el tribunal sustituye esa porción por la que establece que el matrimonio se puede dar entre «dos personas que se unen para proporcionarse ayuda mutua en la vida».<sup>45</sup>

Entonces, este ejemplo sobre el denominado «matrimonio igualitario» formalmente es una sentencia sustitutiva porque se ubica en él una parte del artículo que se elimina y otra parte que reconstruye el artículo; pero materialmente también es aditiva porque amplía el contenido normativo incorporando supuestos que no estaban previstos en la ley.

V.2. SENTENCIAS BILATERALES

Estas decisiones son bilaterales porque pretenden propiciar una colaboración entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo, en el sentido de que, a diferencia de las unilaterales, no suponen una reparación inmediata, sino que requieren una posterior intervención del legislador, tratando de respetar así la discrecionalidad.

---

<sup>45</sup> En ese sentido véase la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia mexicana en el amparo en revisión 581/2012. También la sentencia número 2018-12782 de la Sala Constitucional de Costa Rica, que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo al declarar inconstitucional el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, el cual prohibía este tipo de uniones.

dad que a éste corresponde.<sup>46</sup> Mediante estas sentencias se suelen hacer recomendaciones, amonestaciones, avisos o consejos al poder legislativo para que corrija vicios de inconstitucionalidad, repare omisiones legislativas totales o complementen normativa precaria. Todas ellas tienen en común que pretenden que el legislador realice «algo».

La doctrina europea, como la de algunos países latinoamericanos, ha clasificado algunas de estas sentencias bajo el nombre de sentencias monitorias apelatorias o exhortativas, entre otras, y lo ha hecho considerando que bajo esta denominación se pueden agrupar aquellas sentencias que indican al legislador que tiene que legislar sobre determinada materia para evitar una futura declaración de inconstitucionalidad y, sólo si éste no interviene, el Tribunal Constitucional en el futuro declarará la inconstitucionalidad cuando se vuelva a pronunciar sobre la norma respectiva, es decir, se considera la ley constitucional en tránsito, por decirlo de algún modo, hacia la inconstitucionalidad, razón por la cual se incorpora en la sentencia una apelación al legislador para que actúe lo antes posible con relación a una específica materia tomando en cuenta las exigencias que la Constitución impone.<sup>47</sup> O las sentencias admonitorias que desestiman la pretensión de inconstitucionalidad de la ley, pero que, al mismo tiempo, desencadenan la actuación del Poder Legislativo, indicándole a éste el camino que tendrá que seguir.<sup>48</sup>

La diferencia entre sentencias monitorias estimatorias y desestimatorias es algo compleja; particularmente si se parte del dato de que todas ellas incluyen una recomendación, invitación, apelación o exhorto al legislador para que actúe y, en muchas ocasiones, incluso se le señala un plazo para que lo haga. Sin embargo, existe una diferencia formal y básica entre unos y otros tipos de sentencias, pues las sentencias desestimatorias monitorias se pronuncian considerando provisionalmente constitucional la disposición impugnada hasta en tanto el legislador actúe.

---

<sup>46</sup> En ese sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional» (ponencia presentada en las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), en: *Las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 33 y ss., distingue entre reparación inmediata, que se realiza a través de la anulación o la interpretación, y reparación mediata, que requiere la participación del legislador (o de los tribunales ordinarios) con el Tribunal Constitucional.

<sup>47</sup> En relación con el tema puede verse la obra de NOGUEIRA ALCALÁ, H., *La jurisdicción constitucional...*, op. cit., pp. 271-275; asimismo, puede consultarse Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, op. cit., pp. 397-402, quien denomina a estas sentencias como apelatorias. Hay que señalar que este tipo de sentencias tiene más sentido en sistemas en los que el control abstracto de inconstitucionalidad no está sujeto a la limitación de un plazo para su interposición, pero no (o no tanto) en sistemas que, como el español o el mexicano, plecluyen el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad dentro de un plazo muy corto.

<sup>48</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa de la Constitución en España», en: *La actualidad de la defensa de la Constitución*, UNAM-SCJN, México, 1997, p. 62.

En cambio en las sentencias estimatorias monitorias, primero se suele declarar la inconstitucionalidad de un precepto y, sólo después de ese pronunciamiento estimatorio, se fijan los principios a los que deberá atenerse el legislador al momento de configurar la nueva regulación.

La eficacia de la recomendación que se hace al legislador depende de la autoridad de quien la dicta (juez constitucional) y de la aceptación de quien la debe cumplir (legislador democrático), puesto que es difícil garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte al legislador a hacer algo.

### V.3. CONSIDERACIONES FINALES

Señalar ahora toda la tipología de sentencias interpretativas, atípicas, intermedias o moduladoras sería una labor inacabable, porque cada Tribunal constantemente emite nuevas categorías.

Es innegable la importancia cualitativa de estas sentencias, y los Tribunales Constitucionales suelen fundamentar el uso de esta variada tipología se pronunciamientos atípicos en los principios de interpretación conforme a la Constitución, conservación del derecho y presunción de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, es evidente que en diversas ocasiones los jueces constitucionales crean una problemática mayor en el campo de juego del legislador que la propia declaración de inconstitucionalidad, al grado que se ha llegado a considerar, que algunas de las sentencias señaladas, que surgieron como un reconocimiento de un *favor legis* o *favor legislatoris*, se han transformado precisamente en lo contrario, en una forma trasgresión de la voluntad legislativa democrática.

Por lo tanto, en conexión con lo anterior, es indispensable que el órgano de control al utilizar cualquiera de estas sentencias sea muy cuidadoso, sobre todo porque estos pronunciamientos ponen de manifiesto graves problemas de legitimidad y, en ocasiones, no respetan límites funcionales, especialmente los relacionados con invasión de competencias legislativas.

Para finalizar, enseguida se señalan algunas pautas que considero deberían tener en cuenta los Tribunales Constitucionales al controlar la constitucionalidad de la ley:

1. Cuando haya la posibilidad de establecer una interpretación conforme con la Constitución, el requisito es que dicha interpretación sea consecuencia de las reglas hermenéuticas de la interpretación jurídica, pues lo que no se debería hacer es reconstruir una norma en contra de su sentido evidente para concluir artificiosamente que esa es la norma acorde con la Constitución.

2. Sólo cuando el tenor de la disposición sea ambigua, el Tribunal, clarificando su sentido, podrá conservarla en el ordenamiento jurídico, pero nunca a costa de desfigurar su contenido.
3. Cuando la supuesta interpretación conforme con la Constitución se tenga que obtener forzando el contenido del artículo, lo más adecuado sería emitir una sentencia de estimación pura o simple, pues la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*.
4. Si de un artículo deriva necesariamente una interpretación que sólo en parte es inconstitucional, se debería emitir una sentencia interpretativa de estimación, que declare la inconstitucionalidad parcial del precepto «en la parte en que» su contenido normativo es incompatible con la Norma Suprema.
5. El uso de sentencias reductoras debe limitarse a aquellos casos en los que la disposición contenga varias normas independientes y alguna de ellas sea claramente contraria a la Constitución.
6. En el caso de las sentencias aditivas la norma que se añade no puede ser consecuencia de una valoración discrecional, sino que debe deducirse inmediatamente del juicio de constitucionalidad, de tal forma que lo que haga el Tribunal sea ampliar el contenido normativo de la disposición sometida a control, siempre que ello sea muy necesario y teniendo en cuenta el ámbito en que se encuentra dicha disposición.





# DOS TRANSFORMACIONES DIFERENTES EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES<sup>1</sup>

JAVIER GARCÍA ROCA

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

## 1. Introducción: un intento de destrucción de una Constitución y una comprensión holística de la jurisdicción europea

*Dos experiencias singulares.* Dentro de una mesa redonda sobre «Sentencia constitucional y convencional: contenido, efecto y ejecución», quisiera narrar y comparar dos episodios singulares, respectivamente, ubicados en el Derecho Procesal Constitucional y en el Convencional, si bien ambos nacidos en circunstancias y contextos muy diversos. El primero, ligado a la vía de secesión unilateral en Cataluña y a la necesidad de atribuir unas reforzadas competencias de ejecución de sus resoluciones al Tribunal Constitucional (desde ahora, TC). Una experiencia muy excepcional que puede que no sea fácilmente exportable por lo atípico del contexto: la desobediencia por algunos poderes públicos a las sentencias constitucionales. Si bien las recientes amenazas al Estado de Derecho en algunas *illdemocracies* europeas hacen replantearse este aserto. Mientras el segundo, se refiere a la progresiva y lógica expansión del Tribunal Europeo de Derechos (en adelante, TEDH) en la supervisión de la ejecución de sus sentencias, colaborando con el Comité de Ministros; una tendencia que es fruto de la natural evolución hacia su fortalecimiento de cualquier verdadera jurisdicción.

*La construcción del Derecho Procesal Convencional sobre el Derecho Procesal Constitucional.* Me parece que el emergente Derecho Procesal Convencional solo puede construirse a imagen y semejanza del muy clásico Derecho Procesal Cons-

---

<sup>1</sup> En los epígrafes 3 y 4 sintetizo lo expuesto en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Cizur, 2019, y ahondo en las conclusiones, comparando con las sentencias constitucionales-.

titucional, que alberga unas categorías mucho más consolidadas y trabajadas en Europa desde hace décadas, pese a las inevitables diferencias que poseen una y otra jurisdicción<sup>2</sup>. No en balde, ambas se proyectan sobre el control normativo y a veces sobre vicios coincidentes como son las interferencias en los derechos fundamentales. Pero el sofisticado nivel de elaboración al que ya llegaron las investigaciones en Derecho Procesal Constitucional en Alemania, Italia y España, con construcciones desde el período de entreguerras hasta los años noventa, sobre todo, no se ha alcanzado todavía en los estudios de los procedimientos ante el TEDH.

*El nuevo incidente de ejecución de sentencias constitucionales un tiempo de espera hacia la intervención coercitiva de los órganos de autogobierno y las condenas penales de los dirigentes.* Me referiré pues, primero, al nuevo incidente de ejecución de sentencias dispuesto en el art. 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) español, modificado por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, para reforzar el haz de facultades del Tribunal en materia de ejecución forzosa a raíz de la constante —y sorprendente— desobediencia por parte de las autoridades secesionistas en Cataluña del Derecho, tanto estatal como catalán, y en particular, de las resoluciones judiciales dictadas por el intérprete supremo de la Constitución. Un desleal incumplimiento de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional por el Parlamento y el Gobierno de Cataluña del que no existían precedentes en España ni en los Estados de Derecho europeos. Al menos hasta que llego la actual ola de populismos y democracias enfermas y antiliberales en Polonia, Hungría y Rumanía, donde gobiernos autoritarios han ocupado los tribunales, violado su independencia y amenazado el Estado de Derecho<sup>3</sup>. En España, esa reiterada actitud unilateral de desobediencia llevo, tras un tiempo de utilizarse con paciencia este nuevo incidente jurisdiccional de ejecución, a la aplicación en Cataluña de un control político extraordinario, el art. 155 CE, la llamada «intervención federal» o «intervención coercitiva» del Estado, que fue adoptada con todas las garantías constitucionales por el Gobierno con el acuerdo del Senado, disolviendo algunos órganos de autogobierno y supervisando la actuación de otros para recuperar lo antes posible la normalidad constitucional y estatutaria y garan-

<sup>2</sup> Pueden verse, entre otros autores que defienden esta tendencia, el trabajo del antiguo Magistrado del TEDH GARLICKY, L., «Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)» en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E. (editores) ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur, 2017, pp. 41-67; VOSKHULE, A., «Multilevel cooperation if the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtverbund» en *European Constitutional Law Review*, núm. 6, 2010, pp. 175-198; y GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit. y en otros trabajos previos.

<sup>3</sup> *In extenso*, BUSTOS GISBERT, R., *Independencia judicial e integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

tizar los derechos políticos de las minorías<sup>4</sup>. También sobrevinieron, tras un largo juicio oral, las condenas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de varios dirigentes secesionistas, ante sus graves incumplimientos de las leyes, por delitos de sedición y/o desobediencia<sup>5</sup>. Tiempo después, el Gobierno concedería el indulto parcial a algunos de estos dirigentes con la finalidad de recuperar la senda del diálogo<sup>6</sup> y volver paso a paso con sensatez al marco del Estado de Derecho.

*Excepcionalidad del contexto y del Derecho procesal.* Estábamos ante un contexto muy excepcional, un intento de «destrucción de la Constitución» en los términos clásicos de Carl Schmitt, para sustituir la constitución por un nuevo poder constituyente de hecho<sup>7</sup>. Estas actuaciones tan extraordinarias justificaban, como *ocasio*, un Derecho procesal no menos excepcional. Recordemos que la ejecución de las sentencias constitucionales no había sido una materia tradicionalmente asignada al propio Tribunal Constitucional en la teoría de la justicia constitucional clásica, y se entendía habitualmente en Europa que la competencia correspondía a otros órganos constitucionales con dimensiones de dirección política.

*Presupuesto habilitante: el cumplimiento efectivo de las resoluciones debería leerse como un grave incumplimiento.* No obstante, la LOTC, tras la reforma, afirma con carácter general que el Tribunal Constitucional (TC) «velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones» (art. 92.1) y no dice —de manera más razo-

---

<sup>4</sup> Puede consultarse sobre este mecanismo excepcional, la intervención coercitiva del Estado sobre los órganos de las CCAA, y las posteriores sentencias constitucionales que lo avalan GARCÍA ROCA, J., «Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña», en *El artículo 155 CE, Actas de las XXIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 173-239, y las demás ponencias que en ese estudio colectivo se recogen desde distintos enfoques (GARCÍA TORRES, J., FREIXAS, T.; y VINTRÓ, J.); y «El *tempo moderato* de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 503-524.

<sup>5</sup> Cfr los diversos trabajos publicados en el *Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, números 82-83, 2019, monográfico sobre «la sentencia del procés».

<sup>6</sup> La «Valoración general» del *Informe Comunidades Autónomas* de los años 2019, 2020 y 2021, Instituto de Derecho Público, Barcelona, insiste cada año en la necesidad de la vía del diálogo y en los mecanismos de colaboración y coordinación, y advierte de la inflación de resoluciones judiciales, de impredecible final en varias instancias nacionales y europeas, que ha producido la larga judicialización del conflicto.

<sup>7</sup> Cfr SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, original en alemán de 1927, traducción de AYALA, F, epígrafe 11 «Conceptos derivados del de Constitución» (p. 115). Algunos autores han preferido hablar de «golpe de Estado», pero me parece más precisa la primera definición, «destrucción de la Constitución», expresión que he defendido en varias oportunidades, pues faltan las notas de esta segunda calificación, entre ellas, un suficiente grado de violencia. Cabe leer en sentido contrario GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «Cómo hacer frente a una rebelión territorial (técnicas contra el golpe de Estado)» en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2017, núm. 71-72, ejemplar dedicado a ¿Cataluña independiente?, pp. 88-91.

nable y limitada como habrías sido conveniente— «en casos de graves incumplimientos o desobediencia de sus resoluciones». Una mayor autocontención del legislador creo que habría sido prudente<sup>8</sup>. Pues existe el riesgo hipotético de que un TC algo impulsivo o poco prudente utilizara algunas de las herramientas dispuestas en el citado precepto en contextos ordinarios ante incumplimientos parciales o relativos de menor entidad, lo que podría resultar desproporcionado. No obstante, la prudencia de los Magistrados constitucionales, mayor que la del legislador, ha impedido los excesos que el legislador —apresurado— acaso no midió. El incumplimiento v.gr. de la doctrina creada en una sentencia ordinaria de amparo, o un acatamiento insuficiente por parte de un órgano judicial de una motivación pueden perfectamente solventarse mediante un segundo recurso de amparo constitucional y ya ha habido series de casos este tipo en ejecución de sentencias. Ésta es una deseable primera restricción de la aplicación de las normas legales que analizamos. No en balde, el propio apartado 2º del art. 92, permite asimismo al TC recabar el auxilio de cualesquiera poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones.

*Las dificultades en la judicialización de las sentencias constitucionales de control normativo.* Ahora bien, la ejecución de las sentencias constitucionales sobre el control de la ley y los conflictos constitucionales, en definitiva, sobre el control de normas con una dimensión general y abstracta, es una cuestión con un objeto altamente político y deviene difícil de judicializar si no directamente inconveniente. El legislador debe respetar una deferencia y un amplio margen de libertad de configuración normativa en el cumplimiento de las sentencias constitucionales que deben limitarse a establecer límites, marcos dentro de los cuales los poderes públicos deben moverse y orientaciones o recomendaciones. Hay a menudo diversas maneras de desarrollar y especificar la Constitución, todas ellas igualmente constitucionales, y el TC no debe impedir legítimas opciones políticas del legislador sino limitarse a vedar las claramente inconstitucionales. El concepto racional normativo de Constitución no supone una «Constitución dirigente» que predetermine toda la vida pública —como un tiempo llegó a pensarse—, una labor imposible e incluso autoritaria, sino una «Constitución límite» que establece un conjunto de principios, mandatos frenos y contrapesos.

*Hacia una comprensión holística de la jurisdicción europea.* En segundo lugar y en el escenario de un contexto muy distinto y plenamente normalizado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) avanza cada vez más hacia una

---

<sup>8</sup> En este sentido, GARCÍA ROCA, J., «Desafío secesionista y justicia constitucional» en *El País*, edición digital, 28 de septiembre de 2015. Una versión posterior, «Desafío secesionista y ejecución de las resoluciones constitucionales», se publicó en el blog del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona, <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2015/11/desafio-secesionista-y-ejecucion-de-las.html?m=1>, 27 de noviembre de 2015.

comprensión holística, global o integrada de su jurisdicción<sup>9</sup>. Cualquier verdadera jurisdicción, también la europea, debe por definición dictar medidas cautelares y provisionales que aseguren que no desaparezca el objeto del proceso, poner sentencias que resuelvan las pretensiones deducidas y ejecutar lo en ellas resuelto. Una triada indisoluble en el oficio de un tribunal y en la naturaleza de una jurisdicción. Es procesalmente muy lógica esta conclusión. Pero éste no era ni mucho menos el diseño de este Tribunal internacional cuando se creó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) nada menos que en 1950 en una situación de guerra fría y bajo un telón de acero. Las medidas cautelares no estaban previstas directamente en el Convenio ni tampoco en las Reglas de procedimiento y empezaron funcionando como un simple acuerdo entre caballeros entre el Tribunal y los Estados miembros. Lentamente, el TEDH fue construyendo, durante muchos años y de forma pretoriana, el mecanismo de unas medidas cautelares vinculantes y automáticas<sup>10</sup>. Sobre todo, por una parte, la Comisión, un órgano de naturaleza administrativa y consultiva más que jurisdiccional, filtraba el acceso de las demandas al Tribunal Europeo, enviando las demandas o asuntos que consideraba conveniente; y, por otra, la supervisión de la ejecución de las sentencias se dejaba en manos de un órgano netamente político como es el Comité de Ministros. El diseño originario del sistema del Convenio, en cuanto protección internacional, no era el de una jurisdicción ordinaria o constitucional, cortada con unos patrones nacionales.

## 2. El nuevo incidente de ejecución de sentencias en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español: un derecho excepcional

*La situación original en la LOTC: las sentencias no se ocupan de la ejecución.* El texto inicial del *art. 92 LOTC* párrafo 1º en 1979 era un precepto breve: «el Tribunal podrá disponer en su sentencia o en la resolución o en actos posteriores *quien ha de ejecutarla*», y «en su caso *resolver las incidencias de ejecución*» (la cursiva es mía). Pero no solía hacerse. Se pensaba que el cumplimiento de las sentencias, en particular en el control normativo, quedaba en las manos de los poderes públicos afectados, y que supervisar esta labor no era labor de la jurisdicción constitucional. Juzgar no incluía ejecutar lo juzgado, a diferencia de lo ocurrido en la ju-

---

<sup>9</sup> Véase KELLER, H. and MARTI, C., «Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights» en *European Journal of International Law*, 2015, vol. 26 issue 4, pp. 829-880.

<sup>10</sup> He sintetizado la evolución de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares ante el TEDH en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 154-160.

jurisdicción ordinaria. Recordaré el caso del IRPF y la obligación de la tributación conjunta de los cónyuges. Ante la confusa situación provocada a la hora de decidir cómo cumplir la sentencia, el Secretario de Estado de Hacienda se vio obligado a dictar una detallada resolución en 1989 por la cual se dictaban instrucciones respecto del alcance de la STC 45/1989 en los procedimientos de la Administración tributaria. En definitiva, la sentencia no razonaba cómo debía ser implementada y la cuestión distaba de resultar indiscutida<sup>11</sup>. La actitud del TC no me pareció de recibo desde una comprensión del rol de la jurisdicción constitucional como garante de la división de poderes. Otro tanto semejante ocurrió con el complejo y discutido cumplimiento por las CCAA de la STC 61/1997 sobre la Ley del Suelo y los problemas de transitoriedad entre la ley estatal y las nuevas leyes de las Comunidades Autónomas que provocó la nulidad<sup>12</sup>.

*La teoría de la jurisdicción constitucional y la posición del TC sobre las sentencias de invalidación.* Esta posición limitada o restringida del TC, sin embargo, no estaba exenta de un fundamento doctrinal. Desde los orígenes de la teoría de la jurisdicción constitucional, se pensó que ejecutar las sentencias constitucionales de control de las leyes era algo que correspondía a los demás poderes públicos y no al propio TC dada su dimensión política. No existía una reflexión doctrinal sobre esta facultad: una teoría general. Ésta ha sido la línea de pensamiento europeo como p.ej. refleja un seminario comparado de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa realizado en Ucrania en 1999 sobre ejecución de sentencias constitucionales al que tuve la oportunidad de asistir como experto<sup>13</sup>. Di noticia allí que desde 1979 no había habido prácticamente incidentes en ejecución de sentencias en nuestro país. Una excepción fue el caso del uso de las cadenas de Navarra en el escudo del País Vasco derivado de un conflicto de competencias entre Comunidades Autónomas, un problema de símbolos que reflejaba un conflicto político de largo alcance sobre las relaciones entre ambas CCAA (STC 94/1985). Con carácter general, en el ATC 309/1987, el Tribunal sostuvo que las sentencias de

---

<sup>11</sup> Entre los numerosos comentarios a esta sentencia que evidencian su indeterminación, pueden leerse Juan ZORNOZA, «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 163-196, Y María Jesús MONTERO CHINER, «Protección de la familia y fiscalidad» (a propósito de la STC 45/1989, de 20 de febrero) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1989, pp. 233 y ss.

<sup>12</sup> Entre otros, PAREJO ALFONSO, L. (coord.), *El urbanismo hoy: reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva ley estatal*, Universidad Carlos III, Instituto Pascual Madoz, 1997.

<sup>13</sup> GARCÍA ROCA, J., «Effects, enforceability and the execution of the decisions of the Spanish Constitutional Court», informe presentado a *Seminar on the Execution of the Decisions of the Constitutional Court*, Kiev (Ucrania), 28-29 de octubre de 1999, Comisión de Venecia del Consejo de Europa— Tribunal Constitucional de Ucrania, publicación electrónica [http://venice.coe.int/docs/1999/CDL-JU\(1999\)028-e.html](http://venice.coe.int/docs/1999/CDL-JU(1999)028-e.html)

declaración de inconstitucionalidad de las leyes que determinen el efecto de invalidación de las mismas, no tienen ejecución por la jurisdicción constitucional; y que el art. 92 LOTC —en su versión originaria— se encuentra en las disposiciones comunes sobre procedimientos y debe interpretarse en función de las peculiaridades de los diversos procedimientos posibles. Esta era la posición tradicional y estaba muy consolidada.

*El llamado «procés» en Cataluña: la occasio de la reforma legal.* Durante el delicado problema ocasionado por el proceso unilateral y secesionista en Cataluña, el Gobierno y el Parlamento catalanes no obedecieron bastantes resoluciones del TC. Una situación injustificable y muy grave que impulsó al legislador a aprobar una reforma por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del TC como garantía del Estado de Derecho. Según dice su preámbulo, para «garantizar la efectividad» de esas resoluciones. La reforma legal aducía «la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones» y conseguir que esa efectividad fuera real. Difícilmente una situación así, de contumaz desobediencia, hubiera podido imaginarse al tiempo de aprobarse la Constitución y el Estatuto de Autonomía o la LOTC. Si bien, de nuevo, no se produjo un —deseable— acuerdo sobre la reforma procesal de la LOTC entre el Gobierno que la impulsó y los demás Grupos parlamentarios, y la modificación legislativa fue impugnada en su constitucionalidad. La LOTC, en cuanto es una ley orgánica que integra el bloque de la constitucionalidad, demanda una estabilidad engastada en las normas constitucionales, y debería ser siempre modificada por amplias mayorías y compromisos, pero varias veces no ha ocurrido así.

*La lógica de la jurisdicción contenciosa administrativa no es análoga a la jurisdicción constitucional.* La reforma legal de 2015 traslada la lógica de la ejecución de sentencias de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) a la jurisdicción constitucional. No obstante, es notorio que una y otra tienen lógicas bien distintas. Casi siempre un problema complejo tiene una respuesta sencilla, pero suele estar equivocada<sup>14</sup>. No están en la misma situación una administración pública sometida estrechamente en sus fines a la ley mediante una intensa vinculación positiva, que un parlamento que desarrolla libremente la Constitución respetando una mera vinculación negativa. Los cuerpos trasplantados pueden no ser homogéneos y existe el riesgo de que se rechace el trasplante. Es difícil creer que a los grandes administrativistas y constitucionalistas (Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente, Jerónimo Arozamena) que influyeron y redactaron el anteproyecto de la LOTC a finales de los años setenta no se les ocurriera esa idea, y es probable que simplemente la rechazaran por indeseable o inoportuna.

---

<sup>14</sup> GARCÍA ROCA, J., «Desafío secesionista y justicia constitucional» en *El País*, *op. cit.*

*Novedades legislativas: una batería de medidas de diferente oportunidad.* ¿Qué novedades se incorporaron en 2015? Se dieron nuevas facultades al TC que incrementaron su poder en la ejecución de sus sentencias cuando no se efectúe un cumplimiento voluntario. El art. 92 LOTC ha crecido notablemente en extensión. Sin embargo, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa ha advertido que algunas de estas herramientas podrían tener usos no conformes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero afortunadamente estas facultades polémicas todavía no se han utilizado merced a la prudencia del TC.

Las novedades legislativas son: a) se incorpora la *supletoriedad* de la LJCA en materia de ejecución; b) se dispone que se puedan *notificar* personalmente las resoluciones a las autoridades y empleados públicos que vengán afectados, y, a tal fin, los órganos administrativos y judiciales deben prestar auxilio administrativo, su negativa puede verse como un requisito previo a la tipificación de un delito de desobediencia; c) si se estima que las resoluciones están siendo incumplidas, se requerirá a las autoridades a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que informen, y pasado un plazo o recibido el informe, si se estima que existe *incumplimiento*, el TC podrá adoptar alguna de las siguientes medidas:

- imponer una *multa* coercitiva que puede reiterarse hasta que el cumplimiento sea íntegro;
- acordar la *suspensión* en sus funciones de las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento;
- imponer la *ejecución sustitutoria* de las resoluciones, pidiendo la colaboración del Gobierno;
- *deducir testimonio* de particulares, para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder;
- si las que no se ejecutan son resoluciones que acarreen *medidas de suspensión* de actuaciones impugnadas, el Tribunal puede incluso de oficio o a instancia de parte adoptar medidas para que se cumplan sin dar audiencia a las partes.

Por concordancia con la modificación principal del art. 92 LOTC, se modificaron también el art. 87 para poder acordar notificaciones personales, y el art. 80 para incluir la supletoriedad de la LJCA en materia de ejecución. Conviene asimismo recordar que ya en la reforma general de la LOTC en 2007 se añadió un párrafo al art. 92.1 que permite *declarar la nulidad* de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción en trámite de ejecución, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

En suma, actualmente el TC puede disponer quién ha de ejecutar sus resoluciones (autos o sentencias), resolver los incidentes en la ejecución y declarar la



nulidad de las resoluciones (administrativas, judiciales o legislativas) que contravengan sus resoluciones. Tiene además un conjunto de herramientas coercitivas (multas, suspensión de funciones, ejecución sustitutoria...) que puede utilizar en caso de incumplimiento, así como requerir personalmente a las personas responsables como paso previo para una condena penal por un delito de desobediencia si persiste el incumplimiento. Esta última medida se ha revelado muy eficaz en la experiencia adquirida en este desdichado episodio.

*El prudente uso del TC de la reforma procesal.* Hasta ahora, el TC, bajo varias presidencias, ha actuado con suma prudencia remedando los probables excesos legales. Sólo se han dictado multas y requerimientos personales y el Tribunal se ha asegurado de que se cumplan sus medidas cautelares. Pero no se ha llegado a suspender en el ejercicio de sus funciones a autoridades y empleados públicos, ni menos aún se han indicado al Gobierno medidas de ejecución por sustitución, que son instrumentos mucho más controvertidos.

¿Tiene una dimensión política el nuevo incidente de ejecución de sentencias? A mi entender, este nuevo incidente de ejecución de sentencias constitucionales tiene una naturaleza o dimensión muy política. Tiende un puente entre los controles jurídicos y ordinarios sobre los actos de las Comunidades Autónomas, previstos en el art. 153 CE, y el control político y extraordinario sobre los órganos regulado en el art. 155 CE, al que puede acudir cuando no baste con los primeros. Una intervención coercitiva del Estado que finalmente ocurrió en 2017 por vez primera después de utilizarse un buen tiempo los poderes dispuestos en el art. 92 LOTC. El incidente de ejecución pudo servir para cargarse de razón el Gobierno ante los graves y reiterados incumplimientos de la Constitución y de las leyes estatales y autonómicos antes de acudir a un control extraordinario sobre los órganos. El interrogante es si resultaba necesario ese puente o compás de espera, o, por el contrario, una vez constatada la desobediencia reiterada y la insuficiencia de los controles ordinarios del art. 153 CE, debía acudir directamente por el Gobierno a la aplicación del art. 155 CE, sin necesidad de involucrar a un tribunal en la defensa de la Constitución en unas circunstancias tan políticas. La respuesta no es sencilla ni siquiera unívoca. Fueron tiempos muy difíciles.

*La declaración de constitucionalidad de la reforma legal con votos discrepantes.* Las SSTC 215 y 185/2016 avalaron la constitucionalidad de toda esta reforma procesal en materia de ejecución. Pero albergan Votos particulares que discuten con dureza la constitucionalidad de la reforma en su conjunto, aduciendo que se altera la naturaleza de la jurisdicción constitucional, y rechazan en concreto la constitucionalidad de algunas medidas. La mayoría del TC razonó, sin embargo, que, aunque la Constitución no contiene previsiones en materia de ejecución de sentencias constitucionales, no puede interpretarse como un desapoderamiento de la potestad del TC de «ejecutar y velar por el cumplimiento de las resolucio-

nes», pues es una nota esencial del ejercicio de la función jurisdiccional (STC 185/2016, F.J. 9º). Se argumentó que las nuevas medidas no alteran o desnaturalizan el modelo de jurisdicción constitucional, precisamente porque la Constitución nada dispone, y el art. 165 CE permite al legislador orgánico establecer un proceso incidental de ejecución. La medida de suspensión de funciones de autoridades o empleados públicos —se dice— no tiene un carácter punitivo o represivo, sino que persigue la finalidad de garantizar la efectividad de las resoluciones constitucionales. Finalmente, la ejecución sustitutoria no viola el principio de autonomía, pues no altera la posición institucional de las Comunidades Autónomas sino sólo afecta a la circunstancial adopción de medidas necesarias y proporcionadas. Los Votos particulares son, sin embargo, muy duros y contradicen estas argumentaciones.

*La crítica Opinión de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa.* En parte en el mismo sentido de los Votos particulares, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, denominada «democracia a través del Derecho», en su sesión plenaria de 10-11 de marzo de 2017, analizó la reforma del art. 92 LOTC y, sobre todo, reforzó la vinculación a las sentencias constitucionales de todos los poderes públicos en un claro reproche a las autoridades autonómicas que no cumplieran las resoluciones del TC, invocando un pretendido «derecho a decidir» como justificación de una desobediencia civil<sup>15</sup>.

Pero también se realizaron serias advertencias al TC y al legislador sobre los riesgos que entraña este nuevo incidente de ejecución, que —se advierte— es atípico en el Derecho comparado europeo. La Comisión de Venecia razona que los estándares europeos demandan que las reformas de la legislación institucional se hagan mediante un amplio consenso para evitar errores. Se recuerda que no existen unos estándares europeos comunes. Pero «la ejecución es una cuestión altamente política» y no debería ser ejercida por el propio TC: «*the decision making and the executive body should be separated*», «otros órganos deben dar un paso para defender la Constitución y al Tribunal Constitucional».

Se estima que la facultad de efectuar notificaciones personales de las resoluciones es una consecuencia obligada del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales, y lo mismo puede decirse del poder de anular cualesquiera decisiones que las contradigan. No son, por tanto, facultades problemáticas. No obstante, la imposición de *multas* debe someterse a aclaraciones, porque no se precisa si deben pagarlas las personas afectadas o los presupuestos públicos (se ha optado por lo primero y la STC 215/2016 no consideró estas multas como sanciones).

---

<sup>15</sup> Vid GARCÍA ROCA, J., «Attenti al lupo: la Comisión de Venecia refuerza las sentencias constitucionales, pero advierte de los riesgos de su ejecución» en <http://idpbarcelona.net/attenti-al-lupo/6> de abril de 2017

Por otra parte, la *suspensión* no puede considerarse igual para un funcionario que para una autoridad, y si se aplica a un parlamentario puede venir amparada por la inviolabilidad y también aquí deben aplicarse las garantías del proceso debido (art. 6 CEDH). Sobre todo, la Comisión de Venecia recomienda que no se practique la ejecución sustitutoria por el Tribunal Constitucional y que, en su caso, se limite a pedir al Gobierno su cooperación. Un razonamiento que me parece muy adecuado.

En definitiva, las recomendaciones de convencionalidad expuestas por la Comisión de Venecia, a la luz del CEDH y de los estándares europeos, parecen más exigentes que las de constitucionalidad asumidas en las SSTC 181 y 215/2016 tal y como ya hicieron los votos particulares. El problema podría venir si el TEDH revisa en alguna ocasión la aplicación de alguna de estas medidas de ejecución forzosa más controvertidas siguiendo esos estándares más exigentes del Consejo de Europa según la Comisión de Venecia.

*La aplicación del incidente sólo en circunstancias excepcionales o en ámbitos ordinarios.* Otro de los problemas que conviene subrayar es que la ocasión que llevó a la concesión de estas fuertes facultades de ejecución al TC era nada menos que en un intento de «destrucción de la Constitución», en los términos que usó Carl Schmitt, por los secesionistas: se pretendía desplazar la Constitución y el Estatuto de Autonomía y sustituir el poder constituyente por otro poder fáctico y revolucionario. Pero el art. 92 LOTC no realiza excepciones en su ámbito de aplicación, y, al menos en teoría, podría aplicarse en cualquier ámbito ordinario de inejecución propio de la jurisdicción constitucional y alejado de estas circunstancias excepcionales. Una posibilidad que podría ser problemática. No obstante, el TC parece estar actuando con una razonable prudencia, y ha inaplicado con moderación algunas audacias de la reforma legislativa.

### 3. La tendencia a la colaboración de los Estados miembros con el Comité de Ministros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el cumplimiento de las sentencias: el nuevo sistema de supervisión

*La presión de los pares en el Estado condenado: el modelo tradicional y originario.* Observemos ahora otro episodio bien distinto. La naturaleza declarativa de las sentencias europeas, según el diseño original del sistema del Convenio, tuvo un claro reflejo en el procedimiento de ejecución y supervisión de su cumplimiento. Recae en un órgano político, el Comité de Ministros, quien debe velar por la ejecución de las sentencias definitivas, según dice el artículo 46.2 CEDH, y no el

propio Tribunal Europeo. Es un modelo de ejecución política. Harris, Boyle & Warbrick, en su clásico comentario al sistema del Convenio, explican de manera muy expresiva que la ejecución se funda en la «presión de los pares» sobre el Estado condenado<sup>16</sup>. Es una actividad diplomática y de persuasión, esencialmente política y de rendición de cuentas (*accountability*). No puede negarse que este modelo puede ser muy eficaz en ciertas ocasiones, pero el cumplimiento voluntario no basta siempre en una jurisdicción, que reclama por definición, para no ser un mero órgano consultivo, medidas de supervisión del cumplimiento o ejecución forzosa.

¿Una obligación de resultado con libertad en los medios? El diseño del cumplimiento de las sentencias en el sistema del Convenio es pues voluntario y tendía a verse como una obligación de resultado de los Estados parte. Ésta ha sido la descripción tradicional del fenómeno. Pero ya existe una supervisión de ejecución mediante los mecanismos incorporados en el artículo 46 CEDH por el Protocolo 14 en 2004 (demandas de interpretación y recurso por incumplimiento), pese a que han tenido escasa relevancia y, sobre todo, debe darse noticia de otros instrumentos que se han ido creando en la realidad mediante buenas prácticas y algunas normas de muy pequeño rango o *soft-law* y que ahora describiremos.

*La técnica de la incorporación y la cosa interpretada.* Es verdad, por otro lado, que los tribunales nacionales están asumiendo cada vez más el impulso del proceso de cumplimiento de las sentencias europeas, a través de su eficacia general como cosa interpretada y mediante la técnica de la «incorporación» de la doctrina y los estándares elaborados por la jurisprudencia europea en sus propias sentencias. Pueden a menudo, al incorporar estos estándares convencionales, matizarlos o adecuarlos a las realidades y tradiciones jurídicas de cada ordenamiento jurídico en uso de un margen de apreciación nacional. Es otro instrumento al servicio de la subsidiariedad que concede una responsabilidad primaria a los Estados miembros y a sus autoridades en la garantía de los derechos.

*La obligación de los Estados de una rápida ejecución de las sentencias y el paralelo fortalecimiento de la supervisión europea.* Mas de forma cada vez más creciente el Comité de Ministros supervisa la ejecución de las sentencias, en constante colaboración con el departamento de ejecución del TEDH, y comprueba el cumplimiento de las medidas individuales y generales de reparación impuestas en las sentencias, de acuerdo con las reglas previstas en el Reglamento de procedimiento del Tribunal. Se verifica p.ej. si se han reabierto los procesos judiciales, o si se han realizado investigaciones efectivas allí donde se impusieron obligaciones de procedimiento, etc. Sobre todo, se comprueba si se han implementado las medidas ge-

---

<sup>16</sup> HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford U. P., 2014, pp. 180-202 «The execution of the Court's judgments».

nerales que supongan modificaciones legislativas y se adentran en problemas estructurales o sistémicos. Hay aquí una significativa y enriquecedora forma de diálogo de las instituciones del Consejo de Europa con los Estados demandados.

*Mejores prácticas desde la Declaración de Copenhague.* Desde la Declaración de Copenhague de 2018, que insiste en que la rápida ejecución de las sentencias es una obligación central de los Estados miembros conforme al principio de subsidiariedad, y para satisfacer tal finalidad, el sistema de supervisión europeo se ha fortalecido mucho. El Comité de Ministros ha incrementado su papel y también el TEDH que tiene un departamento para la ejecución de sentencias, algo inimaginable hace décadas. La naturaleza declarativa de las sentencias no se ha abandonado como principio teórico en la jurisprudencia, pero ya no explica suficientemente el funcionamiento real del sistema. Una aproximación pragmática, muy típica del funcionamiento real de la jurisdicción de Estrasburgo: cambiar las cosas mediante movimientos muy lentos y constantes sin necesidad de hacer grandes afirmaciones de principio ni reformas normativas del Convenio Europeo. El TEDH organiza foros y seminarios sobre derechos con las autoridades nacionales y los problemas de ciertos Estados. O realiza visitas *ad hoc* al igual que lleva tiempo haciendo la Corte Interamericana. O suscribe acuerdos, planes y programas de cooperación con las autoridades nacionales, la Dirección de derechos humanos del Consejo de Europa y el Comité de Ministros.

*Una perspectiva holística: juzgar y ejecutar lo juzgado. El seguimiento judicial de la ejecución.* Hellen Keller afirma que se avanza lentamente hacia una perspectiva holística de la jurisdicción europea, que engloba medidas cautelares, sentencias y ejecución<sup>17</sup>. Porque el cumplimiento de las sentencias es el verdadero basamento de cualquier modelo jurisdiccional de protección de derechos. Del mismo modo, las sentencias europeas no pueden despreocuparse de la implementación de su doctrina como antaño hacía la jurisdicción constitucional y sigue haciendo en buena medida. Algo está cambiando. Aquí me parece que las jurisdicciones convencionales, el TEDH y la Corte Interamericana, van por delante de los tribunales constitucionales y estos deberían revisar su actitud en materia de ejecución de sus sentencias en ciertos casos. Pero el problema es muy complejo.

*Los Human Rights meetings y el sistema de supervisión reforzada.* El Comité de Ministros ha desarrollado sus propios sistemas de trabajo. La supervisión se realiza en los llamados «*Human Rights meetings*», reuniones periódicas con la colaboración del servicio técnico de ejecución de sentencias del TEDH, ubicado en la Secretaría del Consejo de Europa según han narrado Saavedra, Cano y Hernández<sup>18</sup>. Se ha

<sup>17</sup> Vid KELLER, H. y MARTI, C., ob. cit.

<sup>18</sup> SAAVEDRA ALESANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., «Reparación y supervisión de sentencias», en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E. (editores) ¿Hacia una globalización de los derechos..., *op. cit.*, pp. 211-268.

creado incluso un procedimiento de supervisión reforzada para algunos de los asuntos más relevantes (*twin track supervision system*).

*La colaboración entre el Comité de Ministros y los Estados condenados en los informes de ejecución y los planes de acción.* En esta supervisión reforzada, el Comité de Ministros hace un seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado condenado y dicta resoluciones intermedias en las que se expresa su satisfacción o preocupación por la marcha de la ejecución. El Comité puede dar asistencia técnica al Estado condenado, quien debe presentar documentación, elaborar un informe de ejecución y un plan de acción. Un procedimiento orientado por los principios de publicidad, transparencia y participación. Finalmente, el Estado puede pedir el archivo de las actuaciones y los demás Estados miembros formular comentarios. En definitiva, los informes de ejecución y los planes de acción hacen principales responsables a los Estados de ejecutar las sentencias, conforme a un adecuado y reforzado entendimiento del principio de subsidiariedad, que coincide además con su sentido originario, pero sus actuaciones pueden ser supervisadas. En todas estas actividades existe una interesante negociación y diálogo entre todas las partes implicadas sobre la forma más adecuada para la ejecución de las sentencias. Parece una solución óptima.

*La subsidiariedad como responsabilidad primaria de los Estados miembros.* Por otra parte, corresponde a los Estados parte del sistema del Convenio la responsabilidad primaria en impedir las violaciones de derechos, reparar en su caso las inevitables lesiones lo antes posibles, crear recursos internos efectivos y cumplir con prontitud las sentencias europeas colaborando con el TEDH y el Comité de Ministros<sup>19</sup>.

#### 4. La participación de la sociedad civil en el cumplimiento de las sentencias europeas y las reparaciones de los derechos

*¿A qué llamamos sociedad civil?* Es habitual en nuestros días la llamada a la participación de la sociedad civil en la protección internacional. Toda una tendencia en nuestros tiempos que la sociedad digital parece acrecentar aún más por la mecánica capilar y difusa de las redes sociales, y la contracción del tiempo y del espacio que produce la globalización. ¿Pero a qué llamamos «sociedad civil»? Hablamos de una diversidad de ciudadanos que, de forma colectiva y mediante organizaciones más o menos estables, participan en los procesos de toma de decisiones

<sup>19</sup> He desarrollado estas ideas en GARCÍA ROCA, J., «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH» en la obra de reciente aparición GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters, Cizur, 2022, pp. 29-62.

públicas en diversos asuntos, también en la garantía de los derechos humanos, pero que se ubican, por su misma naturaleza asociativa y voluntaria, fuera de los poderes públicos y las estructuras del Estado. La sociedad civil es un espacio público que se genera por los ciudadanos de forma espontánea, separada e independiente del Estado, con la finalidad de intercambiar informaciones, proponer decisiones y relacionarse con la sociedad política. Puede también contemplarse como una forma de división del poder entre la sociedad y el Estado, dando mayor protagonismo a los ciudadanos. Antonio Gramsci nos advirtió hace décadas —desde una perspectiva comunitarista— que la sociedad civil es una llamada a preservar al pluralismo como valor, huyendo de la hegemonía de un grupo dominante y por consiguiente de la imposición de uniformizaciones en sociedades pluralistas con intereses antagónicos. Sigue siendo una perspectiva muy interesante, porque los derechos fundamentales especifican muy especialmente el valor pluralismo, fortalecen la existencia de grupos intermedios entre el individuo y el Estado tal y como ya nos explicó igualmente Alexis de Tocqueville desde una perspectiva diferente, liberal e individualista. Desde esta comprensión pluralista, inherente a la cultura de los derechos fundamentales, estimo que la participación de la sociedad civil debe crecer en su participación institucional en la protección supranacional de los derechos y no advierto razones para que no deba hacerlo también en la constitucional<sup>20</sup>.

¿La sociedad civil un instrumento de control de la sociedad política? En este contexto, se ha sostenido que la sociedad civil es un instrumento de control y vigilancia de la sociedad política. La sociedad civil debe promover el acceso de grupos vulnerables a las jurisdicciones constitucionales y convencional y llevar a ellas nuevos sujetos e ideas. Así como pueden influir en las decisiones de los poderes públicos, también de los tribunales, sometiendo a una crítica permanente que facilite la transparencia, la comunicación en una comunidad política, el diálogo y el intercambio de razones. También puede contribuir a llevar ante el TEDH, a través de reclamaciones, violaciones de derechos que afecten a intereses generales y difusos, o sean de la titularidad de grupos vulnerables e incapaces de una suficiente autotutela. Mecanismos procesales como son la intervención adhesiva o los *amicus curiae* u otros instrumentos análogos facilitan el acceso a la jurisdicción de nuevos casos y reflexiones. Unas buenas prácticas que llevan tiempo ensayándose en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y deberían trasladarse más al

---

<sup>20</sup> La defensa de un modelo más participativo y transparente en la ejecución de las sentencias del TEDH se hace bien por LAMBERT, E., *The execution of the judgments of the European Court of Human Rights: towards a non coercitive and participatory model of accountability*, Council of Europe Publishing, 2nd edition, 2008. Un modelo donde una pluralidad de órganos, también de la sociedad civil, está implicado en la implementación; diferente del modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea basado en sanciones.

TEDH e incluso a las jurisdicciones constitucionales; algo ha empezado a hacer ya en este terreno de la intervención de terceros la *Corte Costituzionale* italiana siguiendo el modelo del TEDH.

*La labor formativa de las instituciones del Consejo de Europa.* Estas actividades participativas y garantistas, asumidas libremente por personas físicas o jurídicas, formaciones sociales, grupos y entidades privadas con conciencia ciudadana, es diversa en su naturaleza y funciones a diversas actuaciones que el Consejo de Europa ha llevado a cabo p.ej. en la formación de jueces y abogados. Algún punto en común ambas labores complementarias tienen. Recordemos el Programa Europeo para la Formación en Derechos Humanos de los Profesionales Jurídicos, llamado HELP. O la preocupación en la formación de los Abogados en el sistema del Convenio, que impulsaba el Informe de 2005 de Lord Wolf sobre la revisión de los métodos de trabajo del TEDH.

*Publicidad de los procesos, información y participación de entidades de la sociedad civil.* El artículo 61, apartado 10, de las Reglas de procedimiento del TEDH, al regular las sentencias piloto, manda que se publique en la página web del Tribunal información sobre la iniciación de estos procesos, las sentencias que se adopten, su ejecución y las decisiones de cierre de los procedimientos. Es asimismo preceptivo informar al Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Secretario General, el Comisionado para los Derechos Humanos, todos ellos del Consejo de Europa, sobre estas sentencias piloto y cualquier otra sentencia en que el Tribunal lleve su atención a la existencia de problemas sistémicos (apartado 9). Este segundo mandato incrementa la publicidad del primero y ambos se complementan a efectos de reforzar la transparencia de las decisiones del TEDH. Me parece que la previsión del Reglamento tiene interés porque sirve para involucrar a entidades representativas de la sociedad civil en la defensa de derechos reales y efectivos, especialmente de las minorías o de grupos vulnerables, también en fase de ejecución de sentencias, y, sobre todo, para llamar la atención de la opinión pública hacia un problema. Es igualmente — frecuente — ya lo he dicho— la intervención adhesiva y los *amicus curiae* en la jurisdicción europea.

*Sensibilizar a la opinión pública: una garantía institucional.* Debe traerse a colación que, a menudo, los gobiernos y las mayorías parlamentarias de los Estados condenados no tienen interés político alguno, pues no obtiene réditos electorales inmediatos, en ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo, incluso con frecuencia les ocasionan diversos problemas de muy distinta índole a la hora de reparar los derechos dictando medidas individuales y generales de restablecimiento. La participación de entidades de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los derechos e intereses difusos y otras medidas de publicidad y transparencia pueden contribuir a sensibilizar a la opinión pública, y a denunciar el incumplimiento por las autoridades nacionales de las medidas de reparación de terribles violaciones de derechos.



Traeré a colación **Burdov contra Rusia (núm. 2)**, de 15 de enero de 2009, donde se enjuició algunas de las consecuencias del desastre nuclear de Chernobyl en 1986. Muchas de las personas damnificadas no habían recibido una reparación más de veinte años después, pese a las numerosas muertes, enfermedades y graves sufrimientos que padecieron las víctimas directas y sus familiares como víctimas indirectas. Se ha subrayado que la publicidad de esta sentencia contribuyó a sensibilizar a la opinión pública rusa de la situación inhumana en que se encontraban muchos de los damnificados. Quien luego sería Premio Nobel de Literatura en 2015, Svetlana Alexiévich, en la sobrecogedora narración «Voces de Chernobyl», publicada en 1997, dio una espléndida voz a las minorías, personas y familias, preteridas en este escándalo, denunciando con publicidad global algunas inhumanas situaciones. Un libro con un gran impacto que sin duda contribuyó a crear una opinión pública europea antes de la sentencia del TEDH.

Puede, en definitiva, que este tipo de mecanismos institucionales y ligados a la creación de opinión pública, los grupos intermedios o asociaciones, los medios de comunicación y las redes sociales, que no deben verse sólo como una amenaza a los derechos y poderes privados y sujetos activos de violaciones, o la labor de los ciudadanos e intelectuales puedan resultar aliados del TEDH y del Consejo de Europa en la garantía de los derechos en algunos casos. Una curiosa garantía institucional y forma de subsidiariedad, una opinión pública —a veces indignada— que surge desde la base y llega en una corriente hacia arriba al espacio europeo de derechos para impulsar la edificación de una sociedad decente y contribuir a dictar y ejecutar sentencias europeas.

Podría pensarse acaso que —paradójicamente— la opinión pública que probablemente presione para el cumplimiento de los estándares europeos sea aquella más preocupada por los derechos, algo que cabe imaginar que normalmente ocurra en los Estados de Derecho más consolidados. Pero me temo que no sea necesariamente así. Por el contrario, es muy frecuente que grupos, ONGs y asociaciones, minoritarias pero muy activas, defiendan la tutela de los derechos humanos frente a las violaciones en países con tendencias autoritarias, populistas o democracias iliberales donde la mayoría de los ciudadanos no tiene facilidades para hacer valer sus derechos frente a los atropellos de los poderes públicos. Es un indicio que ratifica esta impresión, una muestra, que el TEDH ha anunciado en una noticia de prensa que va a enjuiciar en 2022 la disolución por Rusia de la ONG más antigua en la defensa de los derechos humanos, y, mientras tanto y como medida cautelar, ha suspendido la resolución judicial que disolvía y cerraba esta asociación y sus derivaciones: *International Memorial and the Memorial Human Rights Center*.

## 5. Conclusiones

La teoría de la justicia constitucional europea no se ocupó tradicionalmente de la ejecución de las sentencias constitucionales. Se creía que las sentencias sobre el control de constitucionalidad de las leyes debían ser cumplidas directamente por los demás poderes públicos, singularmente el parlamento, sin indicaciones del Tribunal Constitucional, ya que ésta era una cuestión altamente política, y venía cubierta por la discrecionalidad y libertad de configuración normativa del legislador. Bien es verdad que con el transcurso del tiempo no han sido extrañas sino frecuentes las sentencias interpretativas, e incluso de recomendación legislativa, en las que el Tribunal indica al parlamento orientaciones y medidas de reparación.

Pero, el inicial art 92 LOTC desde 1979 no se ocupaba apenas de la ejecución de las sentencias constitucionales. Ha habido casos flagrantes de sentencias de invalidez de la ley donde no se expresaba adecuada y suficientemente cómo se debía reparar la inconstitucionalidad, y las incertidumbres eran grandes para los destinatarios, los poderes públicos obligados a cumplir las sentencias. No menos cierto es que las sentencias constitucionales no eran en la práctica objeto de flagrantes incumplimientos. Otra cosa distinta es que su doctrina fuera seguida con mayor o menor lealtad y se produjeran series habituales o sagas repetitivas de los mismos vicios.

La situación cambió en 2015 cuando se modificó este precepto legal a raíz de las constantes y frontales desobediencias de las resoluciones del Tribunal Constitucional por parte del Parlamento y el Gobierno de Cataluña durante un proceso unilateral y al margen del Derecho de intento de secesión y reiteradas desobediencias. Una situación excepcional en una jurisdicción constitucional y en un Estado de Derecho, casi revolucionaria. El legislador quiso entonces ocuparse de la efectividad de las resoluciones constitucionales e incorporó un mecanismo inspirado por la jurisdicción contencioso-administrativa, introduciendo una batería de medidas (multas coercitivas, suspensión de funcionarios y autoridades, imposición de una ejecución sustitutoria, deducir testimonio para exigir la responsabilidad penal por desobediencia, suspensión de medidas adoptadas incluso de oficio), algunas de las cuales eran de discutible oportunidad y constitucionalidad. Pero el Tribunal declaró la constitucionalidad de la reforma legal en dos sentencias que albergaban unos duros votos disidentes. Más crítica fue la Opinión de la Comisión de Venecia, quien pidió, de un lado, el acatamiento de las sentencias constitucionales por parte de todos los poderes públicos en un Estado de Derecho, y, de otro, recomendó que no se utilizaran algunos de estos instrumentos. De hecho, el Tribunal ha sido muy prudente en el uso de estos mecanismos y no ha usado algunos de ellos.

El avance de la jurisdicción constitucional española hacia la supervisión del cumplimiento de las sentencias e incluso su ejecución forzosa deriva pues de una

situación anómala y excepcional, un intento de destrucción de la Constitución, y no se ha aplicado a situaciones ordinarias. Ignoro si puede haber situaciones semejantes en democracias iliberales y autoritarias de las que llevan tiempo emergiendo en Europa.

Otro escenario distinto, y por ello susceptible de comparación y diferenciación, es el natural avance de la jurisdicción del TEDH hacia la supervisión de la ejecución de sentencias fortaleciendo el haz de facultades de su jurisdicción, y ocupando un espacio integral más allá de dictar medidas cautelares y el enjuiciamiento de las violaciones de derechos. El diseño original del sistema del Convenio dejaba la ejecución de las sentencias en manos de los Estados miembros y la concebía como unas obligaciones de resultados con amplia libertad en los fines y los medios. El Comité de Ministros, un órgano de naturaleza política, supervisaba —y lo sigue haciendo— en distintas formaciones la ejecución de las sentencias, sometiendo a los Estados demandados e incumplidores a la presión política y diplomática de sus pares. La ejecución de las sentencias se fundaba en un modelo político como en la jurisdicción constitucional europea.

Este esquema teórico no se ha abrogado, pero, actualmente, mediante un conjunto de buenas prácticas el departamento de ejecución del TEDH colabora con el Comité de Ministros en los llamados «*human rights meetings*» y con los Estados en una supervisión reforzada de algunos de los casos más importante —no podría hacerse con todos-. Se ha generado un procedimiento de supervisión orientado por los principios de publicidad, participación y transparencia donde se elaboran planes de acción e informes de ejecución. Sin duda, esta herramienta refuerza la jurisdicción convencional europea en situaciones ordinarias o normales, aunque por ahora solo pueda aplicarse a sentencias piloto, cuasi piloto, violaciones sistemáticas o casos de singular importancia.

La jurisdicción convencional europea está también creando un sistema participativo de diversos órganos en la ejecución de las sentencias, incluidas entidades y asociaciones de la sociedad civil que llevan casos al TEDH, participan como *amicus curiae* y controlan o vigilan la ejecución, reforzando la comunicación con las comunidades políticas en el espacio europeo.

Creo que deberíamos reflexionar seriamente acerca de si algunas de estas prácticas de la jurisdicción convencional europea podrían trasladarse a nuestros distintos tipos de jurisdicción constitucional europea modernizándola y ahondando en su evolución<sup>21</sup>. Que la opinión pública y la sociedad civil llegue en una corriente hacia arriba a la hermética jurisdicción constitucional mediante diversas técnicas.

---

<sup>21</sup> Puede consultarse el denso estudio de CRUZ VILLALÓN, P. «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en Europa» en *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, VON BOGDANDY, A. y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. M: (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 49-128.



# LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y TÉCNICA DE CONSTRUCCIÓN

OSVALDO A. GOZAÍNI  
*Profesor de la Universidad de Buenos Aires*

## 1. Objetivo de la presentación

1.1. En nuestra obra publicada en la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, con el título «Teoría de la Sentencia Constitucional», aventuramos una hipótesis de trabajo destinada a demostrar que las sentencias constitucionales no se pueden instalar entre los contenidos de la teoría general del proceso, y menos aún fomentar que el diseño estructural pueda ser reglamentado en un código de formas para los procedimientos.

Nuestra idea era (y es) fomentar la autonomía científica del derecho procesal constitucional, fundamentalmente basada en las diferencias notorias que tiene el proceso constitucional en la puerta de entrada (acceso a la justicia y a los jueces); y en la decisión que se adopta, cuya construcción se rige por principios diferentes a los de cualquier otro proceso. Ello así, toda vez que la sentencia se define desde la interpretación y no desde principios como el dispositivo, el de congruencia, o de la cosa juzgada, al evitar ser un pronunciamiento dirimente (uno gana y otro pierde), para resolver con la Constitución y los Derechos Humanos, antes que dando razones y derechos individuales.

1.2. En la elaboración teórica coadyuva el modelo técnico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, con el uso del control de convencionalidad, fue desarrollando un modelo de construcción diferente al tradicional (presentación del caso; consideraciones de hecho y de derecho, y sentencia definitiva) dando espacios a la creatividad del tribunal y a un patrón muy alejado de la justicia divisora que, como antes señalamos, solo levanta la mano del ganador, dando algunas razones y motivos.

Con la ponencia se persigue determinar la naturaleza jurídica de la llamada «sentencia constitucional». Concepto que puede despertar confusiones inmediatas en los países donde el control de constitucionalidad lo tienen todos los jueces, de modo que al aplicar en sus decisiones el principio de la supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, cualquier sentencia sería constitucional por sus efectos.

Pero, en lugares donde el control de constitucionalidad es *concentrado*, el desconcierto es menor, porque la sentencia que profiera el Tribunal (político o jurisdiccional) será constitucional por esencia, y derivación directa de la teoría del órgano, que define la naturaleza de la decisión por la institución de la que proviene.

Inclusive puede ocurrir que el sistema permita que sean tribunales especiales y jueces ordinarios los que fiscalicen el cumplimiento de la Norma Fundamental, supuesto en los que la naturaleza constitucional de la sentencia podrá ser compartida.

Aún más, en los llamados procesos constitucionales (amparo, *habeas data*, *habeas corpus*, acción de cumplimiento, acción popular, etc.) la sentencia dictada, lógicamente también sería «constitucional», en este caso por el tipo de procedimiento, así como por los efectos y alcances del pronunciamiento.

Lo cierto es que el panorama está abierto a varias interpretaciones, llevando a la necesidad de definir cuándo se está ante una sentencia constitucional y poder, así, cualificar su esencia y calidad.

1.3. La cuestión central reposa en la construcción de la sentencia. En primer plano queda de manifiesto que es diferente de una decisión común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada reside en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de testimonios puede quedar en segundo plano por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional.

Es en este tramo donde anida buena parte del desarrollo doctrinario, que sin haber analizado el presupuesto anterior (naturaleza jurídica), clasifican las sentencias constitucionales sin explicar por qué se pueden apartar del modelo tradicional de elaboración<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GOZÁÑI, O. A.; «Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes». Publicado en: La Ley, 2007-D, del 8 de agosto de 2007. También en: *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Editorial Porrúa, México, 2011 (1ª edición), p. 153.

## 2. Fines y objetivos de la sentencia constitucional

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

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

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

2.2. Es en este territorio donde se ha de definir si la sentencia constitucional es creadora o recreativa de derechos; o si construye en los principios generales una nueva fuente de recurrencia; ¿será de naturaleza política?, en fin, estos y otros interrogantes abren algunos de los planteos a desarrollar.

Díaz Revorio, en una obra que puede quedar afincada entre los clásicos de la materia, señala que no son menores estos problemas, y más aún cuando se trata de entender que el objeto del control es únicamente la norma. Pero como siempre, entre el blanco y el negro existe un sinfín de matices grises, y algunas opiniones doctrinales que han defendido que el objeto del control de constitucionalidad no es exclusivamente el texto o la norma. En Italia, Delfino ha distinguido entre: *a)* la abrogación —cesación de la eficacia—, que debe operar exclusivamente sobre la norma —y solo sobre la norma que ha dado lugar a la antinomia—, sin extender sus efectos al acto-fuente o disposición legislativa (la extinción de la norma no determina en sí misma la extinción de la ley), y *b)* la declaración de ilegitimidad constitucional, que recae directamente sobre la ley o acto-fuente. También se ha dicho que los pronunciamientos de la Corte inciden en primer lugar y normalmente sobre textos, pero también sobre normas, cuando no existe correspondencia unívoca entre texto y norma y el mantenimiento de la disposición se justifica porque también derivan de ello normas constitucionales [...] <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> DIAZ REVORIO, F. J.; *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional núm. 44, Editorial UNAM — Porrúa, México, 2011, pp. 19/20.

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

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

En un sistema de control difuso está diluida esta posibilidad, pero en los modelos de control jurisdiccional concentrado, y también en los sistemas políticos, propiamente dichos, como son los tribunales europeos, la posibilidad deja de ser una expectativa, pues se encuentran muchas resoluciones de tal carácter y condición.

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

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

Agrega García Belaunde que las sentencias constitucionales son un tipo procesal. Esto es, son tan sentencias como las otras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> GARCÍA BELAUNDE, D.; *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales*, Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM



Hoy día la eficacia del servicio jurisdiccional se mueve con autonomía de cuánto realizan las partes contendientes, al punto de confirmar la existencia de una función social del juez en el proceso<sup>4</sup>, que dinamiza un dominio más amplio que el del control de constitucionalidad.

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

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

No es discutible este poder de interpretación en los tribunales constitucionales, que por su condición de ser el último intérprete, podrán proyectar la jurisprudencia como vinculante. Pero no es posible igual afirmación en los sistemas de control difuso puro, donde la revisión de la jurisprudencia es constante, a diferencia de las decisiones de los tribunales constitucionales que no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno<sup>5</sup>.

### 3. Elaboración técnica y argumental

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

---

<sup>4</sup> GOZAÍNI, O. A.; *La Función Social del Juez*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2012.

<sup>5</sup> La única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo [...] «No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra», todo ello sin perjuicio, de considerar a inicios del siglo XXI la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos y la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada (NOGUEIRA ALCALÁ, H.; «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur», en: *Revista Ius et Praxis* Año 10 núm. 1, Talca, 2004, pp. 113-158).

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

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

En nuestra historia, el deber de fundamentación es una condición para la validez de las sentencias<sup>6</sup>; para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto<sup>7</sup>; y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial. La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa.

3.2. Ahora bien, apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino pero no asegura la legalidad constitucional de cuanto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. En España, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se ensancha con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía<sup>8</sup>.

Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa *fundar* una sentencia en ley (de modo que si la ley se aplica no hay conflictos eventuales) respecto a *motivar* la decisión (que radica el fundamento en el aporte de razones). La distancia puede ser importante teniendo en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

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

Atienza Rodríguez señala que ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos

<sup>6</sup> Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Fallos) 274:260; 283:86; 295:95, entre otros.

<sup>7</sup> Fallos 244:521; 259:55.

<sup>8</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.; *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 355.

cuando: 1°) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2°) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3°) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4°) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento<sup>9</sup>.

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

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

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

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

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

Dice Ruiz Lancina que, cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de

---

<sup>9</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; «Sobre lo razonable en el derecho», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (septiembre/diciembre 1989), p. 32.

aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales<sup>10</sup>.

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

3.6. Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el «derecho al plazo razonable», el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

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

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

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

## 4. Modelos de implementación

4.1. El juez constitucional, sin importar el modelo previsto para el control, afronta con los cuestionarios antedichos un problema de redacción y elaboración.

---

<sup>10</sup> RUIZ LANCINA, M. J., «La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española», en: *Noticias Jurídicas* — página web, 2002 (Consulta del 23 de febrero de 2022).

El primer punto que debe superar es la guía que aportan los códigos procesales, los que suelen dividir el pronunciamientos en las clásicas tres partes de resultandos, considerandos y parte dispositiva o fallo propiamente dicho.

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

Así lo expresa el art. 163 inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (código federal), pero la previsión se dirige a los procesos comunes, donde no tienen cabida los procesos constitucionales que suelen tener leyes especiales, que aplican dicho ordenamiento adjetivo en forma subsidiaria.

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

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

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

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

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

Vale decir, no atenderá las cuestiones de legitimación procesal (derechos o intereses del que pide) sino la entidad de las garantías individuales o colectivas que se perturban (derecho constitucional afectado).

En otras palabras, los juicios constitucionales miran la Constitución; los procesos comunes al código procesal.

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

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

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

García Tomá afirma que [...] la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad apunta a orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación que estos realicen en los procesos a su cargo: amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos<sup>11</sup>.

4.5. En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen áreas singulares que trascienden cuanto responde al pronunciamiento definitivo. No solo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también, todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado.

---

<sup>11</sup> GARCÍA TOMÁ, V.; *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Editorial Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f, p. 34.

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

El *obiter dicta*, es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las «consideraciones generales», las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide. El *obiter dicta*, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación»<sup>12</sup>

En cambio la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional<sup>13</sup>.

## 5. Cosa juzgada constitucional

5.1 La sentencia constitucional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al legislador, una fuente de derechos donde podrán abreviar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos.

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

Como dispone el artículo 243 de la Constitución, en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, el efecto de cosa juzgada también se predica de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de asegurar

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: C-241/10

<sup>13</sup> La *ratio decidendi*, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la «formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. (...) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por «los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive», sin los cuales «la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento» (Sentencia C-241/10, citada *ut supra*)

la integridad y la supremacía de la Carta. En el contexto del control constitucional de las leyes, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y el respecto de la confianza legítima, en la medida en que evita que se reabra el juicio de constitucionalidad de una norma ya examinada y que una disposición declarada inexecutable sea reintroducida en el ordenamiento jurídico. Además, contribuye a racionalizar las decisiones de la Corporación, puesto que exige que sus decisiones sean consistentes y hagan explícita la *ratio decidendi*, así como su fundamento constitucional [...].

Para que pueda hablarse de la existencia de cosa juzgada en estricto sentido, es preciso que la nueva controversia verse (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior. La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta; mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente. Existen eventos en los que en apariencia una controversia constitucional es similar a otra ya analizada por la Corte, pero que examinada más a fondo contiene diferencias desde alguna o las dos perspectivas anteriores, que hacen imposible hablar de la presencia de cosa juzgada en sentido estricto. Ejemplo de esos casos son los que la Corte ha clasificado bajo doctrinas como la de la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente, entre otras<sup>14</sup>.

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

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

5.2. Al mismo tiempo, se puede tomar de la sentencia constitucional una cosa juzgada de tipo dispositivo general. Cuánto se haya resuelto y ordenado ejecutar tiene un alcance «*erga omnes*» que adquiere una notoria capacidad preceptiva. Sea cuando la disposición construye una nueva fuente de derechos o recrea los existentes bajo la forma de una sentencia constitucional propiamente dicha; o

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-220/11.



cuando deniega la vía, en cuyo caso, el acuse de inconstitucionalidad, o de ilegitimidad, o en su caso de ilegalidad, quedará obturado por la imposibilidad de replanteo.

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

Similar planteo se desprende del derecho comparado, en los cuales la particularidad de la cosa juzgada constitucional se limita en las denegatorias que permiten revisiones constantes, sin importar los límites ya referidos de personas u objetos.

Algunos argumentan que tratándose del control abstracto de normas resulta aún más cuestionable la existencia de la cosa juzgada. Donde no hay verdaderas partes, dado que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad. No hay un conflicto de hecho entre éstas. No puede aplicarse a la sentencia absolutoria la institución en análisis, ya que ésta dice relación con una situación concreta e individualizada. Sería simplemente una interpretación de la ley. Luego, nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior, ya que puede interpretar la ley de manera distinta<sup>15</sup>.

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

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

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

Sin embargo, el aspecto procesal tiene fuertes resistencias apenas se ve en la cosa juzgada un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica, o en el

---

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ, T. R. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Cívitas, (5ª edición 1992), Madrid, p. 153.

derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia, sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos], parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho [de propiedad]. En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la cosa juzgada en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como a través de una regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de condenas dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la «intangibilidad» de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada<sup>16</sup>.

5.4. Para sintetizar los aspectos de la ponencia, cabe exponer el mensaje de la sentencia constitucional en orden a reconocer la parte de ella que hace cosa juzgada.

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

Los fundamentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> GARRIDO, M.; «La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada», en: *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, *Ad Hoc — Cels —* Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, pp. 88 y ss.

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-131/93.

Esto no es un problema menor. Los fundamentos de una sentencia expresan la resolución del caso en un tema concreto, y el valor normativo en una cuestión abstracta. En juicios ordinarios la cosa juzgada es un efecto propio de la decisión; mientras que en los constitucionales es una cualidad de la sentencia<sup>18</sup>.

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

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

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

Bien dice Nogueira Alcalá que [...]

Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional<sup>19</sup>.

## Referencias bibliográficas

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel.; «Sobre lo razonable en el derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (septiembre/diciembre 1989), p. 32

<sup>18</sup> RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.; «Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno», en: *Estudios Constitucionales*, volumen 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006, pp. 585-609.

<sup>19</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H.; *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, op. cit., pp. 113-158.

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992
- DÍAZ REVORIO, F. JAVIER, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 44, UNAM — Porrúa, México, 2011.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales*, Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM
- GARCÍA TOMÁ, VÍCTOR, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f
- GOZAÍNI, OSVALDO A.;
- *Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes*. Publicado en La Ley, 2007-D, del 8 de agosto de 2007.
  - *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, tomos I y II, Editorial Porrúa, México, 2011 (1ª edición).
  - *La Función Social del Juez*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2012.
  - *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, tomos I a IV, Editorial La Ley (Argentina), Buenos Aires, 2016.
  - «Teoría de la sentencia constitucional». *Revista de la colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 114, Editorial Porrúa, México, 2021 (2ª edición).
  - *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2021
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», *Revista Ius et Praxis*, Año 10, núm. 1, Talca, 2004
- GARRIDO, Manuel, *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, Revista Argentina de Derechos Humanos año 1 n° 0, Ad Hoc — Cels — Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001
- RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, «Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno», *Estudios Constitucionales*, volumen 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006
- RUIZ LANCINA, María José, «La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española», *Noticias Jurídicas* — página web, 2002.

# EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN RUSIA

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ  
*Letrada del Tribunal Constitucional de España*

## 1. El impacto del TEDH: de las medidas individuales a las medidas generales... ¡incluso en Rusia!

Durante años me he dedicado al estudio del impacto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), tanto en España como en otros países del Consejo de Europa<sup>1</sup>. Además, lo he hecho tanto desde la perspectiva de los efectos directos, ahora diría individuales, de sus sentencias, lo que de forma reduccionista se ha llamado ejecución de estas sentencias, como desde la perspectiva de sus efectos indirectos, hoy generales, y muy en particular, el efecto de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo como instrumento armonizador, no homogeneizador, del estándar europeo de derechos humanos.

Cuando comencé la investigación en torno a la efectividad de las sentencias del TEDH poco podía imaginar que aquellos efectos directos, reducidos en muchas ocasiones al pago de la satisfacción equitativa, alcanzarían, con el paso de los años, también a la posible revisión de procesos internos sobre los que recaía cosa juzgada, a la puesta de libertad de los recurrentes o a la devolución de las tierras expropiadas sin las debidas garantías. Es más, a estos efectos individuales de las sentencias europeas, se añadirían cada vez con mayor normalidad y mayor nivel de exigencia las llamadas medidas generales. Estas, a diferencia de las individuales, serían las que supondrían el impacto más notable de los sistemas internos de garantía puesto que implican modificaciones en prácticas administrativas o judiciales, normas de todo rango, incluso constitucionales, y que suponen un elemento

---

<sup>1</sup> Por todas, ahora, Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, serie 'Estudios constitucionales'. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

de transformación de los sistemas nacionales de garantía en aras de su mejora, impulsada desde el sistema europeo de tutela de los derechos humanos.

Durante muchos años esta transformación se produjo, en gran parte, gracias al efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH: la interpretación y estándares reconocidos por Estrasburgo en un asunto entraba a formar parte del acervo convencional al que los Estados debían tender si aquel era más garantista que el propio sistema nacional. Cada sentencia era una indicación de cual el alcance del Convenio en cada momento histórico. Con el paso de los años, sin embargo, no tanto el Tribunal, sino que el Comité fue integrando en sus exigencias para dar cumplimiento —concepto mucho más completo y comprensivo de la naturaleza del sistema europeo que el de ejecución— a las medidas individuales concretas, pero también a las medidas generales. Es cierto que, en ocasiones, estas medidas tardan años en adoptarse, pero la estructura del Comité de Ministros dedicada a este fin, fortalecida en las últimas décadas, intenta que sean cuantos más casos mejor los que puedan ser cerrados con todo el acervo de medidas adoptadas. Así, en el fondo, se hace efectivo el principio de subsidiariedad que rige el sistema europeo de garantía, y que depende, a la postre, del buen hacer en materia de derechos humanos de los estados.

Llegados a este punto me pareció que un ejemplo del impacto que puede llegar a tener el TEDH a través de sus sentencias y de la labor de seguimiento de su cumplimiento que lleva a cabo el Comité de Ministros podría ser observar en qué medida un país como Rusia, en el extremo casi opuesto de los es un estado de Derecho democrático, también se ha beneficiado de pertenecer al Consejo de Europa durante más de 25 años. Y a eso, precisamente, dedicaré las próximas páginas<sup>2</sup>.

## 2. Rusia en el Consejo de Europa

### 2.1. LAS BUENAS INTENCIONES: ACERCARSE A LOS VALORES OCCIDENTALES DE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

Rusia entró a formar parte del Consejo de Europa bajo la presidencia de Boris Yeltsin en 1996<sup>3</sup> y, 26 años después, siendo presidente Vladimir Putin, ha sido ex-

---

<sup>2</sup> En las próximas páginas no pretendo hacer tanto un estudio exhaustivo del tema propuesto, sino, más bien, plantear el contexto en el que se ha producido la salida de Rusia del Consejo de Europa, tanto político como institucional. Rusia debía ser expulsada, sí, pero desde el punto de vista de la tutela subjetiva de los derechos humanos, no puede dejarse de lado lo que formar parte de esta organización ha supuesto para cientos de miles de particulares. La pertenencia al Consejo de Europa suponía que sobre Rusia existiera una cierta transparencia sobre sus actividades y su efecto sobre los derechos y libertades básicas; ahora, esa ventana abierta (o medio abierto, incluso) se ha cerrado.

<sup>3</sup> Concretamente, el 28 de febrero de 1996.

pulsada de dicha organización como consecuencia de la invasión militar de Ucrania, el 24 de febrero de 2022, país que también forma parte de la organización europea<sup>4</sup>.

Sirva como contexto para el objeto de este texto recordar que el Consejo de Europa, organización internacional creada en 1949 por 10 Estados<sup>5</sup>, nace paralelamente a la Unión Europea, entonces Comunidades Europeas, después de la Segunda Guerra Mundial, con la intención de crear un espacio europeo seguro, en paz, en el que imperase el Estado de derecho democrático. A diferencia de lo que hoy es la Unión Europea, el Consejo de Europa se erigió como una organización internacional de cooperación, no de integración política, a la que pudiera sumarse el mayor número de estados siempre que se cumplieran unos estándares comunes mínimos en materia de Estado de derecho, democracia, derechos humanos y cohesión social.

A lo largo de siete décadas, el Consejo de Europa se ha convertido en una plataforma política y jurídica de referencia en el establecimiento de estándares en materias relacionadas con el estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales, tratando, en su labor, de acomodar y respetar la heterogeneidad que la define; de aquellos 10 primeros estados fundadores, hoy son 46 Estados los que la componen:



<sup>4</sup> Ucrania entró a formar parte del Consejo de Europa el 9 de noviembre de 1995.

<sup>5</sup> Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia.

El Consejo de Europa ha desarrollado su función a través de sus instituciones estatutarias, el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y la Secretaría General, a las que se sumó el Comisionado de Derechos Humanos en 1999, y de diferentes mecanismos de control de las obligaciones internacionales a las que se comprometen sus miembros.

En este contexto, la ‘joya de la corona’ es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), catálogo de derechos individuales, civiles y políticos (aunque el derecho de sufragio fue incorporado mediante el primero protocolo facultativo al CEDH). Aprobado en 1950, pensado en plena Guerra Fría y, por ello, muy cuidadoso en la elección de sus contenidos (quedaban fuera los derechos sociales y todo aquello que recordara a reivindicaciones comunistas), se ha ido ampliando con el paso de los años, mediante protocolos adicionales con nuevos derechos a los que los estados pueden decidir obligarse. La tutela de estos derechos queda en manos del TEDH, una jurisdicción internacional ante la que cualquier persona bajo la jurisdicción material de un Estado parte puede interponer una demanda.

A este entramado jurídico se sumó Rusia en 1996, pese a estar muy lejos de los valores y principios que aquel defiende<sup>6</sup>, en una estrategia política del Consejo de Europa tras la caída del Muro de Berlín para conseguir sumar a los países del antiguo bloque soviético a sus estructuras democratizadoras. Era la forma de esta organización paneuropea de contribuir a que la Guerra Fría fuera finalmente superada en el continente europeo<sup>7</sup>. De hecho, fue la Asamblea Parlamentaria la que insistió en su entrada por considerar que era mejor tenerla dentro, que fuera del ámbito de influencia<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, la entrada de Rusia suponía, prácticamente la consecución de dicho objetivo puesto que su entrada se produjo después de que ya lo hubieran hecho Hungría (1990), Polonia (1991), Bulgaria

---

<sup>6</sup> Cfr. MÄLKSOO, L., «Introduction. Russia, Strasbourg and the paradox of a human rights backlash», en MÄLKSOO, L., y BENEDEK, W., (eds.), *Russia and the European Court of Human Rights*, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2018, pp. 4 y 5. A este respecto, resulta interesante leer, en el mismo libro, el capítulo de ROTER, P. «Russia in the Council of Europe: participation à la carte», pp. 40-42, en la que se explica cuáles eran las deficiencias detectadas por la propia Asamblea del Consejo de Europa respecto del proceso que iban a afectar directamente en la socialización en materia de derechos

<sup>7</sup> De hecho, esta estrategia fue compartida por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, OSCE. Esta organización, fundada sobre el Acta Final de Helsinki, firmada el 1 de agosto de 1975, durante la década de 1980, se convirtió en una de las pocas plataformas de diálogo entre el bloque del Este y Occidente, así como entre los países neutrales y no alineados. A este respecto, K. MALFLIET señala que antes de entrar en el Consejo de Europa, Rusia se sumó a la idea de una Europa más amplia convirtiéndose en estado fundador de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), que después se convertiría en la OSCE; cfr. MALFLIET, K., «Ruxit: A Turning of the Plot in Europe-Russia Relations», en Eric Bylander; Anna Jonsson Cornell; Jakob Ragnwaldh (ed), Editorial Uppsala Iustus Förlag, 2019, p. 218.

<sup>8</sup> MALFLIET, K., «Ruxit...», *op. cit.*, 219.



(1992), Estonia, Lituania, República Checa y Rumanía (1993), Albania, Letonia, República de Moldavia Rumanía y Ucrania (1995); Georgia entró en 1999<sup>9</sup>. De hecho, solo Bielorrusia quedó fuera de este proceso.

En mayo de 1998, Rusia ratificó el CEDH, y con posterioridad, fue firmando, no siempre pacíficamente, tanto los protocolos de reforma del sistema de tutela que ejerce el Tribunal Europeo como los protocolos de incorporación de nuevos derechos. No se logró, en cambio, que se sumara a la prohibición general de discriminación (Protocolo núm. 12 al CEDH) o la abolición total de la pena de muerte (Protocolo núm. 13 al CEDH). A este respecto, no obstante, es importante señalar que el Gobierno ruso dictó en 1977 una moratoria en la aplicación de la pena de muerte, al haberse declarado el Consejo de Europa un espacio libre de la pena capital.

En todo caso, la aceptación de la Rusia postsoviética de someterse a un control externo de la actividad de sus estructuras y órganos de poder en relación con los derechos humanos supuso un hito histórico<sup>10</sup>. En efecto, desde su ratificación del Convenio Europeo Rusia pasaba a quedar sometida a la jurisdicción, esto es, el control, del Tribunal de Estrasburgo en aquellos relacionado con el respecto y garantía de los derechos y libertades recogidos en dicho Convenio, de la misma forma que el resto de Estados parte de este instrumento internacional, entre los que estaban los estados de la Unión Europea. El estándar europeo pasaba a ser también parámetro de control de las autoridades rusas.

## 2.2. LA PARTICIPACIÓN DE RUSIA EN LAS ESTRUCTURAS DE TUTELA DEL COE

Es innegable que Rusia ha sido un estado de suma importancia para el Consejo de Europa. Tanto por su peso geoestratégico, importantísimo en el seno de una organización como la de Estrasburgo, como por su aporte presupuestario a la organización, pero, incluso, como reto. En efecto, Rusia ha plantado resistencias que otros países de su entorno, incluso del supuesto privilegiado occidente europeo<sup>11</sup>, también han hecho. Por tanto, Rusia, que se convierte en un verdadero problema a partir de la anexión ilegítima de Crimea en 2014, había entrado en el

---

<sup>9</sup> Sobre el proceso de ampliación experimentado por el Consejo de Europa tras la caída del muro de Berlín, *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 103 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. MÄLKSOO, L., «Introduction. Russia, Strasbourg and the paradox of a human rights backlash», en MÄLKSOO, L., y BENEDEK, W., (eds.), *Russia and the European Court of Human Rights*, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2018, p. 3.

<sup>11</sup> Las luchas con Reino Unido son un continuo.

proceso de socialización europeo lentamente, con numerosas dificultades, algunas comunes a otros estados parte<sup>12</sup>.

Muestra de ello es que Rusia se sumó a muchos de las estructuras de control del Consejo de Europa. Como se ha mencionado más arriba, las diferentes instituciones y órganos de supervisión de esta organización internacional desarrollan su tarea a través de diferentes instrumentos, a veces más cercanos a la negociación diplomática y política, pasando por funciones de *standard setting*, hasta al control jurídico que ejerce el TEDH. Estos órganos, en el ejercicio de sus propias competencias y facultades, han posibilitado mejoras en los estándares de tutela de los derechos fundamentales en Rusia. Así, además de ser parte del CEDH, la Rusia ha sido parte, entre otros, de los siguientes instrumentos<sup>13</sup>:

- a) Carta Social Europea Revisada (CSE): Rusia firmó la CSE Revisada el 14 de septiembre de 2000 y la ratificó el 16 de octubre de 2009, aceptando 67 de los 98 párrafos de la Carta, sin aceptar el Protocolo Adicional que prevé un sistema de Reclamaciones Colectivas. Desde 2011 a marzo de 2022 Rusia envió 10 informes sobre la aplicación de la CSE en su territorio.
- b) Rusia ratificó el Convenio europeo de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes en 1998 y desde entonces quedó sometido al escrutinio del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura que consiste, esencialmente, en la realización de visitas a los lugares de privación de libertad (para menores o inmigrantes detenidos, comisarías de policía, hospitales psiquiátricos, sobre todo) para evaluar el trato que reciben las personas allí retenidas. Rusia recibió 30 visitas del Comité, a las que siguieron 26 informes de los 4 Rusia admitió que si hicieran públicos. El Comité ha visitado numerosos centros penitenciarios y comisarías en las que hay personas bajo custodia policías; también han sido objeto de examen las llamadas colonias penitenciarias y algunos hospitales psiquiátricos. El Comité prestó especial atención al trato y las condiciones de las personas privadas de libertad (condiciones higiénicas, servicios de salud, alimentación, masificación, etc).
- c) Respecto de los derechos a la igualdad y no discriminación, en el marco de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI por sus siglas en inglés), creada en 1994, se abordaron discriminaciones por

<sup>12</sup> Cfr. ROTER, P, pp. 45 y 46 especialmente

<sup>13</sup> La lista completa puede encontrarse en <https://www.coe.int/en/web/conventions/by-non-member-states-of-the-coe-or-the-european-union?module=treaties-full-list-signature&Code-Pays=RUS&CodeSignatureEnum=&DateStatus=07-25-2022&CodeMateries=> (última visita, 1 de julio de 2022).

razón de orientación sexual, nacionalidad (o apátridas), entre muchas otras, pero también la falta de órganos independientes en la administración que fiscalizaran estos problemas casi estructurales. Rusia ratificó en 1998 el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que establece un sistema de seguimiento para evaluar cómo se aplica el tratado en los Estados parte. Cuenta con Comité consultivo que adopta recomendaciones para mejorar la protección de las minorías. Por último, Rusia nunca llegó a ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005) y no se sometió, por tanto, a la supervisión del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA por sus siglas en inglés).

- d) En el ámbito de la corrupción institucional, política y económica, Rusia ha aceptado la supervisión del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), que supervisa el cumplimiento de las normas anticorrupción del Consejo de Europa con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción; el Comité de expertos MONEYVAL, comité que evalúa la eficacia de las medidas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en los Estados miembros del Consejo de Europa que no son miembros del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). También formaba parte de la COP198, la Conferencia supervisora del cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, búsqueda, incautación y decomiso de los productos del delito y sobre la financiación del terrorismo.
- e) En relación con el buen funcionamiento de la justicia, Rusia formaba parte de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) y del recién creado Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE).
- f) Finalmente, cabe destacar que Rusia era miembro de la Comisión de Venecia (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho).

### 3. Resistencias ante la labor del TEDH

#### 3.1. UNA REALIDAD INCÓMODA PERO NO GENERALIZADA

En los últimos años se ha recrudecido una corriente de crítica creciente entre diferentes actores de diferentes países en contra de la labor de tutela que ejerce el TEDH. Estas críticas están fundamentadas en diversas razones y, de hecho, no está claro que sea una tendencia generalizada y trasversal entre actores y países, sino que podría tratarse más bien de un conjunto aislado de críticas más o menos

fundamentadas, no tanto contra la existencia del Tribunal de Estrasburgo, sino contra su funcionamiento y algunas de sus decisiones. En el trabajo de POPELIER, LAMBRECHT, y LEMMENS<sup>14</sup> se analizan datos y realidades relevantes a la hora de acotar en sus verdaderos términos las críticas o resistencias al sistema europeo de garantía. Entre las principales conclusiones destaca que, aunque es cierto que existen críticas, estas no están ni tan extendidas ni son tan generalizadas como pudiera parecer. Y ello porque las voces contrarias al sistema, o a su actual papel en el espacio judicial europeo, han sido, en ocasiones, sobredimensionadas y, en otras, se trata más de una percepción o un estado interesado de la opinión pública, pero no un desenganche del sistema<sup>15</sup>. En esta línea se ha dado mucha envergadura a las posiciones ciertamente airadas contrarias al sistema de tutela europeo, a su existencia, provenientes de determinados sectores británicos. De hecho, seguramente es el único país en el que existe una voluntad real, por parte de determinados actores políticos e institucionales, de abandonar el CEDH. Esta actitud, sin embargo, no debe sorprender porque no es nueva<sup>16</sup> y, además, se enmarca en una tendencia británica de rechazo a toda afectación o control externo sobre sus poderes soberanos, como claramente ha demostrado su decisión de salir de la Unión Europea. De hecho, el trabajo de los profesores belgas muestra que, en general, la oposición política viene de la derecha más conservadora, de los euro-escépticos y de los populismos que ven en el control que ejerce el TEDH un ataque a la soberanía. Se trata, por tanto, más bien de un posicionamiento ideológico y no una reacción jurídica al mal funcionamiento del sistema europeo.

Las causas principales de las resistencias se atribuyen al grado de intervención del TEDH que para algunos es demasiado intenso y no es, además, respetuoso con las sus particularidades domésticas<sup>17</sup>. A veces el carácter evolutivo de la interpretación que realiza el TEDH del CEDH es percibido como una imposición de deter-

---

<sup>14</sup> POPELIER, P.; LAMBRECHT, S.; y LEMMENS, K., *Criticism of the European Court of Human Rights : Shifting the Convention System : Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Interseta, Bruselas, 2016.

<sup>15</sup> Teniendo en cuenta, además que, en general, la clase política y la opinión pública conocen poco el sistema europeo de tutela.

<sup>16</sup> Cfr., por ejemplo, BATES, E., «British Sovereignty and the European Court of Human Rights», *The Law Quarterly Review* 128, no. July (2012). Entre las más recientes, BRAYSON, K., «Securing the Future of the European Court of Human Rights in the Face of Uk Opposition Political Compromise and Restricted Rights», *International Human Rights Law Review*, no. 6 (2017). Leiden, 2017 | doi 10.1163/22131035-00601001 brill.com/hrlr \* All online sources were last accessed 30 December 2016. Abstract This article highlights transnational consequences for access to justice of political post-turing by national governments in respect of the European Convention on Human Rights (echr

<sup>17</sup> Una crítica más velada aparece en relación con la selección de los jueces, crítica que no es nueva, por cierto, ante las que el TEDH y el resto de actores del Consejo de Europa son sensibles. De hecho, en la Declaración de Copenhague, aprobada en abril de 2018, dedica un apartado específico a esta cuestión.

minadas posiciones ante los derechos y libertades que no casan con las tradiciones constitucionales estatales. De hecho, el rol preponderante del TEDH en el espacio judicial europeo de los derechos humanos que pasa, hoy, por aceptar la autoridad de sus sentencias más allá del caso concreto y por encima de las fronteras de cada Estado condenado, se le vuelve en contra: los Estados saben que una interpretación extensiva del CEDH respecto de un determinado caso supone, en realidad, una interpretación exigible a todos los actores del Convenio. La tutela caso a caso que todavía predica el Tribunal en sus decisiones no existe en la práctica, donde sus sentencias entran a formar parte del canon europeo que, como se ha explicado, servirá de estándar de convencionalidad para casos futuros, independientemente de cual sea el Estado demandado. De ahí que sea tan importante, como medida para frenar las resistencias existentes o su crecimiento, que el Tribunal preste mucha atención a la calidad, claridad y coherencia de sus decisiones. Es en esta línea, precisamente, en la que la figura del *Jurisconsulto del Tribunal*, incorporada en 2014 en Reglamento del TEDH, es tan relevante<sup>18</sup>: su función es la de velar por la calidad y la coherencia de la jurisprudencia entre las diferentes formaciones del Tribunal.

Además, hasta la entrada de los países del este y centro de Europa tras la caída del muro de Berlín, el TEDH era en realidad, en palabras de SADURSKI, un «fine-tuner» que ejercía su función sobre países similares, con unos valores claramente compartidos (SADURSKI los llama «like-minded States»<sup>19</sup>). Este club de Estados democráticos percibía al Tribunal como un órgano de control verdaderamente subsidiario, con unos poderes de actuación muy reducidos, respecto del que mantenían un amplísimo margen de apreciación y que entraría a verificar que los derechos que ellos habían decidido establecer como básicos eran respetados de una forma similar. No se preveía, dado el nivel desarrollo de los derechos en los Estados implicados, que el Tribunal tuviera que hacer un control intenso de las obligaciones convencionales, sino, más bien, sería un garante de que los mínimos se cumplían y que en caso de desviaciones, menores o coyunturales, se encargaría de advertirlas, dejando a los Estados la tarea de reconducir la situación.

La entrada de las nuevas democracias del este y centro de Europa en el Consejo de Europa y su rápida ratificación del CEDH supusieron un desafío enorme

---

<sup>18</sup> Art. 18 B Reglamento del TEDH (edición de 2 de junio de 2022): «For the purposes of ensuring the quality and consistency of its case-law, the Court shall be assisted by a Jurisconsult. He or she shall be a member of the Registry. The Jurisconsult shall provide opinions and information, in particular to the judicial formations and the members of the Court»; puede consultarse en [https://www.echr.coe.int/documents/rules\\_court\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf) (última visita, 1 de julio de 2022).

<sup>19</sup> Cfr. SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments.» *Human Rights Law Review* 93 (2009), p. 422.

para el TEDH: entrar a valorar las políticas y sistemas nacionales de derechos, a veces con unas bases claramente defectuosas o insuficientes. El TEDH deja de ejercer mayoritariamente un control fine-tuned (de ajuste) para pasar a realizar una labor de intervención directa en los sistemas de tutela domésticos.

Como se entenderá el papel reforzado del TEDH no sirvió solo para intervenir en los nuevos estados democráticos, incluso la recién llegada Rusia, sino que también respecto de los países occidentales que vieron como el escrutinio de sus sistemas se intensificaba.

### 3.2. LAS RESISTENCIAS CRECIENTES DE RUSIA ANTE LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA DEL CONSEJO DE EUROPA

Rusia nunca fue un socio fácil. El proceso de socialización, como lo denominó CHECKEL<sup>20</sup>, de Rusia en los valores democráticos, del respecto de la ley y los derechos humanos venía marcado por unas carencias evidentes. De hecho, pronto dio señales de no estar dispuesta a someterse a los órganos de control y estándares del Consejo de Europa. Algunos autores se han preguntado en qué momento la voluntad de las autoridades rusas de acercarse a los estándares de derechos humanos europeos cambió, llegando algunos, incluso a afirmar, que desde el principio la entrada de Rusia en el Consejo de Europa y sus estructuras fue una suerte de caballo de Troya que venía a desestabilizar el sistema<sup>21</sup>. Lo cierto es que, seguramente tampoco cabe hablar una voluntad unívoca entre las autoridades rusas. Así, por ejemplo, algunos agentes de la estructura del Comité de Ministros para el cumplimiento de las sentencias del TEDH se han alabado los esfuerzos de la delegación rusa liderada por el Ministro de asuntos exteriores por cumplir las decisiones pendientes ante el Comité; dicho de otra forma, había la postura era más de colaboración, que de entorpecimiento de la función de supervisión del Comité.

Sin embargo, como doctrina, analistas y las propias instituciones del Consejo de Europa llevaban tiempo advirtiendo el estándar ruso en materia de derechos se iba alejando cada vez más del estándar europeo y de las exigencias de respeto y garantías del Consejo de Europa. En esta línea, L. MÄLKOÖ, por ejemplo, señalaba que aunque es cierto que se consiguieron mejoras en el sistema derechos ruso, una visión amplia de la situación ponía de manifiesto los retrocesos que se estaban produciendo en la última década, en la que se aprobaron normas cada vez más

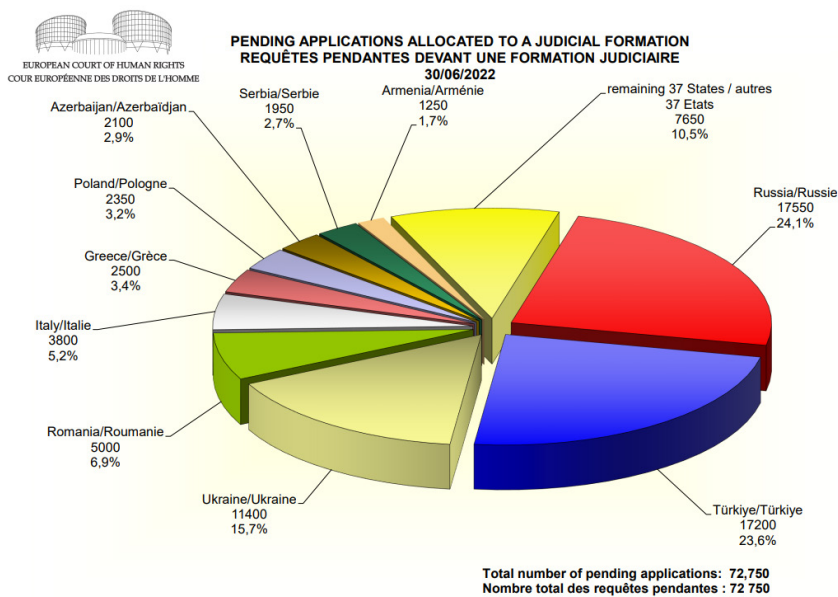
<sup>20</sup> Resulta muy interesante la lectura del trabajo (y sus desarrollos) de CHECKEL, J. T. «International Institutions and Socialization in Europe: Introduction and Framework», en *International Organization* 59, Fall 2005, pp. 801-826.

<sup>21</sup> Así lo manifestaron MALFLIET, K.; y STEPHAN PARMENTIER, eds. *Russia and the Council of Europe: 10 years after*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 3, 11.

restrictivas de derechos y libertades y, por supuesto, contrarias al canon europeo de garantía<sup>22</sup>. Desde el Consejo de Europa, el entonces Secretario General, el Sr. Thorbjørn Jagland, en su informe anual de 2017<sup>23</sup> llamaba especialmente la atención sobre las restricciones nuevamente impuestas sobre las libertades reunión y manifestación, tan estrechamente vinculadas al ejercicio de la libertad de expresión. Las restricciones jurídicas, las actuaciones policiales desproporcionadas sobre manifestantes y las sanciones previstas volvían a estar al orden del día, como ponían de manifiesto, también, las sentencias del TEDH.

#### 4. Rusia ante el TEDH

En el ámbito jurídico, Rusia se había convertido en el país que más demandas generaba ante el TEDH<sup>24</sup>:



Como se observa, casi el 25% de asuntos pendientes son contra Rusia, lo que significaba que la jurisdicción europea debía hacer frente a más de 18000 deman-

<sup>22</sup> MALKOO, «Introduction...», *op.cit.*, p. 5.

<sup>23</sup> «State of democracy, human rights and the rule of law. Populism — How strong are Europe's checks and balances? <https://rm.coe.int/state-of-democracy-human-rights-and-the-rule-of-law-populism-how-stron/168070568f>

<sup>24</sup> Cifras y gráfica del TEDH: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_mon-th\\_2022\\_BIL.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_mon-th_2022_BIL.PDF) (última visita el 1 de julio de 2022).

das en las que se alegaba la violación de alguno de los derechos del Convenio por aquel Estado. Estos números, que se mantienen desde hace años, provocaron que en diferentes ocasiones Moscú condicionara su voto para la aprobación de importantes instrumentos de mejora del sistema europeo a un mejor trato por los órganos de control.

Debe señalarse, no obstante, que, en números relativos, esto es, si ponemos en relación el número de demandas por el número de habitantes, Rusia no es el estado que mayor carga de trabajo genera al TEDH. Así, según las cifras publicadas por el Tribunal respecto de 2021<sup>25</sup>:

**Table 2 Applications allocated per Contracting State and population**

State	Applications allocated to a judicial formation				Population (1 000)				Allocated/population (10 000)			
	2018	2019	2020	2021	1.1.2018	1.1.2019	1.1.2020	1.1.2021	2018	2019	2020	2021
Albania	99	88	76	75	2870	2862	2846	2830	0,34	0,31	0,27	0,27
Andorra	3	6	11	11	75	76	77	77	0,40	0,79	1,43	1,43
Armenia	167	148	213	134	2973	2965	2960	2965	0,56	0,50	0,72	0,45
Austria	239	199	215	222	8822	8859	8901	8933	0,27	0,22	0,24	0,25
Azerbaijan	313	397	525	425	9898	9981	10067	10119	0,32	0,40	0,52	0,42
Belgium	177	139	124	155	11399	11455	11522	11566	0,16	0,12	0,11	0,13
Bosnia and Herzegovina	898	1784	870	784	3502	3492	3492	3287	2,56	5,11	2,49	2,39
Bulgaria	774	750	608	623	7050	7000	6951	6917	1,10	1,07	0,87	0,90
Croatia	669	712	615	698	4105	4076	4058	4036	1,63	1,75	1,52	1,73
Cyprus	52	45	55	52	864	876	888	896	0,60	0,51	0,62	0,58
Czech Republic	349	300	381	331	10610	10650	10694	10702	0,33	0,28	0,36	0,31
Denmark	37	59	63	67	5781	5806	5823	5840	0,06	0,10	0,11	0,11
Estonia	132	121	128	113	1319	1325	1329	1330	1,00	0,91	0,96	0,85
Finland	174	131	120	91	5513	5518	5525	5534	0,32	0,24	0,22	0,16
France	871	693	638	764	66926	67013	67320	67440	0,13	0,10	0,09	0,11
Georgia	99	131	130	120	3730	3723	3717	3728	0,27	0,35	0,35	0,32
Germany	489	584	569	574	82792	83019	83167	83155	0,06	0,07	0,07	0,07
Greece	420	344	650	912	10741	10724	10719	10663	0,39	0,32	0,61	0,85
Hungary	902	950	1036	1086	9778	9773	9769	9731	0,92	0,97	1,06	1,12
Iceland	24	40	28	21	348	357	364	369	0,69	1,12	0,77	0,57
Ireland	30	37	42	35	4830	4904	4964	5007	0,06	0,08	0,08	0,07
Italy	1692	1454	1497	1610	60484	60360	59641	59258	0,28	0,24	0,25	0,27
Latvia	259	233	414	268	1934	1920	1908	1893	1,34	1,21	2,17	1,42
Liechtenstein	9	6	9	8	38	38	39	39	2,37	1,58	2,31	2,05
Lithuania	438	396	398	429	2809	2794	2794	2796	1,56	1,42	1,42	1,53
Luxembourg	35	23	29	30	602	614	626	635	0,58	0,37	0,46	0,47
Malta	30	35	40	62	476	494	514	516	0,63	0,71	0,78	1,20
Republic of Moldova	814	635	523	630	3547	3547	3547	4035	2,29	1,79	1,47	1,56
Monaco	5	8	3	8	38	38	38	39	1,32	2,11	0,79	2,05
Montenegro	318	427	218	381	622	622	622	621	5,11	6,86	3,50	6,14
Netherlands	429	400	386	248	17181	17282	17407	17475	0,25	0,23	0,22	0,14
North Macedonia	305	262	275	394	2075	2077	2076	2069	1,47	1,26	1,32	1,90
Norway	84	107	99	116	5296	5328	5367	5391	0,16	0,19	0,18	0,22

<sup>25</sup> Cifras del propio TEDH: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2021\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2021_ENG.pdf) (visitada por última vez el 1 de julio de 2022).



**Table 2** Applications allocated per Contracting State and population

State	Applications allocated to a judicial formation				Population (1 000)				Allocated/population (10 000)			
	2018	2019	2020	2021	1.1.2018	1.1.2019	1.1.2020	1.1.2021	2018	2019	2020	2021
Poland	1941	1834	1628	2889	37977	37973	37958	37840	0,51	0,48	0,43	0,76
Portugal	349	188	261	260	10291	10277	10296	10298	0,14	0,18	0,25	0,25
Romania	3369	2656	2994	2971	19531	19414	19329	19186	1,72	1,37	1,55	1,55
Russia	12148	12782	8923	9432	143667	143667	143667	143667	0,85	0,89	0,62	0,66
San Marino	4	10	6	18	34	35	35	34	1,18	2,86	1,71	5,29
Serbia	2128	2160	1836	1993	7001	6964	6927	6872	3,04	3,10	2,65	2,90
Slovakia	390	300	289	460	5443	5450	5458	5460	0,72	0,55	0,53	0,84
Slovenia	274	210	180	234	2067	2081	2096	2109	1,33	1,01	0,86	1,11
Spain	592	606	440	614	46659	46937	47333	47394	0,13	0,13	0,09	0,13
Sweden	194	209	174	157	10120	10230	10327	10379	0,19	0,20	0,17	0,15
Switzerland	272	279	278	273	8484	8544	8606	8667	0,32	0,33	0,32	0,31
Turkey	6717	7274	9104	9548	80810	82004	83155	83614	0,83	0,89	1,09	1,14
Ukraine	3207	3991	4271	3721	45246	45246	45246	45246	0,71	0,88	0,94	0,82
United Kingdom	354	344	301	210	66274	65647	67025	68134	0,05	0,05	0,04	0,03
<b>Total</b>	<b>43075</b>	<b>44482</b>	<b>41681</b>	<b>44257</b>	<b>832632</b>	<b>835037</b>	<b>837190</b>	<b>838810</b>	<b>0,52</b>	<b>0,53</b>	<b>0,50</b>	<b>0,53</b>

The Council of Europe member States had a combined population of approximately 839 million inhabitant on 1 January 2021<sup>5</sup>. The average number of applications allocated per 10,000 inhabitants was 0,53 in 2021.

Ucrania, por ejemplo, tiene unas cifras relativas porcentualmente más altas que Rusia. Debe advertirse que muchas de estas son demandas todavía de la etapa previa a la nueva Constitución democrática, pero, aun así, los niveles de litigiosidad ante el TEDH ponen de relieve que este país tiene, todavía, problemas que resolver en sistema jurídico-político para poder ser paragonable a un estado plenamente —o casi plenamente— democrático. Esta cuestión debe tenerse presente a la hora de afirmar, sin vacilación, que Ucrania merece y debe acceder a la Unión Europea sin dilación.

Además, como se observa en la gráfica, una parte importante de los casos pendientes son repetitivos, esto es, demandas que provienen de una misma o muy similar violación de derechos convencionales.

No obstante, el solo hecho de que este país formara parte de las instituciones permitía ejercer cierto control sobre sus actuaciones y, en todo caso, daba voz a personas o grupos de personas que sufrían gravísimas violaciones de sus derechos. Recuerden el caso de los asesinatos en el colegio de Beslan<sup>26</sup>, en Osetia del Norte,

<sup>26</sup> STEDH Tagayeva y otras contra Rusia, de 3 de abril de 2017. En este asunto, tras la matanza de niños en 2004, el tribunal concluyó que, teniendo en cuenta que las autoridades nacionales sabían que se iba a producir un atentado, sus esfuerzos por impedir la toma de rehenes y advertir a la población fueron insuficientes. La planificación y el control de la operación de seguridad fueron desorganizados y adolecieron de falta de liderazgo. En ausencia de normativa adecuada para una situación como aquella, se habían utilizado armas de forma indiscriminada en la escuela, lo que aumentó el número de víctimas. Por último, la investigación de los hechos había sido insuficiente para averiguar la verdad de lo ocurrido. El tribunal indicó la necesidad de adoptar una serie de medidas destinadas a extraer

Russian Federation

DEPARTMENT FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
SERVICE DE L'EXÉCUTION DES ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

STATISTICS\*\*\*

New cases

(judgments transmitted for supervision of their execution during the year)



Figures bracketed correspond to the number of cases not yet classified as leading or repetitive, but they are taken into account in the total number of new cases.

Pending cases



Figures bracketed correspond to the number of cases not yet classified as leading or repetitive, but they are taken into account in the total number of pending cases.

Cases closed by final resolution



Just satisfaction awarded by the European Court



o de los opositores a Putin, Alekséi Navalnyy y otros opositores<sup>27</sup>, o las investigaciones de periodistas muertos o desaparecidos, por ejemplo, Anna Politkóvskaya<sup>28</sup>. A Georgia le ha permitido interponer dos demandas interestatales contra Rusia, en relación con Abjasia y Osetia del sur, Georgia contra Rusia I<sup>29</sup> y II<sup>30</sup>.

lecciones del pasado, concienciar sobre las normas legales y operativas pertinentes y prevenir violaciones similares en el futuro. Y los demandantes fueron indemnizados con casi 3 millones de euros.

En este asunto, el propio Consejo de Europa señala que desde 2021 ha estado supervisando las reformas rusas de las estructuras y procedimientos diseñados para responder al terrorismo. Este seguimiento surgió por primera vez en respuesta a otro caso ante el TEDH, relativo a la crisis de los rehenes del teatro de Moscú de 2002 (Finogenov y otros contra Rusia). Desde los sucesos de Beslán, se han promulgado dos decretos presidenciales y una ley federal para mejorar el marco legislativo y reglamentario de la lucha contra el terrorismo. Se ha llevado a cabo una amplia gama de seminarios, eventos y ejercicios de formación para mejorar la capacidad de las autoridades para hacer frente a los acontecimientos terroristas. El Consejo de Europa sigue supervisando las reformas en este ámbito y las investigaciones adicionales que se requieren sobre estos sucesos.

<sup>27</sup> Estos asuntos han permitido a la opinión pública mundial saber de la situación del derecho de manifestación, de oposición política y de protesta, en general, en Rusia. Es cierto que A. Navalnyy sigue en prisión pese a los mandatos directos del TEDH y el Comité de Ministros de ponerlo en libertad tras las sentencias del propio TEDH de condena a Rusia. De hecho, Rusia deja el CEDH sin que se haya puesto fin a los siguientes casos: Navalnyy contra Rusia (nº 62670/12), caso comunicado el 17 de noviembre de 2016; Navalnyy contra Rusia (nº 32058/13), caso comunicado el 15 de mayo de 2014; Navalnyy contra Rusia (núm. 1176/15), caso comunicado el 20 de febrero de 2018; Navalnyy contra Rusia (núm. 25809/17), caso comunicado el 19 de junio de 2017; Navalnyy contra Rusia (nº 55589/17), caso comunicado el 28 de enero de 2020; Navalnyy contra Rusia (nº 67894/17); caso comunicado el 9 de marzo de 2018; Navalnyy y Ofitserov c. Rusia (nº 78193/17); caso comunicado el 21 de diciembre de 2017; Navalnyy contra Rusia (nº 56491/18), caso comunicado el 28 de enero de 2020; Navalnyy contra Rusia (nº 36418/20), caso comunicado el 12 de enero de 2021; Navalnyy contra Rusia (nº 4743/21), caso comunicado el 16 de abril de 2021; Navalnyy y otros c. Rusia (no. 22357/21).

<sup>28</sup> STEDH Mazepa y otras contra Rusia, de 17 de julio de 2018, en la que el Tribunal condenó a Rusia por la violación del art. 2 CEDH, derecho a la vida, por haber llevado a cabo una investigación inadecuada y excesivamente prolongada sobre el asesinato por encargo de la periodista Anna Politkóvskaya.

<sup>29</sup> STEDH Georgia contra Rusia (I), de 31 de enero de 2019, de Gran Sala. En una sentencia sobre el fondo, dictada el 3 de julio de 2014, el Tribunal sostuvo que en el otoño de 2006 se había puesto en marcha una política coordinada de las autoridades rusas de arresto, detención y expulsión de nacionales georgianos, que se había constituido una práctica administrativa a los efectos de la jurisprudencia del Convenio. El Tribunal también consideró que se habían violado, entre otros, el artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH, los arts. 5. 1 y 4, y 3 del Convenio, así como del artículo 13 en relación con el artículo 5.1 y con el artículo 3 CEDH. En la sentencia Georgia contra Rusia (I), el Tribunal de Estrasburgo concluyó que Rusia debía pagar a Georgia 10.000.000 de euros (EUR) en concepto de daños no pecuniarios sufridos por un grupo de al menos 1.500 nacionales georgianos; que esa cantidad debía distribuirse entre las víctimas individuales pagando 2.000 euros a los nacionales georgianos que sólo hubieran sido víctimas de una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 (expulsión colectiva), y de 10.000 a 15.000 euros a aquellos que también hubieran sido víctimas de una violación del artículo 5. 1 (privación ilegal de libertad) y del artículo 3 (condiciones inhumanas y degradantes de detención) del CEDH, teniendo en cuenta la duración de sus respectivos períodos de detención.

<sup>30</sup> STEDH de 21 de enero de 2021, en el que se resolvían los hechos acontecidos durante la guerra de Georgia contra Rusia, respecto de Georgia del Sur, y los ataques posteriores de Rusia a Georgia una vez que se había declarado el fin de las hostilidades.

## 5. El impacto de las sentencias del TEDH en Rusia

El impacto del control ejercido por el TEDH sobre medidas, prácticas, incluso normas rusas no es desdeñable, teniendo en cuenta que se trata de un país en el que los estándares de derechos son, y eran, muy bajos. Por ello, cualquier influencia positiva en la tutela de los derechos y libertades en Rusia debe observarse como un éxito para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción efectiva de este país. El Comité de Ministros se ha hecho cargo, hasta la fecha, de la supervisión de más de 3060 asuntos y ha cerrado 1259<sup>31</sup>.

Solo a modo de ejemplo, se destacan algunos impactos positivos de las sentencias del TEDH en el sistema jurídico-político ruso<sup>32</sup>; concretamente, en el acceso a la justicia y proceso con todas las garantías (art. 6 CEDH):

- Como consecuencia de la jurisprudencia de Estrasburgo, la situación procesal de las personas con discapacidad mental mejoró sustancialmente en 2007 cuando fue declarada inconstitucional la norma que impedía que estas personas se personaran en las vistas del juicio oral ni en fase de apelación. En 2007, dicha norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional y sustituida por las enmiendas de 2007 y 2010, que prevén la participación en los procesos penales de todas las personas que intervienen en ellos si su salud mental lo permite. También en los procesos de incapacitación, a partir de 2011, el Código de Procedimientos Civiles estableció que las personas incapacitadas legalmente gozan de los mismos derechos procesales que las demás personas, incluidos los derechos a recurrir una decisión de incapacitación y a solicitar el restablecimiento de la capacidad jurídica.
- En 2012 se modificó el proceso de apelación, tanto en materia civil como penal, para permitir que en esta instancia se pudiera hacer una nueva valoración de la prueba y se decidiera sobre el fondo, sin remitir el caso al tribunal inferior. Además, se establecieron plazos estrictos para que los tribunales de apelación examinaran los casos. Todo ello con la finalidad de rebajar la excesiva duración de los procesos judiciales. A ello le acompañaron toda una serie de medidas adoptadas en el contexto del Programa Federal para el Desarrollo del Sistema Judicial Ruso 2007-2012.

---

<sup>31</sup> A fecha 1 de mayo de 2022.

<sup>32</sup> Aquí puede encontrarse un análisis completo de algunos de los logros más relevantes señalados por propio Comité de Ministros: <https://rm.coe.int/ma-russia-eng/1680a186c0> (última visita, 1 de julio de 2022).

Dicho lo cual, son muchos los asuntos abiertos todavía ante el Comité de Ministros que no consigue un compromiso de Rusia por adoptar las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento a las sentencias del TEDH<sup>33</sup>.

Además, desde una perspectiva interna, ha destacado la resistencia cada vez mayor de Rusia a cumplir las sentencias del TEDH. Una de las primeras señales de dicha resistencia fue el alargamiento de los procesos de ejecución de las sentencias bajo la supervisión del Comité de Ministros, cuando no directamente se negaba a cumplirlas, especialmente, respecto de los casos con mayor carga política (Georgia I y II siguen sin cumplirse, por ejemplo). En el grupo de casos Lashmankin y otros contra Rusia, relativos a la dispersión de manifestaciones pacíficas no autorizadas que no suponen una amenaza para el orden público, el Comité de Ministros puso de manifiesto en marzo de 2022<sup>34</sup> su preocupación ante la falta de signos de progreso tangible y los fuertes indicios de que el problema persiste, en particular los informes de dispersiones y detenciones en toda Rusia de miles de manifestantes pacíficos que se oponen a la agresión de la Federación Rusa contra Ucrania. El órgano político del Consejo de Europa hizo un llamamiento a las autoridades rusas para que, entre otras cosas, permitan las reuniones espontáneas y garanticen que el uso de la fuerza por parte de la policía es proporcionado y que los juicios en los que se imponen sanciones a los participantes son justos.

Por otra parte, en 2015 se reformó la ley del Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia y le otorgó la facultad de declarar «imposibles de aplicar» las sentencias de un órgano de derechos humanos internacional, sin especificar cual y no entrar en conflicto directo con el TEDH, si se considera que la interpretación del tratado internacional en que se basa la sentencia es incompatible con la Constitución rusa. Esta posición quedó plasmada en la reforma de su Constitución de 14 de diciembre de 2015<sup>35</sup>.

En todo caso, aunque una sentencia del Tribunal Europeo a favor de un solicitante no puede devolver la vida a un ser querido, una sentencia que constata una violación sustantiva de uno de los derechos fundamentales del Convenio sirve para reivindicar a los solicitantes, que en el ámbito nacional buscaron, pero nunca

---

<sup>33</sup> Según la organización no gubernamental *European Implementation Network* (<https://www.einnetwork.org/>) el número de sentencias relevantes contra Rusia (*leading cases*) pendientes de implementación son 217 y el porcentaje de casos relevantes de los últimos 10 años aún pendientes se sitúa en un 90%.

<sup>34</sup> Reunión de 22 de marzo de 2022 del Comité de Ministros sobre la implementación de asuntos en diversos países, reunión a la que Rusia, pese a estar autorizada, no envió a sus representantes.

<sup>35</sup> Sobre las primeras consecuencias de esta reforma constitucional en lo relativo a la implementación de las sentencias del TEDH, puede leer el artículo de CHAEVA, N., «The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov», en el blog EJIL:Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/> (visitado por última vez el 1 de julio de 2022).

recibieron, el reconocimiento de que sus derechos o los de sus familiares habían sido violados. Cuando el Tribunal Europeo dicta una sentencia a favor del demandante, puede condenar al gobierno demandado a pagar las costas judiciales del demandante, así como los daños pecuniarios y no pecuniarios. Hasta el 14 de mayo de 2009, el Tribunal había concedido cerca de 8 millones de euros a las víctimas en sentencias relacionadas con Chechenia.

En definitiva, las sentencias del Tribunal servían a los demandantes como títulos jurídicos legítimos para exigir de Rusia medidas de reparación individuales y, como consecuencia del funcionamiento de la supervisión de sentencias, para solicitar e impulsar reformas jurídico-institucionales de gran impacto.

## 6. La invasión de Ucrania y la expulsión de Rusia del Consejo de Europa

En el ámbito político Rusia había tensionado, a veces mucho, las relaciones institucionales con el Consejo de Europa. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya venía advirtiendo de los incumplimientos de la Federación Rusa de diversas resoluciones y decisiones adoptadas sobre las consecuencias de la guerra entre Georgia y Rusia y por la ocupación rusa de las provincias georgianas de Abjasia y Osetia del Sur, entre otras. Destaca la crisis generada tras la ocupación rusa de la península ucraniana de Crimea<sup>36</sup>. La Asamblea, en aquel momento, consideró que no era pertinente la suspensión de credenciales a la delegación rusa, que implicaría poner fin a todo posible diálogo y volver al modelo de la Guerra Fría. La Asamblea apostó, manteniendo el espíritu pragmático del Consejo de Europa, por mantener a Rusia dentro para asegurar que, por poco que fuera, tuviera un foro externo al que rendir cuentas. Se decidió suspender, durante el periodo de sesiones de 2014<sup>37</sup>, el derecho de voto de los delegados rusos en la asamblea, además de otras facultades. La sanción se alargó hasta 2016 y, posteriormente, fue Rusia la que se negó a enviar a sus delegados y, además, dejó de pagar la cuota de sostenimiento de la organización europea que le tocaba por ser miembro. En 2019, se decidió que la delegación rusa recuperara sus plenos derechos. En aquel momento, Ucrania manifestó su total desacuerdo con esta decisión.

---

<sup>36</sup> Cfr. Resolución 1988 (2014)1 (Final version) «Recent developments in Ukraine: threats to the functioning of democratic institutions», texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria, el 9 de abril de 2014; puede ser consultado en <https://pace.coe.int/en/files/20873/html> (última consulta 1 de julio de 2022).

<sup>37</sup> Resolución 1990 (2014) «Reconsideration on substantive grounds of the previously ratified credentials of the Russian delegation»; puede ser consultado en <https://pace.coe.int/en/files/20882/html> (última consulta 1 de julio de 2022).

La ocupación militar rusa de Ucrania ha supuesto, sin embargo, un punto de no retorno también en las instituciones del Consejo de Europa. Asumiendo que la agresión rusa contra Ucrania constituía una grave violación por parte de Rusia de sus obligaciones en virtud del artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, tras intercambiar impresiones con la Asamblea Parlamentaria, de 25 de febrero de 2022 acordó iniciar el procedimiento previsto en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa; este artículo prevé:

«El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité».

En virtud de dicho precepto, acordó suspender a la Federación de Rusia de sus derechos de representación en el Comité de Ministros y en la Asamblea Parlamentaria, con efecto inmediato. Eso sí, conforme al espíritu de la organización europea, siempre proclive a mantener lazos con sus miembros por precarios que sean, se señalaba que Rusia seguía siendo Estado miembro y parte de sus convenios, incluido el CEDH, y, por tanto, seguía bajo la jurisdicción del TEDH. La decisión europea acaba haciendo expreso que «la suspensión no es una medida definitiva, sino temporal, que deja abiertos los canales de comunicación».

El 15 de marzo de 2022, la Asamblea parlamentaria, en su Opinión núm. 300<sup>38</sup>, adoptado por unanimidad, concluía que la Federación de Rusia ya no podía ser un Estado miembro de la organización.

En la misma fecha, el Gobierno ruso informó al Secretario General de su retirada del Consejo de Europa de conformidad con el Estatuto del Consejo de Europa y de su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, en resolución adoptada el 16 de marzo de 2022, el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>39</sup>, en el marco del procedimiento iniciado en virtud del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, acordó que la Federación de Rusia deja de ser miembro del Consejo de Europa con efecto inmediato. Esta ha sido la primera vez que un Estado ha sido expulsado de la organización (Grecia,

---

<sup>38</sup> Opinión sobre «Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine»; <https://pace.coe.int/en/files/29885/html> (última consulta 1 de julio de 2022).

<sup>39</sup> Resolución CM/Res(2022)2; <https://www.coe.int/en/web/moscow/-/resolution-cm-res-2022-2-on-the-cessation-of-the-membership-of-the-russian-federation-to-the-council-of-europe> (última consulta 1 de julio de 2022).

tras el golpe militar de 1969, la abandonó y volvió a entrar en 1974 con la restitución democrática).

Consecuentemente con la decisión del Comité de Ministros, el 22 de marzo de 2022, el TEDH publicó una resolución<sup>40</sup> en la que se declaraba que Rusia dejará de ser parte del CEDH el 16 de septiembre de 2022. Hasta dicha fecha, el Tribunal sigue siendo competente para conocer de las demandas dirigidas contra Rusia en relación con actos u omisiones ocurridos hasta el 16 de septiembre de 2022.

## 7. Consideraciones finales

Como se ha visto, Rusia ha mejorado sus estándares en materia de tutela de derechos humanos gracias a su paso por las instituciones del Consejo de Europa. Ha participado en diversos mecanismos de control y *standard setting* que han permitido un seguimiento y fiscalización, con mayor o menos intensidad según el instrumento, de la actuación de los poderes públicos rusos en el respeto y garantía de los derechos individuales, civiles y políticos.

Es cierto que la compleja situación política rusa y su gobierno, cada vez más autoritario, han ido situando a su estructura institucional y la actividad de los poderes públicos (o vinculados a ellos) en niveles mínimos de compatibilidad con el estándar europeo. Asimismo, el gobierno ruso ha utilizado su condición de parte necesaria para la aprobación y/o entrada en vigor de determinados textos internacionales como protesta ante las condenas o informes desfavorables de los órganos del Consejo de Europa a su actividad. Ello ha provocado que algunos tratados demoraran años su entrada en vigor pese a ser vitales para el propio sistema de garantía<sup>41</sup>.

Sin embargo, la pertenencia a esta organización internacional de promoción del estado de Derecho democrático y de tutela de los derechos y libertades básicas ha supuesto que las personas que se encontraran bajo su poder efectivo (incluidos, por tanto, los territorios ucranianos anexionados) dispusieran de una plataforma institucional a la que acudir para defender sus derechos individuales, en algunos casos, y, en otros, que a través de sus instrumentos de verificación y estudio *in situ*

---

<sup>40</sup> Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights; [https://echr.coe.int/Documents/Resolution\\_ECHR\\_cessation\\_membership\\_Russia\\_CoE\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf) (última consulta 1 de julio de 2022).

<sup>41</sup> El ejemplo paradigmático fue el Protocolo núm. 14 al CEDH, reforma del procedimiento de garantía, que estuvo parado durante años, tanto que hubo que hacer un Protocolo 14 bis facultativo entre tanto; cfr. REDE 36 / Octubre-Diciembre — 2010, pp. 487-520, 492.



sacaba la luz pública situaciones regulares, estructurales y continuadas de vulneración de derechos. Con la salida de Rusia, estas personas han perdido este control externo que se había convertido en algunas situaciones en el único control.

Esta ha sido el breve, pero intenso, paso de Rusia por las instituciones del Consejo de Europa. Esperemos que el Gobierno ruso, más pronto que tarde, reaccione y, poco a poco, vuelva a la senda del estado de Derecho democrático europeo y pueda ser readmitido en el Consejo de Europa de nuevo.

## Bibliografía citada

- BATES, E., «British Sovereignty and the European Court of Human Rights», en *The Law Quarterly Review*, 128, no. July (2012).
- BRAYSON, K., «Securing the Future of the European Court of Human Rights in the Face of Uk Opposition Political Compromise and Restricted Rights», *International Human Rights Law Review*, no. 6 (2017).
- CHAEVA, N., «The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov», en el blog EJIL:Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/> (visitado por última vez el 1 de julio de 20229).
- CHECKEL, J. T. «International Institutions and Socialization in Europe: Introduction and Framework», en *International Organization* 59, Fall 2005, pp. 801-826.
- MALFLIET, K., «Ruxit: A Turning of the Plot in Europe-Russia Relations», en Eric Bylander; Anna Jonsson Cornell; Jakob Ragnwalddh (ed), *Essays in Honour of Prof Dr Kaj Hobé*, Editorial Iustus Förlag, Upsala, 2019.
- MALFLIET, K.; y PARMENTIER, S. (eds.), *Russia and the Council of Europe: 10 years after*, Palgrave Macmillan, Londres, 2010.
- MÄLKSOO, L., «Introduction. Russia, Strasbourg and the paradox of a human rights backlash», en MÄLKSOO, L., y BENEDEK, W., (eds.), *Russia and the European Court of Human Rights*, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2018.
- POPELIER, P.; LAMBRECHT, S.; y LEMMENS, K., *Criticism of the European Court of Human Rights : Shifting the Convention System : Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Intersetia, Bruselas, 2016.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., «La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», en *REDE. Revista española de derecho europeo*, núm. 36, 2010, pp. 487-519
- *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, serie 'Estudios constitucionales'. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ROTER, P, «Russia in the Council of Europe: participation à la carte», MÄLKSOO, L., y BENEDEK, W., (eds.), *Russia and the European Court of Human Rights*, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2018.
- SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», en *Human Rights Law Review*, 93 (2009): 397-453.

CAPÍTULO XVI  
IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y GRUPOS  
EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD



## PRESENTACIÓN

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

*Referentín para América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado  
y Derecho Internacional*

Saludo a las y los participantes del *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* y mis primeras palabras son para expresar una profunda y sincera gratitud, tanto al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en la persona de Yolanda Gómez, su Directora, por acogernos para este relevante debate, como a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por la oportunidad de moderar esta mesa, valorando su papel pionero en la construcción y expansión del *ius commune* en derechos humanos mediante la jurisprudencia sobre la justiciabilidad autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Pero igualmente mi sincero agradecimiento a las ponentes y el ponente por compartir reflexiones desde la academia en clave de la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. No por último, gracias a todas las personas que hicieron posible este evento excepcional, que nos ofrece un abordaje transregional de temas comunes.

Mis breves comentarios introductorios giran fundamentalmente en torno a tres cuestiones: en primer lugar, destacar el contexto actual del «espacio jurídico» iberoamericano en lo referente a la desigualdad y los grupos en situación de vulnerabilidad; en segundo lugar, se esboza una aproximación hacia los principales aportes que se han realizado desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en este ámbito como palanca para enfrentar las múltiples crisis superpuestas contemporáneas; y, finalmente, se ponen bajo la lupa los argumentos centrales de las diversas intervenciones expuestas en la mesa y que apuntan hacia un constitucionalismo iberoamericano transformador.

## 1. El contexto actual de la polycrisis

En Iberoamérica y en América Latina específicamente, la situación sociopolítica y económica es sumamente compleja y se observa con genuina preocupación el aumento de las desigualdades, como en el resto del mundo. La pobreza es «un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos sometidas a esta condición». Distintos otros factores influyen de manera concomitante a agravar tal situación, como las fuertes migraciones producto de graves violaciones de derechos humanos, las altas tasas de desempleo o subempleo que existen en y la violencia estructural contra grupos específicos, por ejemplo, las mujeres y niñas. Los factores de discriminación pueden interactuar y agravarse mutuamente, produciendo formas complejas y únicas de desigualdad (es). En este contexto, la pandemia del COVID-19 profundizó aún más tales desigualdades estructurales, afectando de manera diferenciada a los grupos más vulnerables.

En efecto, la pandemia ha puesto en evidencia la necesidad de repensar a la ‘inversa’ los alcances de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y de los derechos civiles y políticos, y a interpretar la necesidad de ‘reforzar’ la protección de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. El cambio climático, por su parte, se ha definido como la mayor amenaza a los derechos humanos de estos tiempos. El Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) llama la atención sobre los riesgos de la situación actual, así como las implicaciones presentes y futuras que dependen de la trayectoria del calentamiento global, entre otras, la degradación y pérdidas irreversibles de ecosistemas, enfermedades, hambrunas, zonas inhabitables, pérdidas de innumerables vidas, movilidad forzada. En la expresión de Viviana Krsticevic, estamos frente a la cuenta regresiva de la humanidad.

De esta manera, el contexto actual revela realidades «comunes» de desigualdad estructural que pueden y deben ser abordadas teniendo en cuenta un enfoque integral así como los estándares de derechos humanos. En el llamado cambio de era, emerge para el constitucionalismo global la tarea impostergable de «volverse más social incorporando derechos sociales transnacionales, fortaleciendo las obligaciones de los inversores, haciendo aún más operativo el principio jurídico internacional de solidaridad transfronteriza y reconociendo el nexo entre el Estado de derecho y el desarrollo».

## 2. Aportes del SIDH: obligaciones sobre igualdad y no discriminación como una lección aprendida

Surgen los interrogantes acerca de cómo se puede entender la polycrisis global y qué lecciones se han aprendido de las interrupciones en derechos humanos? Una ruta puede identificarse en la denominada navegación americana.

El Sistema Interamericano ha brindado estándares de vanguardia para hacer frente a la desigualdad estructural en la región. Ya la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) prohíbe en su Artículo 1.1 los tratos discriminatorios «por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»; y afirma en el Artículo 24 que «Todas las personas son iguales ante la ley» por lo que «tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

Inicialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretó las cláusulas de igualdad como la prohibición de trato discriminatorio injustificado. En este sentido, puede ser leída la Opinión Consultiva 18 (2003) sobre migrantes indocumentados. Unos años más tarde, la Corte IDH avanzó en el desarrollo de estándares en materia de igualdad al resolver el caso «Atala Riffo» y sostener que la discriminación por orientación sexual está prohibida en razón del Artículo 1.1 de la CADH, argumentando que el listado de categorías allí establecidas no es taxativo. En esta misma línea, la Corte IDH determinó en el caso «Duque» que la existencia de una normativa que no permitía el pago de pensiones, y por tanto el disfrute del derecho a la seguridad social a parejas del mismo sexo vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación. Hoy día se constata en América Latina la sanción, a nivel nacional, de normas que regulan las uniones entre parejas del mismo sexo reconociéndoles derechos y sus derechos.

De la interpretación de las cláusulas de igualdad llevada a cabo por el Tribunal Interamericano se perfilan contornos clave. Por ejemplo, se reconoció el impacto diferenciado que tienen ciertas normas o políticas que se consideran neutrales, como en el caso *Artavia Murillo*, pero que sin embargo pueden tener un impacto desproporcionado por género, posición económica y discapacidad. Asimismo, la adopción del enfoque que comprende la desigualdad interseccionada representa una contribución esencial, como se reflejó en el caso *Gonzales Lluy* cuando la Corte IDH aplicó por primera vez el Protocolo de San Salvador y determinó cómo el Estado había discriminado e inhibido el disfrute del derecho a la educación de la víctima al no garantizar que acceda al sistema educativo por ser una niña que vivía en contexto de pobreza y con VIH. El caso pone el foco no solo en la concepción de igualdad interseccionada sino también en el papel del Protocolo de San Salvador como herramienta para determinar el contenido de los derechos sociales en tanto instrumento que dispone el principio de igualdad y no discriminación, y la obligación de adoptar medidas internas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos dispuestos en su texto. No puede quedar fuera de atención la sentencia de la Corte Interamericana en el caso «Manuela», donde se reconoce cómo operan las causas de la desigualdad estructural, los estereotipos en grupos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad (mujeres, pobres, campesinas o migrantes, con escasa o nula educación).

La Corte IDH, considerando que la desigualdad no proviene solo de las políticas estatales, ha apuntado hacia una línea jurisprudencial que da cuenta de los alcances de las obligaciones en casos de desigualdad estructural cuando implican actores del ámbito privado como las empresas. Son paradigmáticos los casos «Empleados de la Fábrica de Fuegos», «Buzos Miskitos» y «Vera Rojas», ya que la Corte IDH precisa que la obligación de proteger a las poblaciones más vulnerables es una tarea de los Estados que exige la obligación de controlar (regular, supervisar y vigilar) a las empresas particulares. Se pone énfasis en que las empresas deben respetar los derechos humanos y los Estados deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que ello suceda. A título ilustrativo vale subrayar que en el caso «Empleados de la Fábrica de fuegos», la Corte IDH constató que las víctimas se encontraban inmersas en «patrones de discriminación estructural e interseccional» por estar en una situación de pobreza estructural y por ser mayoritariamente mujeres y niñas afrodescendientes. En su voto razonado, el Juez Ferre Mac-Gregor insiste en advertir que la igualdad y no discriminación «deben tener una comprensión de sus alcances de manera conjunta en contextos de clara situación de desventaja, desigualdad y exclusión», y que el mandato transformador «resulta crucial en la región más desigual del mundo». Como bien lo define, «la igualdad y la no discriminación son dos de los principios y derechos más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, constituyendo componentes esenciales en una democracia constitucional».

Como lo sistematiza el Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH sobre igualdad y no discriminación, este es un principio básico y general de la protección de los derechos humanos, alcanzando el carácter de *ius cogens*, de manera que las garantías estipuladas por la Convención Americana se extienden al derecho interno de los Estados Partes y comprenden la obligación positiva de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, la obligación de establecer acciones positivas para favorecer a los grupos más desaventajados y, en particular, la obligación de controlar respecto de los particulares.

Precisamente en función de que en el ejercicio de su mandato transformador, la Corte IDH recurre para definir los estándares a las interpretaciones emanadas, por ejemplo, a pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Comité de los Derechos del Niño, del Consejo de Derechos Humanos, entre otros, se puede delinear una circulación de estándares que dan pistas acerca de un «espacio» común en la protección. En esa misma dirección se inscriben decisiones de carácter nacional y la doctrina que asigna un valor importante a las sentencias de tribunales nacionales, cuando actúan en la interpretación de las constituciones nacionales y deciden a favor de la promoción de la igualdad. Los estándares y el acervo común tienen cimientos en los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, con preponderancia del desafío de atender las



necesidades de grupos y poblaciones en situación de vulnerabilidad. Para la transformación que vive el Estado constitucional, en un marco de polycrisis, es imperativa la creación de herramientas de monitoreo adecuados para confrontar las violaciones de derechos interdependientes, a la vez que, desde la academia, se avance en la mirada de la igualdad como «anti-subordinación». Las ponentes y el ponente de esta mesa brindan una extraordinaria contribución para repensar la igualdad y la no discriminación.

### 3. Hacia un constitucionalismo iberoamericano transformador: las voces de la mesa

Si bien la noción del constitucionalismo regional transformador bajo la mirada del *ius constitutionale commune* se ha desarrollado en el espacio geográfico limitado a América Latina, podría esbozarse una primera aproximación en el espacio jurídico iberoamericano hacia un constitucionalismo transformador en Iberoamérica emergente en el derecho de los derechos humanos y, específicamente, en el ámbito de los DESCA. En el campo del derecho de la Unión Europea, ya se propuso el argumento a favor de un constitucionalismo transformador en Luxemburgo.

Encarnación Carmona Cuenca expone la situación en España de conformidad con la regulación de la igualdad en la Constitución como valor, principio y derecho fundamental. En efecto, el artículo 14 de la Constitución española enuncia la igualdad entre los valores superiores de este ordenamiento jurídico. Sin embargo, como la autora muestra, han existido diversos problemas o desafíos al momento de interpretar esta norma y ha sido el Tribunal Constitucional español, en ejercicio de un mandato entendido como transformador, un protagonista que ha aportado soluciones para determinar su alcance y aplicabilidad. El Tribunal constató tempranamente que la lista de motivos de discriminación prohibidos que figura en la Constitución no es exhaustiva y está sujeta a una interpretación constante en función de las realidades sociales. En cuarenta años de jurisprudencia, como destaca la autora, el Tribunal Constitucional ha ido sentando una extensa e importante doctrina contra las discriminaciones normativas (directas e indirectas), contra las discriminaciones de hecho y sobre el concepto de igualdad material, los motivos especialmente prohibidos de discriminación, las medidas de acción positiva, y la distribución de la carga de la prueba. Al mismo tiempo, sigue enfrentándose a nuevos retos, debidos sobre todo a los cambios contemporáneos de la sociedad. A este respecto, la autora destaca especialmente la cuestión de la igualdad entre hombres y mujeres en materia de permiso de maternidad, así como la cuestión de los perfiles raciales cuando se trata de discriminación étnica o racial.

Resulta problemático que el artículo 14 reconozca el derecho a la igualdad sólo a los „españoles«, a pesar de que determinados derechos fundamentales, imprescindibles para garantizar la dignidad humana, deben ser reconocidos no sólo a los españoles, sino también a los extranjeros, según la jurisprudencia constante tanto del Tribunal Europeo de derechos Humanos como del propio Tribunal Constitucional español. En tal sentido, la autora subraya que debe haber motivos objetivos de discriminación y aboga por nuevos desarrollos jurisprudenciales para resolver las lagunas normativas.

La ponencia de Flavia Piovesan y Jessica Tueller concierne al análisis de los derechos de las personas LGBTI en el SIDH, identificando los estándares de la Corte IDH para la protección de la orientación sexual y la identidad de género, reforzando el alcance del principio de igualdad y no discriminación. Advierten que este Tribunal regional de derechos humanos reconoció que los tratados, y en particular la Convención Americana, son instrumentos vivos que deben interpretarse de acuerdo con el contexto actual y, en consecuencia, consideran plausible la interpretación amplia del Artículo 1(1) del principio de igualdad y no discriminación, que incluye a las personas LGBTI. Las autoras subrayan el problema de la discriminación interseccional que sufren las personas LGBTI, como lo ha dejado sentado la Corte IDH en diversos casos.

Entre otros impactos, las autoras muestran cómo ha sido la recepción de esos estándares en los países de la región, como la introducción del matrimonio igualitario en varios Estados y el reconocimiento de las diferentes identidades de género de las personas transgénero, no binarias y de género no conforme. No obstante, las autoras identifican una serie de desafíos para robustecer el impacto transformador del SIDH. En este orden de ideas, bajo la comprensión de la protección eficaz de los derechos humanos, ponen de relieve las dos vertientes requeridas para hacerla realidad derivadas de la respuesta a las violaciones concretas de los derechos humanos y, asimismo, a la prevención de futuras violaciones sobre la base de garantías de no repetición, creando capacidad a nivel nacional para remediarlas. Los Estados miembros de la OEA han sido instados a adoptar medidas tendentes a mejorar las políticas públicas en derechos humanos y revelan la necesidad de dar voz a las víctimas. El llamado de las autoras en el campo específico de los derechos de la comunidad LGTBI esté destinado a procurar el impacto transformador del SIDH, que implica procesos abiertos, dinámicos y multidimensionales que ameritan profundos cambios estructurales en la cultura, la educación y el derecho.

Por su parte, la ponencia de Ricardo Ortega está dirigida al enfoque de diferencia en el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes, ya que su propósito es precisar cómo se trasladan los conceptos de igualdad y no discriminación respecto al acceso a la justicia desde una perspectiva de la niñez, teniendo en cuenta el contexto de desigualdad de los países latinoamericanos. Dicho enfoque

diferencial en el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes lo centra en el argumento que la búsqueda por una justicia adaptada («child-friendly justice») implica una conceptualización amplia e integral de un enfoque de los derechos de la infancia, anclado en la idea de igualdad sustancial, como base del derecho de acceso a la justicia. En su ponencia Ortega describe a niñas, niños y adolescentes como un grupo en situación de histórica desventaja. No obstante, el autor afirma que la desventaja, la exclusión y la vulnerabilidad no son intrínsecas a la edad y sus peculiaridades por enfrentar condiciones de desarrollo personal, emocional y físico, sino que muchas veces la situación de vulnerabilidad, discriminación y exclusión de derechos es el resultado de una intersección de la minoría de edad con otros factores como la pobreza, las condiciones de violencia o marginación, la falta de acceso a la educación o a la salud. La situación de vulnerabilidad no debería ser el fundamento para determinar las obligaciones reforzadas por parte del Estado, sino, según la aseveración de Ortega, dichas obligaciones reforzadas dependen del reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos diferentes a las personas adultas, que deben ser observadas por los sistemas judiciales, los cuales tendrían que garantizarles el pleno acceso a sus derechos.

Como parte del enfoque integral los nuevos modelos de justicia como la justicia adaptada («child-friendly justice») deben ser una obligación de debida diligencia del Estado para garantizar que sea un sistema de justicia construido desde una mirada inclusiva bajo el principio de igualdad sustancial. Como ejemplo de mecanismo de adaptación, el autor menciona la toma y la valoración de los testimonios de niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas o testigos en un proceso de justicia. El Estado debe garantizar de manera adecuada que se evite su manipulación o su revictimización. Es el sistema el que tiene que adaptarse y no el niño o la niña al sistema. Asimismo, a título de reflexiones y perspectivas, el autor plantea interrogantes como la representación legal de niñas y niños, la participación en procesos familiares, y la manera en la que las autoridades jurisdiccionales deben informarles sobre las resoluciones que emiten y que les afectan.

Adoptando como marco el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Laura Clérico y Anabella Viscelli sistematizan un mapeo del desarrollo interpretativo de la Corte IDH en relación con las normas generales referidas a la igualdad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, dan cuenta de cómo opera la desventaja estructural en el examen de igualdad material o igualdad estructural en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH, identificando, mediante el estudio de diferentes sentencias recientes, que la Corte IDH en su argumentación está siendo *porosa* al contexto que atraviesa la región, caracterizado por una extrema desigualdad económica, social, cultural, financiera, territorial, ambiental y política.

Clérico y Viscelli sostienen que para la determinación de la desventaja se tienen que tener en cuenta el contexto, las prácticas o procesos que generan desigualdad y los diversos factores que convergen o interseccionan. Se centra en la dimensión argumentativa-metodológica para reconstruir el test de igualdad como desventaja estructural y resaltan la pertinencia de los casos en que la Corte IDH desarrolla la concepción de desigualdad estructural en relación con el derecho al y en el trabajo en contextos de pobreza. Examinan en detalle de la sentencia de la Corte IDH «Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús vs Brasil» porque, en su criterio, casos como este ayudan a visibilizar la desigualdad estructural mediante el examen de desigualdad. Acentúan que la Corte IDH evalúa las obligaciones del Estado teniendo en cuenta que deben incorporar un enfoque interseccional y diferencial y utilizando el test de la desventaja estructural y los subexámenes de fin legítimo, medios alternativos y proporcionalidad. Cuando el test se aplica en forma intensiva, la carga de la prueba y de la justificación agravada se corre al Estado y se presumen la inconventionalidad de la distinción. Ello resulta esencial, según las autoras, en tanto le corresponde al Estado demostrar que ha cumplido con la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, dado que la omisión del Estado es lo que causa la violación del principio de igualdad. Concluyen afirmando el rol de la dimensión temporal (contexto histórico o desventaja histórica), generacional y reproductiva (desventaja en cadena), poblacional o grupal tanto como espacial y de infraestructura y que bajo ciertas condiciones, la situación de vulnerabilidad está aumentada por factores como embarazo, edad o pertenencia a un grupo étnico determinado.

Fernando Rey introduce cinco ideas sobre la emergencia y relevancia del derecho antidiscriminatorio. Argumenta que el derecho antidiscriminatorio se encuentra sometido a una obstinada paradoja. De un lado, es la rama del derecho constitucional con mayor capacidad de transformación del ordenamiento jurídico tradicional y de mayor evolución reciente, pero, de otro lado, sigue siendo una materia bastante desconocida por profesores y profesoras y profesionales del derecho.

Como parte principal del concepto de igualdad en el denominado constitucionalismo liberal en su concepción actual, la idea de un derecho antidiscriminatorio la inscribe el autor en el derecho laboral por influencia estadounidense para evitar y sancionar las discriminaciones étnicas y de género en las relaciones de trabajo. Igualmente, destaca que la democracia incluye no solo como la participación política en el sentido clásico de la palabra y la libertad en forma del Estado de Derecho, sino también la igualdad en el sentido de un Estado social. En tal virtud, según Rey, la igualdad es un tema central del constitucionalismo y el derecho antidiscriminatorio como una de sus ramas principales debe ser un campo bien conocido entre académicos y prácticos en la región de Latinoamérica, cuya desigualdad es la más alta del mundo.

Dentro de sus cinco ideas sobre el derecho antidiscriminatorio, el autor comienza con un breve resumen del contexto histórico del origen de esta parte del concepto de igualdad y destaca que se fue desarrollando en los Estados Unidos y el mundo anglosajón con la finalidad de combatir la situación de los esclavos y desde allí se fue ido irradiando a nivel global, con frecuencia a partir del derecho internacional de los derechos humanos. De un manera categórica, Rey subraya que el derecho antidiscriminatorio antirracista en el origen.

Sus postulados abarcan también la dificultad que supone un concepto de igualdad que comprende, al mismo tiempo, la exigencia de igualdad de trato así como la atención a la diversidad, que, en la narrativa del autor, muestran que el derecho antidiscriminatorio tiene tanto una dimensión individual como una grupal. Insiste que para comprender adecuadamente qué es una discriminación, es preciso entender que se trata de una conducta resultado de un estereotipo particularmente negativo (prejuicio). Concluye que no abundan las visiones sistemáticas del derecho antidiscriminatorio y es evidente la hace falta enseñar esta materia tanto en grado como en postgrado en las universidades de la región, como se constata, por ejemplo, en Reino Unido.

Con la lupa puesta en los rasgos comunes sobresalientes en la lectura de las distintas ponencias de esta mesa, las autoras y autores apuntan hacia un emergente constitucionalismo transformador iberoamericano en cuanto a la igualdad y no discriminación. Hay convergencias normativas y jurisprudenciales al sostenerse que la lista de motivos de discriminación prohibidos no es exhaustiva (ni en las constituciones ni en los tratados de derechos humanos) a la vez que los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales se abocan a una interpretación de estos principios a la luz de su concepción como instrumentos vivos y en función de los contextos y las realidades sociales. No cabe duda que hay semejanza en la tendencia progresiva a salvaguardar a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad de forma reforzada para garantizar efectivamente la protección de su derecho a la igualdad y no discriminación. No caben dudas en relación a los desafíos y tareas pendientes, entre ellas la propia enseñanza del derecho antidiscriminatorio, pero esta mesa arrojó pistas clave para avanzar en esa dirección y dar visibilidad a las deficiencias sistémicas y los impactos transformadores, que incluso van más allá de la región más desigual del mundo, como es Latinoamérica y permiten augurar la configuración del constitucionalismo transformador iberoamericano en cuanto a la igualdad y no discriminación.



# EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. RETOS ACTUALES

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA  
*Profesora de la Universidad de Alcalá*

## 1. Preliminar

En un Congreso sobre garantía jurisdiccional de la Constitución, mi intervención se centrará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 de la Constitución española (en adelante CE).

Este precepto proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Pero, más que realizar un estudio sobre la extensísima jurisprudencia constitucional en materia de igualdad, me limitaré a destacar algunos de los problemas o desafíos más actuales que se han planteado ante el Tribunal Constitucional español.

El art. 14 CE reconoce el derecho a la igualdad y a no padecer discriminación como derecho fundamental con la máxima protección constitucional, que incluye el recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE). Precisamente en este último procedimiento la igualdad sigue siendo uno de los derechos más alegados por los recurrentes (según la Memoria del Tribunal Constitucional de 2020, un 13,83 por ciento de las demandas de amparo presentadas ese año alegaban vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE). Del mismo modo, son numerosísimas las sentencias que, estimando o desestimando los recursos de amparo, han argumentado en torno al derecho a la igualdad. Así, por ejemplo, en 2020, de las 170 dictadas en procesos de amparo, 12 tenían relación con el derecho a la igualdad y a no padecer discriminación (después del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE es el derecho más alegado).

La igualdad, como concepto jurídico, ha sido objeto de un ingente número de obras, pero aún hoy sigue siendo muy complejo de definir y de utilizar como un criterio de resolución de conflictos, que es lo que pretende el Derecho.

La igualdad aparece consagrada en la Constitución española con el triple carácter de valor, de principio y de derecho fundamental. En efecto, el art. 1 CE enuncia la igualdad entre los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. El art. 14 CE consagra el principio general de que «Los españoles son iguales ante la ley» y el art. 9.2 CE establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea «real y efectiva». Y, finalmente, el art. 14 CE garantiza el derecho a no ser discriminado/a por los motivos que expresamente se enumeran. Además, en varios preceptos constitucionales se refuerzan otros derechos con la obligación de que sean garantizados en condiciones de igualdad y no discriminación (arts. 23.2, 35.1, 39.2...). En cuarenta años de jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha ido sentando una extensa e importante doctrina contra las discriminaciones normativas (directas e indirectas), contra las discriminaciones de hecho y sobre el concepto de igualdad material y medidas de acción positiva.

## 2. La igualdad en la ley y la prohibición de discriminación

De los distintos contenidos del derecho a la igualdad, en este trabajo me centraré en la igualdad como límite frente al legislador y, más concretamente, en la prohibición de las discriminaciones, núcleo esencial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE.

### 2.1. TEST PARA DECIDIR CUÁNDO SE PRODUCE UNA DISCRIMINACIÓN

El Tribunal Constitucional, a la hora de determinar cómo vincula la igualdad al legislador, ha aplicado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sobre el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), establecida desde la Sentencia de 23 de julio de 1968 (el denominado *Caso Lingüístico Belga*). Esta doctrina está firmemente establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE, en base a los siguientes parámetros:

- A) El derecho a la igualdad del art. 14 CE vincula a todos los poderes públicos, incluido el legislador.
- B) Para poder apreciar vulneración del derecho a la igualdad en la ley del art. 14 CE, debe constatar, en primer lugar, que existe una diferencia de trato entre dos supuestos de hecho similares.



- C) Corresponde a quien invoque la discriminación «la aportación de un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación» (STC 261/1988, de 22 de diciembre, FJ 3).
- D) No toda desigualdad de trato constituye discriminación. La igualdad es sólo violada si la diferencia de trato «está desprovista de una justificación objetiva y razonable» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3) y
- E) «La existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3).

## 2.2. LOS MOTIVOS ESPECÍFICOS DE DISCRIMINACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Es común en tratados internacionales y constituciones incluir, junto al derecho general a la igualdad, una prohibición de discriminación por determinados motivos que se enumeran normativamente. Se trataría de las prohibiciones de discriminación en sentido estricto. Como pone de manifiesto Sandra Fredman, estas prohibiciones obedecen a una previa situación de desigualdad que se considera injusta y que está incrustada en el contexto social y político de una determinada sociedad. Ese es el sentido de cualquier enumeración de motivos concretos de discriminación. Pero, por ello mismo, la lista no puede ser cerrada, pues el devenir histórico hace que surjan nuevos motivos de discriminación que pueden ser destacados.

El art. 14 CE contiene una prohibición de discriminación por «razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El carácter no exhaustivo de esta lista ya fue reconocido por la STC 75/1983, de 3 de agosto (FJ 6). El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que con estas prohibiciones específicas se pretende acabar con diferencias sociales históricamente arraigadas; diferencias «que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4). Por ello, se ha considerado en la doctrina que el art. 14 CE reconoce, en realidad, dos derechos: el derecho a la igualdad y el derecho a no padecer discriminación, con distinto régimen jurídico. Este distinto régimen incluiría que, en caso de alegar alguna discriminación expresamente prohibida, no sería necesario aportar el término de comparación.

Además, según ha establecido también el Tribunal Constitucional en la Sentencia 79/2011, de 6 de junio, FJ 3:

«las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* [...], de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad»

Como consecuencia, la misma Sentencia afirma que, en estos casos específicos de discriminación, «la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma». Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha afirmado en la Sentencia 98/2003, de 2 de junio, (FJ 2) que para que se produzca este desplazamiento del *onus probandi* no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que «además ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato». Sólo cuando sucede esto último la parte demandada asume «la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión» y destruir de esta forma la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios. Insiste el Tribunal en que no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino ante la carga de probar «la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter eminentemente ajeno a todo propósito contrario a la igualdad».

### 2.3. OTROS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN ESPECIALMENTE PROHIBIDOS

En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha admitido la existencia de otros motivos de discriminación especialmente proscritos no contenidos expresamente en la lista del art. 14 CE, como la edad, la enfermedad, la discapacidad y la orientación e identidad sexual.

En particular, refiriéndose a la edad, el Tribunal ha afirmado en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3 que

«La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula

del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad».

En varias sentencias, el Tribunal Constitucional ha apreciado la existencia de una discriminación por razón de edad. Así, la STC 22/1981, de 2 de julio, consideró que era discriminatoria la fijación de una edad laboral máxima incondicionada. Y la STC 79/2011, de 6 de junio, afirmó que era discriminatorio e inconstitucional el precepto que establecía un límite de edad de 65 años para solicitar la adjudicación de una oficina de farmacia.

En otra ocasión, se admitió la existencia de una doble discriminación relacionada con la edad: La STC 3/2018, de 22 de enero, estableció que la denegación de prestaciones sanitarias especializadas a una persona con discapacidad psíquica por razón de edad constituye discriminación por razón de edad y de discapacidad.

La enfermedad como motivo de discriminación fue analizada en la STC 62/2008, de 26 de mayo, en la que se afirmaba que se puede vulnerar el derecho a la igualdad

«Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

Sin embargo, en este caso no se apreció la existencia de discriminación (la Sentencia cuenta con un Voto Particular discrepante).

En la polémica STC 118/2019, de 16 de octubre, se analizaba la constitucionalidad del art. 52 d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Este precepto establece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes» dentro de unos determinados plazos. Se excluye «el cáncer o enfermedad grave» como causa de inasistencia, pero se mantiene la posibilidad del despido con relación a las enfermedades «no graves». El Tribunal desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando la constitucionalidad del precepto.

El órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad no alegaba la existencia de una discriminación por enfermedad, sino la posible vulneración de otros derechos (integridad física, trabajo y protección de la salud), pero el Voto Particular de D. Fernando Valdés y D. Cándido Conde-Pumpido sí aludían

a la posibilidad de que el precepto cuestionado supusiera una discriminación por razón de enfermedad.

El reconocimiento de la discapacidad como uno de los criterios de discriminación expresamente prohibidos se produjo expresamente por primera vez en la STC 172/2021 de 7 de octubre, aunque había referencias a este criterio en decisiones anteriores. En esta Sentencia, el Tribunal estimó el recurso de amparo presentado contra la denegación de una prestación por incapacidad permanente a la recurrente, jubilada anticipadamente por razón de discapacidad. Consideró que no podía hablarse aquí de una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley del primer inciso del art. 14 CE, sino de una vulneración del principio de no discriminación previsto en el segundo inciso del mismo artículo. Al hacerlo así, aplicó a la discapacidad los criterios establecidos para las causas de discriminación expresamente previstas en el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo...), esto es, «un canon mucho más estricto» en el juicio de legitimidad constitucional de las diferencias basadas en estas causas y «un mayor rigor respecto de las exigencias materiales de la proporcionalidad».

También merecen especial consideración los casos de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual (incluida la transexualidad). Estos han sido considerados motivos sospechosos de discriminación incluidos en el listado abierto del art. 14 CE. Así se expresa, por ejemplo, la STC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 3) en relación con la orientación sexual.

«Es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

En este caso, relativo a un despido pluricausal, el Tribunal otorgó el amparo, estimando que se había producido una discriminación por razón de orientación sexual. Sin embargo, en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, aunque reconoció

que la identidad sexual es un motivo de discriminación prohibido por el art. 14 CE, el Tribunal convalidó la restricción temporal de los derechos de visita paterna de un padre transexual, entendiendo que no se debía a su condición, sino que estaba justificada con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad.

### 3. Retos actuales en materia de igualdad

De entre los asuntos más polémicos con relación al derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, destacaré tres temas en los que ha habido discrepancias en el seno del Tribunal Constitucional y entre éste y otros tribunales y órganos internacionales de protección de derechos humanos.

#### 3.1. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO O GÉNERO

En primer lugar, es preciso mencionar que la mayor parte de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre prohibición de discriminación por motivos específicos han versado sobre la discriminación por razón de sexo o género, reconociéndose la existencia de discriminaciones directas e indirectas basadas en este motivo y argumentando sobre las medidas de acción positivas establecidas para alcanzar la igualdad material. Aunque en los textos normativos clásicos se sigue hablando de «discriminación por razón de *sexo*», el término *género* se ha consolidado en los tratados internacionales y también en las normas nacionales más recientes. El término *sexo* se refiere a la diferenciación biológica y orgánica entre hombres y mujeres, mientras que la expresión *género* se refiere a una realidad más amplia, al conjunto de atributos socioculturales asignados a una persona a partir del sexo al que pertenece convirtiendo la diferencia sexual en diferencia cultural.

En el marco de la discriminación por razón de sexo o género, el Tribunal Constitucional ha contribuido significativamente en la lucha contra una situación histórica de discriminación de las mujeres. Así, ha hecho desaparecer del ordenamiento las discriminaciones directas que quedaban (SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, y 229/1992, de 14 de diciembre, sobre el acceso de las mujeres a la Academia General del Aire y al trabajo en las minas respectivamente). Y ha sentado una importante jurisprudencia sobre la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral, en especial, con ocasión del embarazo y la maternidad, siguiendo en este punto, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Con respecto a las discriminaciones indirectas, también ha sentado una jurisprudencia no menos relevante. Así, ha considerado que a trabajos de igual valor debe corresponder igual salario (STC 145/1991, de 1 de julio). También que las diferencias entre las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores a tiempo completo no deben ser desproporcionadas y que las diferencias desproporcionadas constituyen una discriminación indirecta contra las mujeres, que son quienes trabajan en mayor medida a tiempo parcial para cuidar de su familia (STC 253/2004, de 22 de diciembre). También ha seguido en este punto la jurisprudencia del TJUE.

Con respecto a las medidas de acción positiva, el Tribunal Constitucional ha realizado una oportuna distinción entre las normas que favorecen la incorporación de las mujeres al empleo y las medidas falsamente protectoras (STC 128/1987, de 16 de julio). Del mismo modo, ha convalidado las medidas más polémicas de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como la composición paritaria de las listas electorales y de los órganos públicos (STC 12/2008, de 29 de enero). Ha convalidado también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral contra la violencia de género (STC 59/2008, de 14 de mayo).

Tras este breve repaso por los logros del Tribunal Constitucional español en la lucha contra la discriminación, me detendré en algunos de los desafíos que, a mi modo de ver, aún tiene planteados:

Con relación a la discriminación por razón de sexo/género, el Tribunal se ha enfrentado a algunos casos en que los discriminados eran los varones. En la STC 75/2011, de 19 de mayo, apartándose de la jurisprudencia anterior, reputó discriminatorio el reconocimiento del permiso de lactancia sólo a las madres trabajadoras con exclusión de los padres varones. Se siguió aquí la jurisprudencia del TJUE establecida en el Caso Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010.

También el TEDH ha modificado su jurisprudencia anterior sobre esta materia. En el Caso Konstantin Markin c. Rusia, de 7 de octubre de 2010, pone de manifiesto que se ha producido una evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia y que en la actualidad existe un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad. A juicio del Tribunal, ello supone que la sociedad europea ha evolucionado hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos e hijas, habiendo ganado reconocimiento el papel de los padres (varones) en esta labor.

Sin embargo, a pesar de todo ello, en la STC 111/2018, de 17 de octubre, se consideró que la diferencia entre los permisos de paternidad y maternidad tenían una justificación objetiva y razonable por tratarse de dos situaciones diferentes. Sorprende que en la argumentación de esta Sentencia no se haya realizado una

interpretación amplia del art. 14 CE, teniendo en cuenta el principio de igualdad material del art. 9.2, que pretende eliminar las situaciones discriminatorias de hecho que persisten en la sociedad. Tal vez la limitación del objeto de protección del recurso de amparo a los derechos de los arts. 14 a 29 más el 30.2 CE se ha entendido en esta ocasión de una forma demasiado restrictiva. Este déficit ha sido puesto de manifiesto en el Voto Particular que formula la Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Balaguer. En él se afirma que se ha perdido una buena ocasión reflexionar sobre otras finalidades de los permisos de maternidad y paternidad, como el objetivo de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer. Con posterioridad a esta Sentencia, se ha aprobado una normativa que prevé la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad de modo progresivo.

Pero este tema de la relación entre la igualdad de género y la protección de la maternidad sigue siendo uno de los retos de los ordenamientos jurídicos actuales, teniendo en cuenta que la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por Naciones Unidas en 1979, establece que las medidas para proteger la maternidad no deben considerarse discriminatorias.

Sobre la discriminación de las mujeres por razón de maternidad se han pronunciado algunas sentencias recientes. La STC 108/2019, de 30 de septiembre, estima el recurso de amparo presentado por una mujer que había aprobado las pruebas selectivas para obtener un puesto de trabajo en el Instituto Nacional de Estadística. En la fecha de incorporación al trabajo ella se encontraba de baja por maternidad y solicitó que se retrasara dicha incorporación. El INE no accedió a su solicitud y contrató a otra mujer que podía incorporarse en el plazo establecido. El Tribunal recuerda su doctrina según la cual el art. 14 CE es contrario a toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundados en la maternidad (STC 2/2017, de 16 de enero). En este caso aprecia vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo del art. 14 CE.

A su vez, la STC 119/2021, de 31 de mayo, apreció la concurrencia de una discriminación indirecta. Estimó el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora a quien se había negado la exoneración de prestar servicios una hora y media los sábados y continuar prestando servicios en el mismo horario que tenía desde que disfrutaba de reducción de jornada por cuidado de hijos/as. El Tribunal recuerda su doctrina que afirma que la discriminación por razón de sexo «comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e

inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad» (como ya había afirmado en la STC 79/2020, de 2 de julio). Añade que esa protección constitucional se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los «derechos asociados a la maternidad» (como la reducción de jornada por cuidado de hijos/as). Aunque estos derechos se conceden indistintamente a mujeres y hombres en aras de la igualdad de responsabilidades familiares, inciden de modo singular en las mujeres, al ser ellas principalmente quienes asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo.

### 3.2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RAZA O ETNIA

El segundo tema polémico se refiere a la discriminación por razón de raza y el llamado *perfil racial* (o *racial profiling*), por el que la pertenencia a un grupo racial o étnico se considera un motivo para que una persona sea «sospechosa» de haber cometido un acto ilícito y, como consecuencia, sea víctima de discriminación.

La STC 13/2001, de 29 de enero (Caso de Rosalind Williams), se refería a una posible discriminación por razón de raza/etnia. Según el relato de los hechos, la Policía realizó una diligencia de identificación a una mujer afrodescendiente considerando que el criterio racial ofrecía una mayor probabilidad de que la mujer fuera extranjera. La afectada recurrió en sucesivas instancias pues estimaba que se le había solicitado la documentación por el mero hecho de su raza, lo que suponía una humillación. El Tribunal no apreció la existencia de discriminación, pero la Sentencia contó con un Voto Particular discrepante. El caso fue llevado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien condenó a España por violación del artículo 26 (igualdad y prohibición de discriminación), leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 (derecho a un recurso efectivo) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en un Dictamen de fecha 27 de julio de 2009.

La situación volvió a repetirse en el asunto resuelto por la Sentencia del TEDH Caso B.S. contra España, de 24 de julio de 2012. La demandante había presentado un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que había sido inadmitido a trámite. Según el relato de los hechos, una mujer nigeriana que ejercía la prostitución fue agredida y detenida por agentes de la policía. La demandante alegó motivaciones racistas en estos hechos, puesto que otras mujeres en las mismas circunstancias no habían sido detenidas. El TEDH condenó a España por vulneración del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) combinado con el art. 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes). Asimismo, consideró que el Estado español no había investigado suficientemente la



posible motivación racista de las mencionadas agresiones y apreció vulneración procedimental del art. 3 CEDH.

Actualmente, está pendiente la resolución de una demanda presentada por Zeshan Muhamad el 5 de mayo de 2017 ante el TEDH por vulneración de los arts. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 CEDH (respeto de la vida privada). Este joven pakistaní denuncia que se le había requerido la documentación por parte de la policía y había sido víctima de malos tratos en España, basándose únicamente en sus características étnicas. Había presentado antes un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido a trámite el 8 de noviembre de 2016 por falta de trascendencia constitucional del asunto.

### 3.3. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

El art. 14 CE reconoce el derecho a la igualdad a «los españoles», esto es, a las personas de nacionalidad española, tanto físicas como jurídicas. Y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional ha afirmado que titulares del derecho a la igualdad son sólo «los españoles» (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 2). Sin embargo, en ocasiones ha reconocido la titularidad de determinados derechos fundamentales «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» no sólo a los españoles, sino también a los extranjeros (STC 107/1984, de 23 de noviembre, y STC 236/2007, de 7 de noviembre, entre otras).

En este sentido, Blanca Rodríguez Ruíz afirma que el art. 14 CE, leído en relación con el art. 13 CE, implica que la titularidad del derecho a la igualdad abarca necesariamente también a las personas extranjeras, en la medida en que éstas sean titulares de los derechos reconocidos en el resto del Capítulo II del Título I de la Constitución.

Por otra parte, como afirma María Díaz Crego, teniendo en cuenta lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por España (en especial, el PIDCP), el Protocolo 12 al CEDH y, sobre todo, la reciente jurisprudencia del TEDH sobre el art. 14 CEDH), es difícil seguir manteniendo que los extranjeros no son titulares del derecho a la igualdad y que no se ha reconocido el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de nacionalidad.

La jurisprudencia del TEDH ha ido reconociendo estos derechos (Caso Gaygusuz contra Austria, 16 de septiembre de 1996 y otros), imponiendo a los Estados la obligación de justificar de manera objetiva y razonable las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que se funden únicamente en la nacionalidad de éstos. La única excepción que el Tribunal de Estrasburgo parece contemplar a esa regla general se refiere a aquellos derechos que el CEDH reconoce específica-

mente a los nacionales o a los extranjeros que se encuentren en determinadas situaciones, significativamente, los derechos políticos. En relación con esos derechos, el TEDH no exige la justificación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida diferenciadora que sí se exige en relación con cualquier otra diferencia de trato basada en la nacionalidad.

Díaz Crego propone que el Tribunal Constitucional reconozca abiertamente la posibilidad de discriminación por razón de nacionalidad y analice la razonabilidad y la proporcionalidad de todas las diferencias de trato basadas en la nacionalidad (salvo las que se refieran a los derechos políticos). Todo ello en lugar de basar la prohibición de discriminación en nociones más intangibles como la «dignidad humana».

En su Sentencia 137/2000, de 29 de mayo (FJ 1), el Tribunal Constitucional parece admitir la posibilidad de que exista una prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. Se trataba de la denegación de permiso de salida de prisión a un recluso de nacionalidad francesa. La Sentencia afirma lo siguiente:

«En la demanda de amparo se habla, con acierto, de que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, en este caso francesa, del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» [...] y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Pero, finalmente, no otorgó el amparo al demandante pues estimó que la denegación del permiso de salida obedecía a causas ajenas a su nacionalidad y contaba con una justificación objetiva y razonable.

#### 4. A modo de conclusión

La jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y a no padecer discriminación del art. 14 CE es abundantísima. En este trabajo he destacado algunos de los principales retos que tiene planteado el Tribunal Constitucional en esta materia.

Este Tribunal, como también ha hecho el TEDH, ha añadido nuevos motivos de discriminación especialmente prohibidos a la enumeración contenida en el art. 14 CE, que ha considerado no cerrada ni exhaustiva.

Así, en varias sentencias ha afirmado que la edad puede considerarse incluida en la expresión «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», que cierra la lista de motivos prohibidos de discriminación.

En la STC 62/2008 se afirmó que la enfermedad podía ser considerada como un motivo prohibido de discriminación, pero, finalmente, en ese caso no se otorgó el amparo. En la STC 118/2019, sobre la reforma del Estatuto de los Trabajadores que permite el despido por faltas de asistencia al trabajo (incluso justificadas), ni siquiera se argumentó en base a la discriminación por enfermedad (sí se hizo en un Voto Particular discrepante).

La discapacidad como criterio expresamente prohibido de discriminación ha sido reconocida expresamente en la STC 172/2021.

En varias Sentencias se ha afirmado que la orientación y la identidad sexual están incluidas, como motivo prohibido de discriminación, en el art. 14 CE. Sin embargo, de forma polémica, en algún caso se ha denegado el amparo por entender que la diferencia de trato se debía a otras circunstancias (STC 176/2008).

Sobre los motivos clásicos de discriminación, se ha analizado, en primer lugar, la discriminación por razón de sexo o género. En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido, en general, muy progresiva y ha contribuido a eliminar discriminaciones directas e indirectas contra las mujeres que subsistían en el ordenamiento. También ha convalidado varias medidas de acción positiva que trataban de conseguir la igualdad real. Uno de los retos que se plantean en la actualidad es la relación, a veces polémica, entre las medidas que tratan de eliminar la discriminación de la mujer y las medidas protectoras de la maternidad, como la diferente duración de los permisos parentales. Es un desafío que se plantea también a nivel internacional, sobre la correcta interpretación del art. 4.2 de la CEDAW. En sentencias recientes, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de discriminaciones directas e indirectas de mujeres por razón de circunstancias asociadas a la maternidad, en relación con el acceso a medidas protectoras de la maternidad y también con el acceso al puesto de trabajo.

Sobre la discriminación por razón de raza o etnia, existen dos polémicas sentencias que denegaron el amparo en sendos casos en que se había producido lo que se conoce como perfil racial (*racial profiling*). En ambos asuntos, España fue condenada por órganos internacionales (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y TEDH).

Por otra parte, mientras que el TEDH ha admitido en varias Sentencias la existencia de una discriminación por razón de nacionalidad, el Tribunal Constitucional no ha llegado a afirmar claramente esta posibilidad. Sin embargo, sí ha reconocido en varias Sentencias que determinados derechos fundamentales derivados de la dignidad humana son predicables de todas las personas, españolas y extranjeras.



# LA DESVENTAJA ESTRUCTURAL EN EL EXAMEN DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE IDH<sup>1</sup>

LAURA CLÉRICO

*Profesora de la Universidad de Buenos Aires*

ANABELLA VISCELLI

*Investigadora UBACYT, Universidad de Buenos Aires*

«... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...»<sup>2</sup>

## I. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) es *porosa* al contexto que atraviesa la región<sup>3</sup>. Este contexto está caracterizado por una rampante desigualdad económica, social, cultural, financiera, territorial, ambiental y política<sup>4</sup>. Esta desigualdad pone a millones de personas en situación de desventaja de facto para el goce efectivo de sus derechos.

---

<sup>1</sup> Agradecemos a Camila Bregaglio, Celeste Novelli, John Carlin, Liliana Ronconi y Martín Aldao lecturas y comentarios. Los errores nos pertenecen.

<sup>2</sup> Young, Iris Marion, *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata, 2011, p. 69.

<sup>3</sup> Corte IDH, caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, 2018, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, párrs. 45-46: «... a cuatro décadas de entrada en vigor de la Convención Americana, ... la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCAs sobre todo para los grupos más vulnerables. ... afectando “más a los niños, adolescentes y jóvenes” y destacando el aumento de la “feminización de la pobreza” en población joven y adulta.»

<sup>4</sup> Varios fallos, opiniones consultivas y medidas provisionales así lo demuestran. A nuestro entender la frase del epígrafe, entre muchas otras, refleja esa porosidad: Corte IDH, caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, 2018, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, párrs. 45-46.

En este texto nos interesa explorar el examen de desventaja estructural. Para ello en primer lugar realizamos un mapeo del de las interpretaciones de la Corte IDH sobre las normas generales referidas a la igualdad en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), en específico, la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) y el mandato de prohibición de discriminación sobre la base de una lista abierta de categorías respecto de los derechos protegidos en la CADH (art. 1.1). En segundo lugar, planteamos diferentes perspectivas desde la que se requiere estudiar la concepción de desigualdad estructural (o desigualdad como no-subordinación)<sup>5</sup> desarrollada por la Corte IDH para individualizar que este texto se centra en la dimensión argumentativa-metodológica para reconstruir el test de la desventaja estructural. En tercer lugar, resaltamos la pertinencia de los casos en que la Corte IDH desarrolla la concepción de desigualdad estructural en

---

<sup>5</sup> Clérico, Laura; Aldao, Martín; Ronconi, Liliana, A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan and Ximena Soley, (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, 2017, OUP Oxford; 2017, pp. 83-96, sostuvimos que, esta concepción de desigualdad encontró desarrollo en el derecho constitucional de la región a través de la recepción de la obra de Owen Fiss. Fiss desarrolló la fórmula de la igualdad como antisubordinación para hacer frente a las desigualdades colectivas, firmemente arraigadas en los sistemas jurídicos, señalando que el problema iba más allá de las disposiciones legales y tenía su origen en la estratificación social que impregnaba las sociedades reales y que simplemente se reflejaba en la ley. De este modo, la cláusula del grupo desfavorecido pasó a desempeñar un papel importante en la comprensión e interpretación del principio de igualdad y de su adecuado alcance. No se trata de sustraer al individuo de la prueba de igualdad, sino de tener en cuenta la posición en la que se encuentra este individuo en el escalafón de las sociedades estratificadas y su pertenencia a un colectivo desfavorecido. Owen Fiss, Otra igualdad: The Origins and Fate of Antisubordination Theory: A Symposium on Owen Fiss' 'Groups and the Equal Protection Clause' (Bepress, Berkeley, 2003); Saba, Roberto, 'El principio de igualdad en el diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional', en Griselda Capaldo, Jan-Reinard Sieckmann, y Clérico (eds), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional* (EUDEBA, Buenos Aires, 2012); Saba, '(Des)Igualdad estructural', en Gargarella y Marcelo Alegre, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario* (LexisNexis, Buenos Aires, 2007). Por lo demás, la recepción de la obra de Fiss no se da en el vacío, respondió a una necesidad interpretativa de las constituciones de la región. La mayoría de las constituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos actualmente aplicables en la región identifican a los "grupos desfavorecidos" o similares que sufren una situación de desigualdad causada por la distribución asimétrica del poder. Varios de estos instrumentos incluso reconocen —expresa o implícitamente— que salir de una situación de dominación estructural requiere tomar medidas de acción afirmativa para reparar y transformar la realidad a fin de lograr condiciones reales de igualdad en el ejercicio de los derechos. Por nuestra parte sostenemos que la concepción de desigualdad estructural requiere ser complementada desde el enfoque de la multidimensionalidad (redistribución, reconocimiento y participación), aplicando la teoría de las escalas de justicia de Nancy Fraser.; Clérico, L.; Ronconi, L.; Aldao, M.; *Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento*, *Direito GV Law Review*, Sao Paulo, 2013. [www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a06v9n1.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a06v9n1.pdf)

relación con el derecho al y en el trabajo en contextos de pobreza. Todo esto nos permite luego reconstruir los pasos y elementos del examen de desigualdad por desventaja estructural tomando como caso de análisis la sentencia de la Corte IDH «Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús vs Brasil» — tomamos este caso ya que nunca antes la Corte IDH había sido en forma tan clara foro de trabajadoras, mujeres y niñas afrodescendientes que viven en la pobreza<sup>6</sup>.

## II. La desigualdad estructural: desarrollo

El test de igualdad material como desventaja estructural surge a fuerza de interpretación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH. El principio de prohibición de discriminación por algunas de las causales que emergen expresa o implícitamente del artículo 1.1, examina si la norma, acto o práctico realiza una distinción sobre la base de alguna de esas causales. Es el caso, el examen de igualdad se somete a los subexámenes de fin legítimo, medios alternativos y proporcionalidad<sup>7</sup>. Cuando se aplica en forma intensiva, la carga de la prueba y de la justificación agravada se corre al Estado y se presumen la inconvencionalidad de la distinción<sup>8</sup>. Hasta aquí la estructura del examen.

En un principio, el examen fue aplicado por la Corte IDH con foco en el caso. Luego, empezó a preguntarse si esa distinción —ya sea que fuere en la norma o acto o u omisión que se produjera en los hechos— era también estructural. Así surge en varios casos que la desigualdad que encerraba la situación no era puntual ni aislada, sino que requería visibilizar las *estructuras* que atrapan a mujeres, niñas y adolescentes — entre muchos otros colectivos, en situaciones, condiciones, estados de subordinación, dominación u opresión y que juegan en contra del goce efectivo de sus derechos (*desigualdad estructural*)<sup>9</sup>. Entonces, de cara a la desventaja estructural, el examen de igualdad fue re-interpretado para evaluar qué realizó el Estado en forma

---

<sup>6</sup> Comparar Clérico, Laura; Novelli, Celeste, «La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género». *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 453-487.

<sup>7</sup> Serrano Guzmán, Silvia, «La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH Avances y retos pendientes.» *Discriminación*, Suprema Corte de Justicia de México, México, 2021, p. 271; Serrano Guzmán, Silvia, «Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no-discriminación y los DESC», en: Courtis, Christian, *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Ambientales (DESCA)*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia, pp. 529-560.

<sup>8</sup> Entre muchos otros, v. Corte IDH, Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012.

<sup>9</sup> Corte IDH, Ramírez Escobar vs. Guatemala; en relación con trabajadores en situación de trata, Caso Hacienda Verde vs. Brasil, 2016, párr. 216 y punto resolutivo 4. V. Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párrs. 189-203.

*reforzada* para cumplir con las obligaciones de respetar y garantizar que surgen de los derechos en juego y para sacar a esas personas de la desigualdad.

Por último, en forma más reciente la Corte IDH advirtió que debía incluir a la *desigualdad estructural la interseccionalidad*: requería ver cómo el género converge con otros factores como origen, pobreza, edad para causar desigualdades que requieren ser comprendidas, analizadas, evaluadas, reparadas y transformadas en atención a esas confluencias. Este devenir interpretativo<sup>10</sup> se ve reflejado también en las producciones de la CIDH<sup>11</sup> cuando enfatiza que el sistema interamericano recoge dos nociones de igualdad: una formal y otra material. La CIDH explica que la formal exige criterios de distinción objetivos y razonables. Así prohíbe diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias; para ello examina las razones en clave de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La noción de igualdad material a la que también llama estructural, «parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.» Precisa que de lo contrario «la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad del Estado»<sup>12</sup>. En ese devenir agregó que «se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones...»<sup>13</sup>.

El desarrollo jurisprudencial de la desigualdad material puede explorarse desde diversas perspectivas. Una se refiere a las concepciones materiales de la igualdad, otra a la legitimidad de las Cortes para aplicarla<sup>14</sup>, otra a los remedios y garan-

---

<sup>10</sup> La Barbera, M. C.; Wences, I., «La “discriminación de género” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Andamios, Revista de Investigación Social*, vol. 17, no 42, 2020, pp. 59-87; Ronconi, Liliana. «Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real.» *Isonomía* 49, 2018, pp. 103-140.entre muchas otras.

<sup>11</sup> CIDH, *Informe temático sobre pobreza*, 2017, párr. 160.

<sup>12</sup> *Id.*, párr. 161.

<sup>13</sup> CIDH, *Informe temático sobre Empresas y Derechos Humanos*, 2019.

<sup>14</sup> Aunque no podamos detenernos en este texto en esta dimensión, nuestro argumento toma como punto de partida que: «... en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados. La reinterpretación del principio de igualdad ha permitido al SIDH involucrarse en temáticas sociales», «Cuál sería su relevancia si no hubiera evolucionado en



tías de no repetición para reparar el danno generado y para prevenir violaciones similares en el futuro<sup>15</sup>, como así también una más argumentativa-metodológica que se centra en identificar la desventaja en el examen de desigualdad estructural. En este texto nos detenemos en la argumentativa-metodológica. Al respecto, María José Añón<sup>16</sup> sostiene que el examen de desigualdad material implica ampliar la caja de herramientas argumentativas, ya que se debe incluir: a) el contexto social, b) los efectos sociales y de todo orden de las normas jurídicas, c) la visibilización de los presupuestos estructurales que existen tras las normas o las prácticas — que en varios casos se ven reflejados en los estereotipos<sup>17</sup> utilizados para fines varios; y d) la perspectiva de la interseccionalidad en los procesos discriminatorios.

### III. Casos que requieren abordaje desde la desigualdad estructural

En varios casos la Corte IDH aplicó desigualdad estructural. En específico, respecto de la desigualdad estructural por pobreza<sup>18</sup>, tres son ineludibles, dos de

---

función de estas dinámicas sociales, y hubiese quedado atado a los temas clásicos de derechos humanos, sin reaccionar frente a las situaciones planteadas por peticionarios y víctimas. Quiénes serían hoy sus usuarios, y qué grado de legitimidad tendría el SIDH en nuestras sociedades. En ese sentido, en relación con el argumento de la preservación del sistema, es bueno señalar que éste no se sostiene exclusivamente en el compromiso político de los gobiernos. Una base de apoyo fundamental es la legitimidad alcanzada precisamente en un amplio espectro de organizaciones, comunidades, y movimientos sociales, y en sus propias redes de alianzas y articulaciones ...» Abramovich, Víctor, 'De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos', *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 6, 2009.

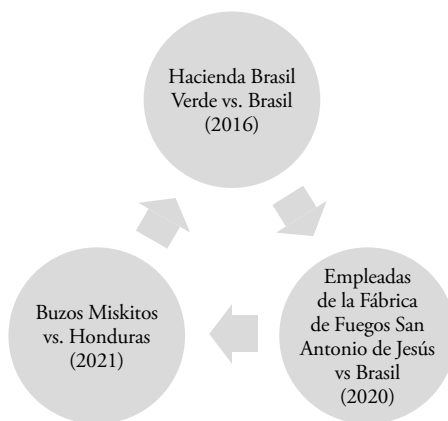
<sup>15</sup> Pou Giménez, Francisca, «La igualdad sustantiva interamericana: Avances y debates pendientes Inter-American substantive equality: Steps forward and pending debates.» *International Journal of Constitutional Law* 2021, 19.4, pp. 1241-1247.

<sup>16</sup> Añón Roig, María José. «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía* 39, 2013, pp. 127-157; Añón Roig, María José «Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* 26, 2021, pp. 29-54.

<sup>17</sup> La Corte IDH se refiere en el caso a que las mujeres afrodescendientes que viven en la pobreza son estereotipadas y que en virtud de ello, ven aún más reducidas las posibilidades de obtener trabajo. Sin embargo, no aplica análisis de estereotipos incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, como en otras oportunidades. Al respecto, v. entre muchas otras, Cardoso Onofre De Alencar, Emanuela (2016). Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), 26-48; Clérico, Laura (2017). Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos. *Revista Derechos en Acción*, Vol. 5 (5), 211-246.

<sup>18</sup> V. asimismo, Corte IDH, Opinión Consultiva 26, 2021 sobre libertad sindical y perspectiva de género, párr. 185 sobre la pobreza y la prohibición de discriminación por posición económica; y, en especial, el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en Corte IDH «Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús», 2020.

ellos contra Brasil y uno contra Honduras<sup>19</sup>, todos ellos referidos a la falta de condiciones materiales que garantizan goce efectivo del derecho al y en el trabajo



Cuadro 1. Elaboración propia.

En los tres casos la discriminación estructural es *por sobre todo* por pobreza causando violaciones graves a los derechos humanos: esclavitud, trata de personas, trabajo infantil, explotación laboral en contextos en donde la omisión del cumplimiento de las obligaciones estatales de supervisar, fiscalizar y monitorear las acciones de las empresas empleadoras es patente,<sup>20</sup> así como la omisión estatal de tomar medidas efectivas para sacar de la pobreza a las poblaciones que desde hace tiempo fueron puestas a vivir al filo del sistema. Esta jurisprudencia grafica las «expulsiones»<sup>21</sup> que el sistema económico-financiero global produce en la región.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Por supuesto en esta enumeración es insoslayable mencionar al caso Corte IDH Manuela y otros vs. El Salvador sobre mujeres jóvenes, pobres, rurales, que no se la ha garantizado el derecho a la salud, a la educación, entre muchos otros derechos, y que son criminalizadas cuando acuden a los hospitales públicos por emergencia obstétricas. V. Clérico, Laura, «Esterotipos de género y la violación de la imparcialidad judicial: Nuevos estándares interamericanos. El caso Manuela vs. El Salvador», *Revista SAIJ/UNDAV*, 2022. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2748>

<sup>20</sup> En general sobre los procesos de captura estatal, v. CIDH, *Empresas y Derechos Humanos*, 2019, párr. 53. Cañete, Rosa, *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam Internacional, 2018.

<sup>21</sup> Sassen, Saskia. *Expulsiones: brutalidad y complejidad en la economía global*. Vol. 3090. Katz editores, 2015; Sassen, Saskia. «Beyond Inequality: expulsions.» *Critical Perspectives on the Crisis of Global Governance*. Palgrave Macmillan, London, 2015. pp 69-88; Sassen, Saskia. *Expulsiones: brutalidad y complejidad en la economía global*. Vol. 3090. Katz editores, 2015.

<sup>22</sup> Aunque la Corte IDH cuando visibiliza la estructura de opresión pone el énfasis en diversos factores (como la pobreza, el lugar en donde habitan las poblaciones afectadas, el género y la procedencia étnica), no explora ni visibiliza como parte del *contexto* los procesos que hacen que el Estado no fiscalice ni supervise la fábrica ni las condiciones laborales ni haya realizado nada eficaz para mejorar las condiciones de vida de las personas que son explotadas mientras trabajan como así también cuando, en el caso Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús, vuelan por los aires en las fábricas.

En todos estos casos *las víctimas son explotadas* en varios sentidos literales del término:

en las haciendas en los que son sometidos a trata y trabajo esclavo;<sup>23</sup>  
 en la fábrica de fuegos artificiales en las que son explotadas durante la jornada  
 laboral extendida y cuando vuelan por los aires;<sup>24</sup>  
 en las profundidades de los mares en la pesca por buceo.<sup>25</sup>

Los tres casos expresan que las estructuras generadoras de desigualdades, explotan cuerpos. Además, demuestran que las violaciones a los derechos no empiezan ni terminan con estos casos. Las víctimas vienen padeciendo los problemas estructurales en el ejercicio de varios derechos. No es casual ni aleatorio que esas poblaciones no tengan otra alternativa que tener que tomar esos empleos para subsistir. Si bien los tres casos son importantes para sostener nuestro argumento, a los efectos de este trabajo, nos detenemos en uno: «Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús vs. Brasil» de 2020.<sup>26</sup>

#### IV. El caso, el contexto y las violaciones a los derechos por tres omisiones estatales

El caso se origina a la luz de los hechos acontecidos el 11 de diciembre de 1998. Ese día explota una fábrica de fuegos artificiales ubicada en el municipio de Santo Antônio de Jesus, en el estado de Bahia, en Brasil. La infraestructura de la fábrica era muy precaria, varias carpas ubicadas en potreros con algunas mesas de trabajo compartidas. La explosión produjo la muerte de las personas que se encontraban trabajando en el lugar: 60 personas (un niño, 59 mujeres y entre ellas 19 eran niñas). Cuatro de las mujeres fallecidas se encontraban en estado de embarazo. Seis sobrevivieron (tres mujeres, dos niños y una niña), aunque ninguno haya recibido tratamiento médico adecuado para recuperarse de las consecuencias del

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, 2016.

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras, 2021.

<sup>26</sup> La sentencia fue firmada por la jueza Elizabeth Odio Benito y los jueces L. Patricio Pazmiño Freire, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo C. Pérez Manrique. Nuestro trabajo toma como objeto de estudio el voto de la mayoría. Haremos solo referencias a los votos concurrentes y en disidencia parcial. Los jueces Pazmiño Freire (9 páginas), Ferrer Mac-Gregor Poisot (36 páginas) y Pérez Manrique (13 páginas) emitieron votos individuales concurrentes; y los jueces Vio Grossi (30 páginas) y Humberto Antonio Sierra Porto (6 páginas) votos individuales parcialmente disidentes.

accidente. La fábrica había sido habilitada por el entonces Ministerio del Ejército y de la municipalidad. Empero, nunca había sido fiscalizada en relación con las condiciones laborales o con el control de actividades peligrosas. Las víctimas iniciaron acciones judiciales por la explosión: un proceso penal, un proceso administrativo y varios procesos civiles y laborales. Al momento de la sentencia de la Corte IDH, habían transcurrido más de 18 años sin que la mayor parte de los procesos iniciados hubiesen culminado. Y si bien el proceso administrativo y algunos procesos en las vías civil y laboral habían finalizado, respecto de éstos no se logró la ejecución completa de la reparación.

En el caso, la Corte IDH concluyó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida y de la protección de la niñez en perjuicio de 40 mujeres adultas y 20 niñas y niños fallecidas por la explosión de la fábrica de fuegos artificiales en la que se encontraban trabajando. Además, se violó el, derecho a la integridad física y psíquica y de la protección de la niñez en perjuicio de las seis personas sobrevivientes, tres de las cuales eran menores; y el derecho a las garantías judiciales.

Todas las violaciones se produjeron como resultado de las omisiones estatales que llevaron a la explosión de la fábrica de «Vardo de los fuegos» en Santo Antônio de Jesus el 11 de diciembre de 1998. Esas omisiones se debieron, no ya por la falta de legislación que regulara las industrias peligrosas, ni por falta de habilitación estatal de la fábrica, sino, en primer lugar, por la falta de fiscalización<sup>27</sup> y supervisión estatal del establecimiento y de la industria desde que la fábrica comenzó a funcionar. La segunda omisión se refiere a la falta de fiscalización de las condiciones dignas y equitativas en el trabajo que garanticen la seguridad, la salud y la higiene de las trabajadoras y la prohibición del trabajo infantil en condiciones peligrosas e insalubres y del trabajo de menores de 14 años. La tercera gran omisión estatal se refiere a no haber realizado algo eficaz que sacara a las víctimas de la desigualdad estructural e interseccionada en la que se encontraban (y encuentran) en forma histórica. Si bien la sentencia contiene el tratamiento de varias violaciones a los derechos, ordena reparaciones y garantías de no repetición, a los efectos de los objetivos de este trabajo, nos detenemos en el examen de desigualdad estructural desplegado en el caso.

## V. Sobre el test de la desventaja estructural: pasos.

A los efectos de determinar la violación de la manda de igualdad material en este sentido, se requiere transitar tres pasos:

---

<sup>27</sup> Corte IDH, caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párr. 136.

- a) En primer lugar, determinar si la víctima se encuentra en desventaja estructural ya sea por «su condición personal» o «por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación» «por su pertenencia a una población o grupo sistemáticamente (sea o no la discriminación histórica) discriminado o «por cualquier otros aspectos que surjan del contexto social.»<sup>28</sup>
- b) Luego, es el Estado quien debe demostrar que ha cumplido con la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva; es decir, se examina cómo el Estado enfrentó «activamente situaciones de exclusión y marginación» determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho».
- c) Al respecto no alcanza con demostrar que aprobó leyes u otras medidas estatales, se requiere demostrar cómo estas medidas positivas implicaron una mejora efectiva de la situación de facto de las víctimas.

## V. Sobre la desventaja estructural

Para la determinación de la desventaja se tienen que tener en cuenta el *contexto*,<sup>29</sup> las prácticas o procesos que generan desigualdad<sup>30</sup> y los diversos factores que convergen o interseccionan.<sup>31</sup> La desventaja estructural no es esporádica, no

<sup>28</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familias vs. Brasil, 2020, párr. 186.

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familias vs. Brasil, 2020, párrs. 56-67.

<sup>30</sup> Con anterioridad ver Corte IDH, Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, 2016, párr. 339: «339. [...] en el presente caso algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000:

- (i) se encontraban en una situación de pobreza,
- (ii) provenían de las regiones más pobres del país,
- (iii) con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo,
- (iv) eran analfabetas, y
- (v) tenían poca o nula escolarización [...].

Lo anterior *los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados* mediante falsas promesas y engaños.»

La pobreza «[era] el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo». *Cursiva agregada.*

<sup>31</sup> Al respecto, v. caracterización de discriminación estructural en Manuel Góngora Mera: «Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas sino de patrones de conducta y normas contemporáneas que configuran desventajas estructurales contra ciertos grupos y que pueden llegar a amenazar su existencia misma. Indicadores significativos a este respecto son, entre otros: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales al interior de un

comienza con el caso concreto sino que la antecede (*dimensión temporal*) e incluso puede ser histórica. Las trayectorias de las víctimas están atravesadas por una seguidilla de violaciones a sus derechos.<sup>32</sup>

En el caso, las víctimas no se vuelven pobres por su trabajo en la fábrica de fuegos. Ya desde antes vivían en la pobreza, no se les había garantizado la educación formal ni un sistema de cuidado para sus hijos (*dimensión generacional y de (in)movilidad social*). Incluso estos datos se extienden a la precariedad en los territorios que habitan (*dimensión espacial y de infraestructura*): «los barrios donde viven la mayoría de las y los trabajadores de la fábrica se caracterizan por la pobreza y la falta de acceso a la educación formal. Estos lugares tenían (tienen), además, problemas de falta de infraestructura (saneamiento básico) y predominio de personas con bajos niveles de educación y, en consecuencia, con bajos ingresos.»<sup>33</sup>

Eran contratadas de manera verbal. No eran registradas como empleadas. No contaban con equipos de protección individual ni capacitación para ejercer su labor. Aprendían de personas vecinas y familiares. Tenían una jornada laboral de todo el día y sin feriados, produciendo entre 3 mil y 6 mil cohetes diarios. Los salarios eran muy bajos (50 centavos de real por la producción de mil cohetes). No percibían ningún monto adicional por el riesgo al que estaban sometidas (*dimensión laboral*). Como contraste contextual surge que Brasil es el segundo productor de fuegos artificiales del mundo y que Santo Antônio de Jesus es la segunda ciudad con mayor producción en Brasil y conforma el polo de producción más importante del nordeste del país (*dimensión de la escala industrial*).<sup>34</sup>

---

país; 2) su particular indefensión y victimización en contextos de violencia, en parte debido a patrones de impunidad sistemática derivados de barreras socio-económicas y culturales para acceder a la justicia y a la falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (v.gr. impactos negativos en términos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales)». Góngora Mera, Manuel (2013), «Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas», en: Clérico, Laura; Ronconi, Liliana; Aldao, Martín (eds.): *Tratado de Derecho a la Salud*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot), 2013.

<sup>32</sup> V. Fiss, Owen M (2021) «La acumulación de desventajas». *Doxa*, 44, pp. 45-109 (45) sosteniendo que los «grupos históricamente marginalizados en una estructura de castas sufren desventajas en varias esferas sociales. Cualquier estrategia correctiva debe reconocer el carácter interdependiente de este sistema de desventaja y elaborar reglas que impidan que una desventaja sufrida en una esfera (tal la de educación) se transmita a otra (tal el empleo)».

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor, párr. 66.

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor, párr. 61.

La desventaja estructural es además en cadena, se reproduce, pues alcanza a las nuevas generaciones (*dimensión etaria y generacional*): Las niñas/os comenzaban a trabajar desde los 6 años ya sea para contribuir a los ingresos familiares o por falta de lugares de cuidado en los que las trabajadoras pudieran dejarlas/os mientras laboraban (*dimensión referida al sistema de cuidados*). En época de clases trabajaban 6 horas diarias, durante las vacaciones, fines de semana y días de fiesta: todo el día (*dimensión referida al sistema educativo*).

Por lo demás, en el caso son 66 las víctimas; pero eso es tan solo una foto representativa de lo que padecen muchas otras por pobreza (*dimensión poblacional*) y afrodescendencia (*dimensión grupal-étnica*).<sup>35</sup> La Corte IDH sostiene que «... en casos de discriminación estructural, se debe considerar en qué medida la victimización del caso concreto evidencia la vulnerabilidad de las personas que pertenecen a un grupo.»<sup>36</sup> En este sentido, las habitantes del municipio de Santo Antônio de Jesús trabajaban en esa fábrica porque no tenían otra alternativa más que aceptar un trabajo de alto riesgo, con baja paga y sin medidas de seguridad adecuadas<sup>37</sup> — en otras palabras, en condiciones de explotación.

Si bien la discriminación estructural se centraba en la condición de opresión por pobreza, ésta «confluían<sup>38</sup> con otras desventajas estructurales que «increment(aron) las desventajas comparativas». Así, las víctimas «comparten» factores específicos de discriminación «que sufren las personas en situación de pobreza,<sup>39</sup> las mujeres y las/os afrodescendientes. Según *declaraciones de las propias trabajadoras sobrevivientes*, no las contrataban como empleadas domésticas debido a estereotipos que las asociaban, por ejemplo, con la delincuencia.<sup>40</sup> Tampoco podían ac-

---

<sup>35</sup> CIDH, *Informe temático sobre Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes: Estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural*, Washington, 2021. párr. 28 entre muchos otros.

<sup>36</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva Nro. 26, 2021, párr. 185.

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 142.

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párrs. 189, en especial párr. 203: «la Corte encuentra que la situación de pobreza de las ... víctimas, aunada a los factores interseccionales de discriminación ..., que agravaban la condición de vulnerabilidad ...». Cursiva y énfasis agregados.

<sup>39</sup> En una opinión consultiva reciente la Corte IDH recuerda que «... se ha pronunciado sobre la pobreza y la prohibición de discriminación por posición económica, reconociendo casos en que las violaciones de derechos humanos han estado acompañadas de situaciones de exclusión y marginación por la situación de pobreza de las víctimas, y ha identificado a la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto de la victimización». Corte IDH, Opinión Consultiva No. 26, 2021.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párr. 71, con referencia expresa a una de las declaraciones rendidas en el caso, «o trabajábamos en la fábrica o en casas de familias, pero muchas familias no nos empleaban porque pensaban que nosotros éramos de un barrio pobre y que podríamos hurtar o cometer hurtos y entonces

ceder a trabajos en comercios porque no eran consideradas aptas, ya que no se les había garantizado aprender a leer y escribir<sup>41</sup> (*dimensión referida al acceso al mundo laboral*). En esta línea la Corte IDH consideró asimismo que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en su informe sobre Brasil de 2012, estableció que las estereotipaciones de género y la raza en contra de mujeres afrodescendientes e indígenas contribuyen a la segregación laboral en empleos de menor calidad.<sup>42</sup>

A esta confluencia de factores de discriminación, como la pobreza, el género y la afrodescendencia, se sumaban situaciones de vulnerabilidad específicas porque algunas trabajadoras estaban embarazadas<sup>43</sup> o por edad, eran niñas o eran niñas y estaban embarazadas.<sup>44</sup> En cuanto a la situación de los niños y niñas, tuvo como dato de *contexto* que ya para un año antes de la explosión, se registraba ausentismo escolar de los niños y niñas afrodescendientes adjudicado a la «necesidad de contribuir con el ingreso familiar y que era común que trabajarán en la industria con productos tóxicos y en condiciones insalubres y peligrosas pese a que la Constitución de Brasil prohíbe el trabajo a menores de 16 años.» En suma, todo esto lleva a concluir que las víctimas estaban inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional.<sup>45</sup> La Corte IDH tuvo en cuenta que la discriminación contra la población afrodescendiente es una «constante histórica en Brasil»<sup>46</sup> Se refirió al Comité para la Eliminación de Discriminación Racial sobre «la desigualdad que afecta a comunidades negras y mestizas» y «su impacto en el ejercicio de otros derechos».

En términos de argumentación jurídica, la desventaja estructural interseccio-

---

nos discriminaban, no nos aceptaban y nos decían vengan mañana y esa historia siempre pasaba»; y, en el mismo sentido cita peritaje rendido por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni en el caso.

<sup>41</sup> Id.

<sup>42</sup> Corte IDH, párr. 192, recordó lo expuesto por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas a Brasil en su informe del año 2012 que daba cuenta de su preocupación por que los estereotipos relacionados con el género y la raza contribuyeran a la segregación de mujeres afrodescendientes e indígenas en los empleos de menor calidad. Sin embargo, la Corte IDH no hace un análisis de estereotipos como en otras sentencias. V., entre muchas otras, Clérico, Laura, «Estereotipos de género y la violación de la imparcialidad judicial: Nuevos estándares interamericanos. El caso Manuela vs. El Salvador», *Revista SAIJ/UNDAV*, Buenos Aires, 2022.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párrs. 197-198; 190, 191.

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 191

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 197.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 193. V. además, CIDH, *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes*, Washington, 2021.



nada se reconstruyó a partir de la inclusión de una lectura amplia del *contexto* — que en este texto clasificamos en diversas dimensiones. Al respecto, en la sentencia se tomaron en cuenta los datos que surgen de los censos, de los informes de las pericias de expertos y de informes de Comité de la ONU que alertaba al Estado sobre las condiciones de vida de mujeres afrodescendientes que habitan territorios pobres. y Todo esto fue de importancia para sostener que la desventaja en que se encuentran las mujeres y niñxs trabajadorxs afrodescendientes responde a un «*patrón* estructural» e interseccional de discriminación.<sup>47</sup>

En el caso, esto se ve reflejado en la desventaja estructural muy concreta para las trayectorias de vida de estas mujeres, niñas y niños.<sup>48</sup> Esta se ve patente si se tienen en cuenta los *efectos sociales* de los patrones en que estaban atrapadas: «no contaban con ninguna otra alternativa económica más que aceptar un trabajo peligroso en condiciones de explotación.» Esto «*facilitó* la instalación y funcionamiento de una fábrica dedicada a una actividad especialmente peligrosa, sin fiscalización ni de la actividad peligrosa, ni de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo por parte del Estado».<sup>49</sup> Entonces, habiéndolo sido puestas las víctimas al filo del sistema y, por ello, sin otras posibilidades reales de trabajo las «llevó a aceptar un trabajo que ponía en riesgo su vida e integridad y la de sus hijas e hijos menores de edad.» O en otras palabras de la Corte IDH: «La confluencia de estos factores hizo posible que una fábrica como la que se describe en este proceso haya podido instalarse y operar en la zona y que las mujeres, niñas y niños presuntas víctimas se hayan visto compelidos a trabajar allí.»<sup>50</sup> Esta posibilidad no fue accidental ni aleatoria. En lo que sigue la Corte IDH determina que el Estado «contribuyó» por sus reiteradas omisiones.

## VI. Sobre el accionar estatal y la desventaja estructural

Fijada la desventaja estructural, el test continúa analizando qué hizo el Estado. En concreto, qué medidas adoptó *el Estado dirigidas a garantizar la igualdad*

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 197.

<sup>48</sup> Asimismo, la Corte IDH alertó sobre el hecho de que esta actividad económica especialmente riesgosa se haya instalado en esa zona está relacionado con la pobreza y marginación de la población que allí residía y reside debido que este trabajo era la única opción laboral pues se trataba de personas con muy bajo nivel de escolaridad y alfabetización, que además eran perfiladas como poco confiables y por estas razones no podían acceder a otro empleo.

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020 párr. 197.

<sup>50</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párrs. 197.

*material en el derecho al trabajo*<sup>51</sup> respecto de un grupo de mujeres en situación de marginación y discriminación.<sup>52</sup> El Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva.<sup>53</sup> En palabras del Comité de DESC, los Estados deben «adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto».<sup>54</sup>

La Corte IDH sostiene que el Estado no adoptó ninguna medida que pueda ser valorada como una forma de enfrentar o de buscar revertir la situación de pobreza y marginación estructural de las trabajadoras de la fábrica de fuegos, con atención a los factores de discriminación que confluían en el caso concreto.<sup>55</sup> Y que al respecto no alcanza con alegar que aprobó normas sino que debe demostrar cómo esas implicaron un «cambio» para las trabajadoras.<sup>56</sup>

Incluso en el caso la Corte IDH tiene por probada que la omisión expresa en casos de conocimiento de la situación de desventaja estructural, requiere del cumplimiento de en una obligación estatal «reforzada». De lo contrario, como en el caso, las deliberadas omisiones estatales implican una «contribución» estatal para que las violaciones ocurran. Es el Estado que con sus omisiones (por falta de supervisión y fiscalización; y por falta de acción para sacar a las personas de la pobreza), «contribuyó a agravar las condiciones de discriminación estructural en que se encontraban.»<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> La desigualdad estructural también jugó un papel aunque escueto en la argumentación de la Corte sobre violación a la garantía judicial del plazo razonable respecto de los procesos judiciales tramitados en el orden interno: indica que «la demora en exceso y la impunidad agravaron su situación, especialmente en razón de la condición de vulnerabilidad extrema por la situación de pobreza y discriminación estructural en que se encontraban». Respecto del proceso penal, concluye que 22 años de proceso sin una decisión definitiva configuró una violación del plazo razonable, sumado a la falta de investigación con debida diligencia. Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020.

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párrs. 189, en especial párr. 203. Cursiva y énfasis agregados.

<sup>53</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párr. 186.

<sup>54</sup> Comité DESC de la ONU, Observación general 20, párr. 8.

<sup>55</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párr. 200.

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020, párr. 202. El Estado, al referirse a las alegadas violaciones al artículo 24 de la Convención, indicó que dispone de una estructura legal efectiva para la reducción de las desigualdades y que ha adelantado diversas políticas públicas con ese mismo objetivo en el municipio de Santo Antônio de Jesus. Sin embargo, la Corte encuentra que el Estado no probó que la situación de discriminación estructural padecida por las mujeres que se dedican a la fabricación de fuegos artificiales haya cambiado.

<sup>57</sup> Sobre el conocimiento de la situación de especial vulnerabilidad por medio de estadísticas, Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs.

En suma, como sostiene Alexandra Timmer « la igualdad se reconceptualizaría como un desafío a la desventaja» a los efectos de la transformación. Así el examen de desigualdad por desventaja estructural pregunta si la norma, la práctica omisiva, insuficiente o por acción, «perpetúa la desventaja de los grupos sociales tradicionalmente desfavorecidos». Entonces, «el enfoque no requiere que una persona demuestre que es igual o diferente a una norma, sino sólo que sufre una desventaja, y considera cómo la ley o la política en cuestión facilita dicha desventaja».<sup>58</sup> Por el contrario, el Estado debe demostrar un hacer estatal y que este es adecuado o idóneo en clave de transformación. De lo contrario, como en el caso, se viola la igualdad material.

## VII. Consideraciones finales

Respecto de la concepción material de desigualdad y el test de la desventaja estructural, la sentencia demuestra un iter argumentativo hilvanado en estándares interamericanos consolidados.<sup>59</sup> Recordó, como lo viene haciendo en todos los casos sobre desigualdad, que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de carácter *jus cogens* y que este es medular por «sobre él descansa el orden público nacional e internacional». Genera dos tipos de obligaciones estatales: por un lado, deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de*

---

Brasil, 2020, párr. 201: «Además, en este caso la Corte encuentra que el Estado tenía conocimiento de la situación de especial vulnerabilidad de las presuntas víctimas, pues según los datos divulgados por órganos del mismo Estado, una cifra significativa de la población del municipio de Santo Antônio de Jesus, para la fecha de los hechos, vivía en situación de pobreza. También, de acuerdo con bases de datos estatales, era de conocimiento del Estado que las mujeres afrodescendientes se encontraban en particular situación de vulnerabilidad toda vez que, entre otros factores, tenían menor acceso a trabajos formales. En este sentido, al permitir la instalación y funcionamiento de la fábrica de fuegos en una zona en la que una parte sustancial de la población es vulnerable, el Estado tenía una obligación reforzada de fiscalizar las condiciones de funcionamiento de las instalaciones y de garantizar que efectivamente se adoptaran medidas para la protección de la vida y la salud de las trabajadoras y para garantizar su derecho a la igualdad material. Por ello, al no haber fiscalizado las condiciones de higiene, salud y seguridad del trabajo en la fábrica, ni la actividad de fabricación de fuegos artificiales para, especialmente, evitar accidentes de trabajo, el Estado de Brasil no solo dejó de garantizar el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo de las presuntas víctimas, sino también contribuyó a agravar las condiciones de discriminación estructural en que se encontraban».

<sup>58</sup> Timmer, Alexandra. «Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights». *Human Rights Law Review* 11.4, 2011, pp. 707-738; Anón Roig, María José. «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía* 39, 2013, pp. 127-157.

<sup>59</sup> Este recuento jurisprudencial surge con claridad del voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, párrs. 52-123, en Corte IDH, Caso Empleadas de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil, 2020.

*facto*; pero a su vez también genera obligaciones positivas de hacer para equiparar. La Corte IDH concluye que el Estado es responsable por no haber cumplido con estas obligaciones de hacer. La justificación de esta conclusión incluye primero la enunciación de los estándares que la Corte reconstruye a la luz de su acervo jurisprudencial. Luego, la aplicación de éstos al caso. El caso tiene un abordaje de desigualdad interseccional o por convergencia aunque el punto de desventaja de partida parece ser la desigualdad estructural por pobreza y las otras «imponen mayores desventajas». <sup>60</sup> La desigualdad que posiciona(ba) a las víctimas en situación de desventaja estructural de facto para acceso al mundo de trabajo digno responde a una patrón de discriminación estructural e interseccional histórico. Es el Estado entonces que debe demostrar que implementó medidas estatales adecuadas para sacar a estas personas de la pobreza y que, en consecuencia, la situación de las personas mejoró. El Estado incumplió por omisión en forma reiterada diversas obligaciones estatales. En este trabajo desarmamos la argumentación de la sentencia en diversos pasos argumentativos para reconstruir el test de la desventaja estructural.

Por lo demás, enfatizamos el carácter paradigmático de caso Empleadas de Fuego San Antonio de Jesús vs. Brasil. Las mujeres jóvenes afrodescendientes que habitan en la pobreza por falta de acción estatal, están en una posición de desventaja estructural en el acceso al mundo del trabajo. Es entonces más probable que para poder sobrevivir se vean en la necesidad de tomar trabajos en donde se las explote y en donde sus cuerpos exploten. En pocas palabras, en vez de hacer adoptar medidas adecuadas para erradicar la situación de pobreza en la que las mujeres se ven sumergidas, el Estado genera a través de sus omisiones un «pase libre» para que en los territorios donde habitan cuerpos empobrecidos, éstos sean explotados durante el acceso y proceso de trabajo y además, corran el alto riesgo de explotar en el aire. La triple omisión estatal generó múltiples «explotaciones».

Desde hace ya mucho tiempo que desde diversas vertientes de la teoría crítica feminista y social se viene sosteniendo que el sistema económico-social y patriarcal, <sup>61</sup> primero explota y hasta el último centímetro a los cuerpos de las mujeres <sup>62</sup> y luego las «desecha», las «expulsa» y hasta las «desaparece». Muchas veces estos textos ejemplifican con estadísticas, entrevistas a mujeres, informes temáticos, documentales, etc. Ahora tenemos la sentencia <sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*

<sup>61</sup> Entre muchas otras, Arruzza, Cinzia, Bhattacharya, Tithi y Fraser, Nancy *Feminismo para el 99%: un manifesto*, Buenos Aires, Rara Avis, 2019.

<sup>62</sup> Arriola, Elvia R.: «Accountability for Murder in the Maquiladoras: Linking Corporate Indifference to Gender Violence at the U.S. Mexico Border». En: *Seattle Journal for Social Justice*: Vol. 5: Iss. 2, Article 29, 2007.

<sup>63</sup> Celeste Novelli, Laura Clérico, *op. cit.*

## EL ENFOQUE DE DIFERENCIA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

RICARDO ALBERTO ORTEGA SORIANO

*Director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*

La tarde de hoy quisiera acercarme al principio de igualdad reconocido ya ampliamente en nuestros textos constitucionales y en los numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Quisiera abordarlo desde una mirada estructural, sin embargo, aclaro que no me referiré por ahora a los problemas de la desigualdad estructural —que por supuesto pueden sumarse— sino de otro problema estructural: el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Según esta perspectiva, el principio de igualdad debería, entre otros aspectos, ocuparse de las condiciones que posibilitan el acceso a la justicia. En conclusión, me referiré a aquellos elementos del principio de igualdad que permiten mejores condiciones para el acceso a la justicia, sobre todo cuando hablamos de un grupo en situación de desventaja.

A veces, como abogadas y abogados olvidamos que los sistemas de justicia son generalmente inaccesibles para las personas que no pertenecen a este gremio. Entrar a los sistemas de justicia lo imagino como entrar a un túnel oscuro, en donde no sabes a lo que te vas a enfrentar ni cuanto vas a tardar y, en general, no entiendes cómo se compone. Eso sucede con cada persona adulta que se enfrenta a procesos de justicia. Ahora las y los invito a pensar en cómo funciona para las niñas, niños y adolescentes: un espacio aterrador, desconocido y hostil.

En ese sentido, me parece muy afortunada la idea planteada anteriormente en este Congreso sobre la importancia de mirar las herramientas que se han ido construyendo desde los tribunales internacionales. Las interpretaciones del derecho a la justicia que se han realizado desde las instancias internacionales han motivado cambios importantes para acercar la justicia a poblaciones desaventajadas, entre ellas: niñas, niños y adolescentes, como veremos más adelante.

Pero, además de las herramientas o, mejor dicho, como parte de esas herramientas, me parece importante tener en cuenta las miradas o aproximaciones es-

pecializadas y diferenciadas como la perspectiva de género o los enfoques de interseccionalidad que nos ayudan a identificar contextos, situaciones y condiciones que afectan de manera particular a algunas poblaciones. En el caso del acceso a la justicia, quisiera realizar un abordaje desde un enfoque de derechos de la infancia que no solamente impone estándares de aplicación de la justicia; sino que implica una manera de aproximarse a los derechos de las niñas, niños y adolescentes de manera integral desde los ámbitos de justicia.

Ahora bien, me parece importante decirles desde dónde hablo. Soy académico y mi trabajo desde la academia ha ido de la mano de los derechos de la infancia desde hace muchos años, y de manera más precisa a diferentes aspectos vinculados con el acceso a la justicia. Adicionalmente, he colaborado desde el activismo en la defensa de los derechos de niños y niñas, y de otros grupos en situación de desventaja. La defensa de casos me ha permitido enfrentarme a los problemas estructurales de los sistemas de justicia de primera mano, pero también me han permitido conocer, a ras de suelo —si cabe la expresión— cómo piensan los tribunales. Desafortunadamente, he visto las afectaciones que las niñas, niños y adolescentes pueden sufrir después de atravesar por procesos de justicia.

Al mismo tiempo, he sido testigo de buenas prácticas, resoluciones favorables y exitosas que han permitido ir fortaleciendo, desde la academia y desde las organizaciones, este enfoque de infancia, que poco a poco se va haciendo más sólido.

La siguiente presentación se estructura en torno a dos aspectos: la protección de niñas, niños y adolescentes desde una perspectiva de diferencia; y las obligaciones de debida diligencia a partir de las cuáles se debe estructura la idea de justicia adaptada con el enfoque de diferencia, especialmente abordaré las condiciones para la toma y valoración de los testimonios infantiles.

## 1. Niñas, niños y adolescentes desde el principio de diferencia

Es muy común escuchar que cuando se habla de niñas, niños y adolescentes se hace les refiere como «menores», sobre todo es común escucharlo de la boca de abogados y abogadas. De manera particular quiero apartarme de ese término, pues, de origen, plantea una noción estigmatizante y basada en un enfoque tutelar,<sup>1</sup> en donde los derechos de niñas, niños y adolescentes no formaban parte del discurso, ni su garantía de la manera en que el Estado se acerca a esta población. Afortunadamente, este enfoque tutelar fue superado con la Convención sobre los

---

<sup>1</sup> Beloff, M. «Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar» en *Justicia y derechos del niño*.1. 1999, p 13

Derechos del Niño (1989), que gira en torno a la consideración de las niñas, los niños y las personas adolescentes en el centro, como sujetos de derechos.

Sin embargo, cuando se habla de niñas, niños y adolescentes generalmente se sigue pensando en ellas y ellos como personas vulnerables con un mayor grado de exposición al riesgo o a sufrir afectaciones en sus derechos, por lo que requieren la protección adulta y estatal para su sano desarrollo. A partir de ello, quisiera poner sobre la mesa una reflexión, ¿son las niñas, niños y adolescentes un grupo en situación de vulnerabilidad?

No niego y, en realidad, no podría negarse la existencia de factores asociados a las características de la infancia y la adolescencia que pueden generar impactos diferenciados y agravados debido a estas condiciones de desarrollo, en casos de violaciones a sus derechos. Sobre todo, cuando estas condiciones de desarrollo se intersectan con otros factores que agravan los impactos.<sup>2</sup> Por ejemplo, la pobreza, las condiciones de violencia o marginación, la falta de acceso a la educación o a la salud, colocan a muchas niñas y niños en una situación de vulnerabilidad.

El caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*<sup>3</sup>, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2015 es un ejemplo de ello. Una niña en condiciones de pobreza que a la edad de 3 años fue contagiada de VIH en una transfusión sanguínea en una clínica de salud privada. A partir del contagio, la niña se enfrentó a una serie de eventos que tuvieron como consecuencia la violación de otros derechos como el derecho a la educación. De esta manera, se puede observar que no es la edad por sí misma la que colocó en este caso a la niña en situación de vulnerabilidad, sino el conjunto de factores que se intersectan a partir de los cuáles sufrió discriminación y exclusión de sus derechos a la educación y la salud.

Otro ejemplo podrían ser la violencia contra las niñas y adolescentes. Además de ser menores de edad, son mujeres lo que supone un factor adicional de riesgo en un mundo patriarcal. Esto particularmente es cierto, cuando se encuentran en un país con altos índices de violencia machista y feminicidios infantiles, como desafortunadamente lo es México<sup>4</sup>. Son este tipo de casos en donde se visibilizan los contextos de desigualdad y discriminación interseccional.

Ahora bien, es cierto que la edad ha sido un motivo de exclusión histórica que ha propiciado que este grupo se enfrente a situaciones de desventaja sociales y en el ejercicio de sus derechos. También existen, como ya mencioné, factores que les colocan en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la desventaja, la exclusión y

---

<sup>2</sup> UNICEF (2014) «Vulnerabilidad y exclusión en la infancia. Hacia un sistema de información temprana sobre la infancia en exclusión» en: *Cuadernos para el debate*. 3, pp. 17 y 18. m

<sup>3</sup> Véase Corte IDH. Caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298.

<sup>4</sup> Véase ONU Mujeres. *Violencia y feminicidio de niñas y adolescentes en México*. México. 2018.

la vulnerabilidad no son intrínsecas a la edad, sino a la serie de condiciones y factores sociales y jurídicos que les colocan en ese lugar.

En ese sentido, me parece que la situación de vulnerabilidad no debería ser la razón de entrada de las obligaciones reforzadas por parte del Estado para la protección y promoción de sus derechos. Al menos no la única razón. Contrario a ello, propongo que lo pensemos desde el principio de diferencia o enfoque diferencial.

Este enfoque invita a visibilizar aquellos factores que colocan en situación de vulnerabilidad a un grupo de personas o individuos, para identificar acciones específicas que permitan su protección o restitución de derechos en caso de que estos hayan sido vulnerados.<sup>5</sup> La finalidad de este principio es asegurar que estos grupos en situación de histórica desventaja puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, pensada desde la igualdad sustancial. Esto es que el reconocimiento de las diferencias que tienen las personas o grupos de personas, impliquen una serie de obligaciones para el Estado.

Es importante pensar que los sistemas jurídicos, generalmente se han construido pensando en un sujeto ideal, y éste, generalmente, es un hombre blanco, propietario, heterosexual, etc. No estoy señalando una novedad, es algo que se ha evidenciado en muchas ocasiones. Bajo esta perspectiva, las mujeres, las personas indígenas, las niñas y niños, las personas con disidencia sexo-genérica, son excluidas y excluidos del propio sistema.

En el caso de las niñas, los niños y los adolescentes este principio de diferencia parte de reconocer que existen diferencias de este grupo con las personas adultas. Estas diferencias van desde el desarrollo físico, cognitivo y emocional, hasta las necesidades emocionales y educativas que deben atenderse. Esto ya ha sido señalado por el Comité de los Derechos del Niño en distintas ocasiones.<sup>6</sup> Estas necesidades no deben verse como una suerte de inferioridad o, como si la infancia y adolescencia fueran un momento de *impasse* para llegar a la adultez ideal. En su lugar, es necesario reconocer el valor de la niñez y adolescencia con las características diferenciadas y que ello se refleje en el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, que deben ser observadas por los sistemas jurídicos, los cuales tendrían que garantizarles el pleno acceso a sus derechos.

<sup>5</sup> ACNUR. *Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de las personas en situación de desplazamiento forzado con discapacidad en Colombia*. Colombia. 2011, p. 27

<sup>6</sup> Comité Derechos del Niño (2005). *Observación General no. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1. 20 de septiembre de 2006; Comité Derechos del Niño (2013a) *Observación General no. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013; Comité Derechos del Niño (2013b) *Observación General no. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. CRC/C/GC/15. 17 de abril de 2013.



Entonces ¿qué significa pensar en las niñas, niños y adolescentes desde el enfoque diferencial? En primer lugar, supone movernos de lugar para no mirarlos y mirarlas desde una suerte de vulnerabilidad asumida. Después implica entenderles y valorarles como lo que son, niños y niñas; por tanto, son personas diferentes a las adultas, y ello tiene implicaciones: piensan y sienten distinto porque enfrentan un proceso de desarrollo personal, emocional y físico que tiene peculiaridades.<sup>7</sup>

Pongo un ejemplo muy básico y cotidiano que van a identificar inmediatamente, pero que, si se piensa en función de la relación de las niñas y niños con el sistema de justicia, podremos observar los obstáculos que tienen para acceder a su derecho. Si le pedimos a una persona de unos cinco años que nos cuente su película favorita, será muy fácil poder identificar estas características del pensamiento infantil. Nos vamos a encontrar con un relato peculiar, un poco desordenado que nos va narrando precisamente lo que va pasando por su cabeza, los cambios serán súbitos, no sabremos bien qué parte es el principio y cuál el final. Pero, sobre todo, no sabremos cuando ya está hablando de otra película o de lo que le sucedió el día anterior.

En nuestra vida cotidiana estas interacciones pueden ser incluso amenas o divertidas, pero no sucede lo mismo cuando nos enfrentamos a un proceso de justicia. Por sus características, el desarrollo del pensamiento y comunicación infantil tienen enormes implicaciones cuando niños, niñas y adolescentes deben presentarse a rendir su testimonio ante un tribunal en casos de delitos.

En alguna ocasión me tocó acompañar un caso en donde a una niña que había sido víctima de abuso sexual por parte de su padre, después de una entrevista mal practicada —ya que su padre agresor estaba en el fondo de la sala donde la entrevistaron, el juez no tuvo la precaución de evitar actos inhibitorios para tomar el testimonio— dijo que el agresor no había sido el padre, sino el chofer del autobús de la escuela. Esta declaración tuvo consecuencias en términos jurídicos.

Se trata de una situación muy común, en donde lo más sencillo es asumir la mentira o manipulación del niño o niña, antes que la revisión y el análisis especializado para entender la comunicación infantil en situaciones de trauma.

Lo sucedido a la niña, es perfectamente explicable desde la psicología infantil, ya que se trata de mecanismos de defensa que aparecen en momentos de mucho estrés o dolor.<sup>8</sup> Incluso, estos elementos pueden aparecer en las personas adultas.

---

<sup>7</sup> Véase todo el trabajo que han hecho Jean Piaget o Erik Erikson. Por ejemplo, de acuerdo con la teoría de Jean Piaget, los niños pasan por distintos estadios de acuerdo con su nivel de desarrollo cognitivo, y desde luego esta aproximación resulta relevante para situar las características y elementos diferenciados que poseen niñas, niños y adolescentes.

<sup>8</sup> Castañer, A. «La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito» Tomo II de la colección: *El niño víctima del delito frente al proceso penal*. Oficina de Defensoría de los Dere-

Es sumamente importante comprender esto desde los ámbitos de la justicia, porque lejos de ser elementos que afectan el testimonio, brindan más elementos que funcionan, incluso, como criterios de credibilidad. Además, existen casos de violencia sexual contra niños y niñas en donde el relato infantil es el único medio de prueba con el que se cuenta. Desestimarlos por estas razones implica negarle el acceso a la justicia y a una reparación.

En ese sentido, cuando existen los mecanismos adecuados para que las diligencias se lleven a cabo de manera especializada, por ejemplo, en el caso del testimonio, no solo se protege al niño o niña en cuestión, sino que se protege la misma materia del juicio. Es decir, se cuenta con elementos de prueba mucho más sólidos.

Derivado de todo esto que acabo de relatar, me parece que comprender que las y los niños piensan y sienten diferente, que tienen una narrativa particular es fundamental a la hora de revisar el sistema de justicia, cuando la intención es construirla desde una mirada inclusiva bajo el principio de igualdad sustancial. A partir del principio de diferencia es que se pueden identificar las características de identidad de las personas y de los grupos que obligan a modificar estructuras, procedimientos y tratos para que los derechos sean debidamente efectivos. Esto se traduce en obligaciones reforzadas que surgen para el Estado.

De esta manera, podemos considerar que las obligaciones reforzadas son necesarias para una protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.<sup>9</sup> Esto debería traducirse en la existencia de un sistema de justicia que se compromete, por principio constitucional con la igualdad sustantiva, y asegura la participación efectiva de las niñas, niños y adolescentes.

## 2. La justicia adaptada como una obligación de debida diligencia del Estado

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido cuatro principios que deben interpretarse de manera transversal al reconocimiento de los derechos: el interés superior, la igualdad y no discriminación; la vida, supervivencia y desarrollo; y la participación. Estos principios le dan sentido al reconocimiento fundamental de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos.<sup>10</sup>

---

chos de la Infancia. Secretaría de Seguridad Pública. 2008. Véase capítulo 1.

<sup>9</sup> CIDH. *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17. 2017, p. 11

<sup>10</sup> Comité Derechos del Niño (2003). *Observación General no. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*. CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003.

Bajo esta misma lógica, también se han establecido obligaciones de debida diligencia. Este tipo de obligaciones imponen exigencias muy concretas a las autoridades estatales. El día de hoy trataré de poner sobre la mesa la idea de la justicia adaptada, o «child-friendly justice», como parte de un enfoque integral que permite al Estado cumplir con sus obligaciones de debida diligencia. Este concepto ya ha sido desarrollado desde la doctrina y también desde agencias internacionales. En el primer caso, por ejemplo, Tom Liefard<sup>11</sup> ha trabajado desde el tema de protección de derechos del niño; por otro lado, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha hecho publicaciones y recomendaciones muy puntuales para que los Estados avancen hacia la incorporación de estos modelos de justicia<sup>12</sup>.

Bajo esta lógica, el acceso a la justicia y la participación efectiva de niñas, niños y adolescentes en procesos legales ya sean administrativos o judiciales, el sistema jurídico debe adaptarse a las condiciones y necesidades de la vida de un niño, niña o adolescente. Es decir, es el sistema el que tiene que adaptarse y no el niño o la niña al sistema, como muchas veces se le exige en muchos procedimientos judiciales mal llevados.

La justicia adaptada para niñas, niños y adolescentes se refleja en, al menos, tres aspectos: adaptación de las condiciones materiales, adaptación de los procesos institucionales y adaptaciones en el plano normativo procedimental. El día de hoy me enfocaré particularmente en el caso del testimonio infantil para ejemplificar los efectos de la justicia adaptada en estos tres aspectos. Hemos dicho que la narrativa infantil generalmente es desordenada, atendiendo a las características del pensamiento infantil: egocéntrico y concreto.

Pero ¿qué pasa, por ejemplo, cuando las niñas y los niños llegan a un juzgado? Muchas veces las autoridades —agentes del ministerio público, jueces, juezas— tratan a las niñas y los niños de la misma manera como tratan a una persona adulta. Hace muchos años, la primera vez que le pedí un agente ministerio público que adoptara medidas especiales para desahogar el testimonio de un niño, básicamente se río de mí.

Por fortuna, estas situaciones han ido cambiando, cada vez es más común escuchar sobre la importancia de realizar adecuaciones para hacer más accesible la justicia. Lo que tenemos ahora, por ejemplo, es que muchas veces las autoridades incluso jueces y juezas con la mejor voluntad, y creyendo que están adecuando el procedimiento hacen preguntas inadecuadas a las niñas y los niños.

Es muy común que en procesos penales las autoridades formulen la siguiente pregunta: ¿dígame cuáles son las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que

---

<sup>11</sup> Liefard, T. «Child-friendly justice: protection and participation of children un the justice System» en: *Temple Law Review*. Beasley School of Law.88 (4). Summer. 2016

<sup>12</sup> FRA European Union Agency for Fundamental Rights. *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales*. Resumen. 2017.

sucedió la agresión? El objetivo de la autoridad es obtener información que le permita acreditar el delito y su pregunta está planteada de manera que cualquier persona adulta le proporcione la información requerida.

En un caso que acompañé, un agente ministerio público le preguntó un niño que era víctima de violencia familiar cuánto tiempo había durado la discusión con sus padres. El niño respondió «mucho tiempo». El agente, buscando una respuesta que se ajustara a sus necesidades jurídicas, preguntó ¿cuánto es mucho tiempo? El niño respondió «como 10 horas». Parece que el niño dijo 10 horas porque 10 es lo máximo que sabía contar.

Cuando las autoridades plantean preguntas abstractas con niñas o niños que se encuentran en la etapa de desarrollo en donde el pensamiento es concreto, no solo no obtienen la respuesta requerida, sino que someterán a las y los niños a situaciones de angustia y, probablemente, tomarán determinaciones lejanas a la justicia. En el caso que comento, el agente de ministerio público concluyó que el testimonio contenía elementos falsos, pues el niño había dicho que la discusión había durado 10 horas, cuando en autos se acreditaba que la agresión había durado apenas 10 minutos.

Me interesaba traer este ejemplo a cuenta para mostrar la relevancia de adoptar enfoques de intervención adecuada que tengan en cuenta las características de la infancia y la adolescencia. Esta situación exige entonces adaptaciones en dos vertientes: la toma del testimonio y la valoración del mismo<sup>13</sup>

En el primer caso, se han planteado ya algunos esquemas para que la toma de testimonio sea adecuada. Por ejemplo, en materia de espacios físicos y materiales, es decir, el lugar en donde se tome la testimonial, la Corte Interamericana ha señalado en la opinión consultiva 21/2014<sup>14</sup> o en el caso V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua<sup>15</sup>, que deben adoptarse medidas para que los espacios físicos sean adecuados. En algunos lugares se han creado salas de entrevista específicos para niñas y niños, con mobiliario adecuado, cámaras de Gessel. Otra adecuación puede ser el camino que deben seguir las y los niños para poder llegar a la sala en donde se le tomará la declaración, de tal manera que no exista ninguna posibilidad de que en el trayecto tenga contacto con su agresor.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> SCJN. Amparo Directo en Revisión 3797/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de octubre de 2015.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 21-14* Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay. 19 de agosto de 2014.

<sup>15</sup> Corte IDH (2018) *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>16</sup> Por ejemplo, puede verse el Modelo SAPCOV del estado de Chihuahua. Griesbach, M. Pliego, Y., Gil, M. *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada*. ODI, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, UNICEF. 2019.

Otra de las adecuaciones que deben considerarse son los materiales que se encuentran dentro de la sala. Lo ideal es que se encuentren aquellos que ayuden a reducir la angustia de las niñas y niños durante su declaración. Esto no debe interpretarse de manera que de pie a malas prácticas. Una vez en un Tribunal de un estado en México, con la mejor intención de adaptar sus espacios, instaló una sala llena de juguetes, para que las niñas y los niños se sintieran con más comodidad. El resultado fue que no se obtuvo ningún testimonio de la niña por el alto nivel de distracción que le generaban los juguetes.

Lo anterior me parece relevante puesto que no se trata de tener buenas intenciones. La justicia adaptada tiene que pensarse desde las necesidades de las niñas y niños atendiendo a, como se ha dicho anteriormente, sus características de desarrollo, sobre todo cuando han sido víctimas de un delito o de una violación a sus derechos. En ese sentido, las características de la justicia adaptada están fundamentadas científica y técnicamente. De otra manera, la justicia adaptada corre el riesgo de no ser efectiva, reproducir la revictimización y no tener ningún impacto positivo en el procedimiento.

Algunas salas ya cuentan con circuito cerrado de videograbación. Este elemento resulta fundamental en términos de evitar la revictimización. Es muy común que durante un procedimiento las niñas o niños acudan en diversas ocasiones a entrevistas con autoridades distintas: policía de investigación, ministerio público, psicóloga, médico legista, y después ante la autoridad jurisdiccional. La videograbación permite que la participación de la niña o el niño pueda repetirse sin necesidad de citar y pedirle repetir la historia innumerables veces.

Como parte de las adecuaciones para evitar la revictimización también se encuentra la necesidad de que la entrevista o toma de testimonial sea realizada por una persona especializada. En los diecisiete años que tengo de trabajar con niñas, niños y adolescentes, yo realizo entrevistas directas, para eso existen personas especializadas, psicólogos y psicólogas que tienen un entrenamiento específico para la testimonial infantil. Esto es muy importante; porque ya veíamos antes que el personal judicial o de procuración de justicia comúnmente realiza preguntas abstractas y técnicas que desde luego tienen un impacto negativo en las niñas y niños. Este tipo de situaciones no sólo revictimiza a la niña o niño sino que afecta al mismo procedimiento.

Por ello se requieren metodologías especializadas, de tal manera que se adopten estrategias de intervención que resulten adecuadas. Esto puede implicar, por ejemplo, que si en una testimonial de una persona adulta la diligencia se desahoga a través de interrogatorios y bajo un esquema de contradicción; en el caso de las y los niños debe priorizarse la narrativa libre. Es decir, que la o el niño pueda expresar de manera libre su testimonio sin interrupciones, y solo cuando termine, iniciar una etapa de aclaraciones sobre su testimonio. El derecho de la defensa de

poder contrainterrogar debe preservarse, sin embargo, el contrainterrogatorio deberá realizarse por la persona especialista y bajo un esquema que no revictimice ni genere angustias innecesarias.

Este tipo de modificaciones procesales y aquellas que son normativas son las que generan más resistencias desde el mundo del derecho. No basta con hacer adaptaciones materiales o de infraestructura, si el procedimiento no se adecua a las necesidades de las y los niños. Es decir, la sala más adaptada no sirve de nada si las preguntas son revictimizantes, o el niño o niña permanece en la sala por seis horas. Sin embargo, este tipo de modificaciones son muy controvertidas.

Generalmente, se escuchan objeciones asociadas a los derechos de debido proceso. Aquí vale la pena hacer el señalamiento de que la justicia adaptada no pretende violentar los derechos del debido proceso, sino que los derechos de acceso a la justicia para niñas y niños tengan el mismo valor. En ese sentido, las modificaciones procesales deben procurar la salvaguardia de estos dos grupos de derechos.

Un ejemplo de modificaciones procedimentales es la implementación de la prueba anticipada del testimonio infantil en casos de violencia sexual en su contra. Han existido ya en México algunos juicios penales en donde ha sido posible salvaguardar los derechos de defensa y contradictorio de la defensa, protegiendo también al niño o niña. En este caso, la testimonial se realiza durante la etapa de investigación y se videografa, pero se realiza bajo los estándares de juicio y frente a un juez de control. En la etapa de juicio, el juez reproduce el video.

Finalmente, las adecuaciones deben aterrizar en la valoración del testimonio. Una de las cosas más importantes a decir al respecto es que el personal jurisdiccional debe partir de la necesidad de contar con análisis especializados que le permitan entender el testimonio infantil. Así como preguntar adecuadamente es tarea de una persona que ha sido entrenada para tal y conoce de psicología infantil y victimización; la valoración del dicho de las y los niños requiere una persona con las mismas credenciales.<sup>17</sup> Por ejemplo, partiendo de esas características del pensamiento infantil que ya mencioné antes, lo que en una persona adulta puede valorarse como criterio para considerar no creíble su testimonio, en el caso de niñas y niños podrías incluso ser considerado un criterio de credibilidad.

En México la justicia adaptada es un tema novedoso que en los últimos años ha ido tomando lugar en las discusiones sobre justicia e igualdad. Muchos de los criterios que ha emitido el más alto tribunal en el país han sido producto de litigios que buscaban incidir en la protección de niñas y niños en los procedimientos jurisdiccionales. Actualmente se han emitido criterios en tribunales de las primeras instancias que abren la puerta a estas adaptaciones, pero se tratan de resolucio-

---

<sup>17</sup> SCJN. Amparo Directo en Revisión 3797/2014. *Op. cit.* Nota 13.

nes muy incipientes. En 2021 la Suprema Corte emitió un protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia que incorpora muchas de los criterios ahora expuestos.

Todas las referencias que he mencionado anteriormente son solo un acercamiento a algunas prácticas que se han ido desarrollando en los últimos años en distintos países y a los estándares que se desprenden de agencias y organismos internacionales, pero también de las resoluciones jurisdiccionales en la materia. Se refieren de manera general a la participación de niñas, niños y adolescentes dentro de procesos de justicia penal, es decir cuando son víctimas o testigos. Sin embargo, la justicia adaptada no se agota ahí, quedan pendientes temas como la representación legal de niñas y niños, la participación en procesos familiares, y la manera en la que las autoridades jurisdiccionales deben informarles sobre las resoluciones que emiten y que les afectan.

A manera de conclusión, me parece que la búsqueda por una justicia adaptada implica una conceptualización amplia e integral de un enfoque de los derechos de la infancia, anclado a la idea de igualdad sustancial, como base del derecho de acceso a la justicia. La construcción de un esquema de justicia adaptada aún forma parte de un proceso teórico en proceso de desarrollo y sobre el cual es necesario profundizar aún más. A través de diversos pronunciamientos y resoluciones desde los tribunales constitucionales y la justicia internacional, poco a poco se han ido re-caracterizando los enfoques y la aproximación del papel de las y los niños y adolescentes frente a los procesos de justicia, y con ello se ha ido desplegando la potencialidad del principio de igualdad sustancial

## Bibliografía

- ACNUR. *Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de las personas en situación de desplazamiento forzado con discapacidad en Colombia*. Colombia. 2011.
- BELOFF, M. «Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar» en: *Justicia y derechos del niño*.1. 1999. 9-22.
- CASTAÑER, A. La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito. Tomo II de la colección: *El niño víctima del delito frente al proceso penal*. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia. Secretaría de Seguridad Pública. 2008
- Comité Derechos del Niño (2003). *Observación General no. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*. CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003.

- *Observación General no. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* CRC/C/GC/7/Rev.1. 20 de septiembre de 2006; Comité Derechos del Niño. *Observación General no. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).* CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013;
- *Observación General no. 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).* CRC/C/GC/15. 17 de abril de 2013.
- CIDH *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección.* OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17. 2017.
- Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 21-14* Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay. 19 de agosto de 2014.
- *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua.* Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2018
- FRA European Union Agency for Fundamental Rights. (2017) *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales.* Resumen.
- GRIESBACH, M. PLIEGO, Y., GIL, M. *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada.* ODI, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, UNICEF. 2019.
- LIEEFARD, T. «Child-friendly justice: protection and participation of children un the justice System» en: *Temple Law Review.* Beasley School of Law..88 (4). Summer. 2016
- MEDINA, C. «El legado de Piaget» en: *Educere.* Universida dde los Andes. 3. 9. 2000. 11-15.
- SCJN. Amparo Directo en Revisión 3797/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de octubre de 2015.
- *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia.* México. 2021.
- UNICEF «Vulnerabilidad y exclusión en la infancia. Hacia un sistema de información temprana sobre la infancia en exclusión» en: *Cuadernos para el debate.* 3. 2014.



# EN BUSCA DE LA TRANSFORMACIÓN: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS LGBTI

FLÁVIA PIOVESAN

*Exvicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

JESSICA TUELLER

*Becaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Extendemos un saludo cordial a todas las personas participantes en el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* y agradecemos a las personas organizadoras, especialmente el querido amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien nos extendió la invitación a participar.

El enfoque de nuestra intervención será los derechos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Describiremos los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia sobre el principio de la igualdad y la no discriminación; la recepción de esos estándares en los países de las Américas; y los desafíos contemporáneos.

El SIDH ha sido un líder en los derechos de las personas LGBTI en el ámbito internacional desde los principios de la década de 2010, cuando fundó una unidad especializada en el tema en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH —la que luego se convirtió en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI. Pero incluso antes el SIDH tenía una base sólida promocionando el principio de la igualdad y no discriminación.

El artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la primera enumeración de los derechos internacionales del individuo en el mundo y el documento fundador del SIDH, estipula que «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna».

De igual manera, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, tratado adoptado en 1969 y que entró en vigor en 1978, incluye el principio de la igualdad y no discriminación en el artículo 1(1), en el que los Estados se comprometen «a respetar los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] 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».

Asimismo, el artículo 24 de la Convención Americana estipula que «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». El artículo 24 así permite la aplicación del principio de la igualdad y no discriminación a toda acción estatal, independientemente de su relación a otros derechos enumerados en la Convención.

En el año 2003, la Corte IDH además emitió la Opinión Consultiva OC-18/03 en la que estableció que el principio de la igualdad y no discriminación pertenece al dominio del *jus cogens*, obligando a todos los Estados de forma vinculante, independientemente de los tratados que han (o no han) ratificado.

No existe mención explícita, ni en la Declaración Americana ni en la Convención Americana, de una prohibición expresa contra la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado para extender la cláusula de la igualdad y no discriminación a las personas LGBTI.

En el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, un caso del año 2012 sobre una lesbiana quien, por su orientación sexual, había perdido la custodia de sus hijas, la Corte IDH estableció por la primera vez que la Convención Americana proscribe la discriminación por motivos de la orientación sexual o la identidad de género, adoptando una interpretación abierta y extensiva al artículo 1(1). La Corte IDH ha desarrollado el principio de igualdad y no discriminación, al indicar que los tratados y, especialmente, la Convención Americana son instrumentos vivos que se deben interpretar de acuerdo con el contexto actual. Es por ello, que la Corte IDH ha concluido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención y han ingresado al *ius cogens* (normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En el año 2016, la Corte reafirmó esta interpretación en el caso *Flor Freire Vs. Ecuador*, sobre un hombre gay que enfrentó una serie de tratos discriminatorios en el ejército. La Corte incluyó la expresión de género como una categoría protegida contra la discriminación. Asimismo, señaló que los estándares aplicables en materia de orientación sexual e identidad de género no lo son solo a las personas que se identifican como personas LGBT, sino también a las que son percibidas como tales.

También en 2016, en el caso *Duque Vs. Colombia*, la Corte IDH amplió el concepto de familias (concepción pluralista de familias), reconociéndole al señor Ángel Alberto Duque la posibilidad de obtener una «pensión de sobrevivencia» tras la muerte de su pareja del mismo género.

En el año 2017, la Corte IDH impulsó otro avance histórico: la Opinión Consultiva OC-24/17. En ella, la Corte interpretó el principio de la igualdad y no discriminación, en conjunto con varios otros derechos protegidos en la Convención Americana, para obligar los Estados a permitir la rectificación del nombre y género de documentos oficiales de acuerdo con la identidad de género y, además, a reconocer el matrimonio igualitario. La Opinión Consultiva 24/17 reconoce el deber de los Estados de crear mecanismos para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, no binarias y de género diverso, mediante procesos expeditos, tendientes a la gratuidad y a ser administrativos, que permitan la rectificación de los componentes de imagen, nombre y sexo/género en los documentos de identidad. Por otro lado, señala el deber de los Estados de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a las instituciones existentes que protejan los vínculos familiares, incluido el matrimonio, sin discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Desde entonces, la Corte IDH ha decidido tres más casos claves respecto a los derechos de las personas LGBTI : *Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú*, el primer caso sobre violencia contra una persona LGBTI (la víctima, en el momento de los hechos, se identificaba como hombre gay, y ahora se identifica como mujer trans); *Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras*, un caso sobre el asesinato de una mujer trans y defensora de derechos humanos; y *Pavez Pavez Vs. Chile*, un caso sobre discriminación laboral contra una profesora lesbiana. En todos estos casos, la Corte IDH siguió fortaleciendo y aclarando el principio de la igualdad y no discriminación con enfoque en la orientación sexual y la identidad de género.

Cabe mencionar que el caso *Vicky Hernández* tiene especial importancia porque fue la primera sentencia en la que la Corte IDH aplicó la Convención de Belém do Pará, un tratado interamericano sobre violencia de género, a una violación a los derechos humanos de una mujer trans. La Corte determinó que la discriminación y violencia contra Vicky Hernández se motivaron tanto por su calidad de mujer como por su calidad de persona trans, tal que los hechos estaban dentro del ámbito previsto por el tratado.

En sus diferentes informes temáticos e informes de fondo, la Comisión ha también contribuido con la creación de estándares interamericanos en materia LGBTI, junto con las sentencias y la Opinión Consultiva de la Corte IDH que mencioné anteriormente.

La CIDH ha aprobado tres informes temáticos en esta materia, en los que se encuentran estándares para garantizar los DDHH de estas personas: el informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, de 2015; el informe sobre Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, de 2018; y el informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, cultura-

les y ambientales, de 2020. Además, la Comisión ha emitido distintos informes de fondo mediante su sistema de casos y peticiones.

La experiencia de personas LGBTI frente a la violencia es de naturaleza muy diversa. Esta diversidad es el resultado de diferentes circunstancias y características personales y en particular, de la existencia de ciertos factores interseccionales que colocan a las personas LGBTI en situaciones especiales de vulnerabilidad y discriminación, o que empeoran las consecuencias de los actos de violencia ejercidos en su contra; como: origen étnico/racial, edad, género, contexto de movilidad humana, diversidad corporal o situación de discapacidad, defensa de derechos humanos, estatus socioeconómico, entre otras.

La violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, no un hecho aislado y los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas ilícitas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos y tiene un impacto simbólico; la Comisión considera que su concepto resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBTI es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas y en reacciones negativas a situaciones ajenas.

Ante estos actos de discriminación y violencia, la Comisión ha recordado la obligación de los Estados de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar. Por un lado, los Estados deben tomar las medidas necesarias para prevenir violaciones de derechos humanos de personas sujetas a su jurisdicción, como la prohibición legal a la violencia por prejuicio, adopción de legislación que proteja y reconozca los derechos de las personas LGBTI, así como contribuir a la erradicación del estigma y de los estereotipos negativos.

En esta línea, la CIDH ha instado a los Estados Miembros de la OEA a implementar políticas de recolección de datos que permitan documentar mejor las manifestaciones particulares de violencia. Ha urgido a los Estados Miembros de la OEA a crear mecanismos nacionales que pueden tomar la forma de grupos de trabajo, oficinas de coordinación o protocolos específicos entre las oficinas de estadísticas, con miras a que la situación de violencia y discriminación contra las personas LGBT pueda ser medida a nivel nacional, así como para comprender y apoyar en el diseño de políticas públicas efectivas dirigidas a combatir las violaciones de derechos humanos contra las personas LGBTI. Es crucial que la información sea recolectada de manera estandarizada para que los datos de las distintas regiones puedan ser comparados y agregados o que permita revelar tendencias a nivel nacional.

Por otro lado, los Estados deben garantizar que sus sistemas de justicia tengan la capacidad de investigar de manera exhaustiva y efectiva toda instancia de abuso policial y todo caso de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Los Estados deben actuar con debida diligencia en la investigación de la violencia por prejuicio, dado que la impunidad de las violaciones de derechos humanos fomenta su repetición, para ello es necesario que los Estados entrenen a la policía y a los agentes de seguridad del Estado en materia de derechos humanos. La CIDH estima que la asistencia y la representación legal efectivas son esenciales para garantizar el acceso de las víctimas a la justicia, especialmente en el caso de personas que son miembros de grupos históricamente sometidos a discriminación y exclusión, incluyendo las personas LGBTI. Aunado a ello es importante que se proteja tanto a las personas víctimas como testigos en los procesos judiciales.

La obligación de investigar, juzgar y sancionar con la debida diligencia conlleva impunidad a la violencia, erradicación de prejuicios y respeto al estándar de debida diligencia. Por último, toda violación de una obligación internacional de respetar y proteger los derechos humanos, que resulta en un daño, genera una obligación para el Estado de repararlo adecuadamente. Por ejemplo, la CIDH ha defendido que el derecho a la verdad se extiende a la sociedad en general, con el propósito de prevenir la repetición del crimen ocurrido.

Por otro lado, la Comisión ha destacado la importancia de la consulta a las personas LGBTI y a grupos organizados de la sociedad civil de todas las políticas públicas que los Estados deseen implementar en la materia. Es importante darles voz durante la discusión y creación de las medidas estatales, así como escuchar sus necesidades, retos y contribuciones para mejorar dichas políticas.

En el Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la CIDH destacó que las personas LGBTI se han visto particularmente afectadas durante la crisis generada por la pandemia debido a las condiciones preexistentes de vulnerabilidad, exclusión, discriminación y violencia, resaltando la invisibilidad de las personas LGBTI y, particularmente, las personas trans, no binarias y de género diverso, en la formulación de políticas de respuesta a las emergencias nacionales y globales, incluyendo los planes de asistencia humanitaria y reactivación económica.

Por ello, la CIDH recomendó a los Estados redoblar sus esfuerzos para luchar contra la homofobia, lesbofobia, transfobia y bifobia, enviando mensajes claros de condena a todos los actos de violencia y discriminación basada en el prejuicio y asegurando su prevención, investigación, sanción y reparación. Así como, garantizar el acceso de las personas LGBTI a programas de atención social con una perspectiva de seguridad humana integral, garantizando un refugio seguro, acceso a alimentos y medicamentos para las personas LGBTI en situación de calle, particularmente, tomando en cuenta a las mujeres trans que ejercen el trabajo sexual.

Los avances en los estándares interamericanos y en la jurisprudencia de la Corte IDH han impulsado cambios significativos en el tratamiento de las personas

LGBTI en la región. Por ejemplo, varios Estados, como Ecuador, Costa Rica, Chile y diferentes Estados de México (siendo Yucatán el más reciente), han reconocido el matrimonio igualitario como consecuencia directa de la Opinión Consultiva OC-24/17. En la misma línea, hubo la adopción de políticas, normas o sentencias judiciales garantizando el reconocimiento de la identidad de género en varios Estados, como Uruguay, Brasil, Chile, Costa Rica y Guyana. Honduras ha empezado este año a cumplir con las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH en caso *Vicky Hernández*, incluidos el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado y el establecimiento de una beca educativa para mujeres trans.

Al mismo tiempo, varios actores individuales y estatales han resistido estos avances. Consideramos la resistencia y las amenazas de retroceso como una señal del éxito del SIDH. Indica que está avanzando hacia la igualdad transformadora.

La Comisión en sus diferentes informes ha identificado al menos 5 desafíos, a saber: 1) la persistencia de la violencia y discriminación en contra de las personas LGBTI en el continente, especialmente contra las mujeres trans; 2) las leyes que criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado; 3) la invisibilización de ciertas poblaciones, como lo son los hombres trans, las personas no binarias, personas bisexuales y las personas intersex; 4) el avance de los sectores fundamentalistas que se oponen al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI que se traduce en la adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; y 5) La proliferación de campañas de desinformación y manifestaciones promovidas por sectores contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en todo el continente.

El SIDH no solo busca responder a violaciones de derechos humanos en casos específicos, pero también procura prevenir futuros abusos, con base en las garantías de no repetición, aumentando la capacidad al nivel nacional de reparar violaciones. El impacto transformador del SIDH involucra procesos abiertos, dinámicos y multidimensionales, que fomentan cambios estructurales profundos de cultura, educación y leyes.

El impacto transformador del SIDH ambiciona dismantelar la discriminación estructural en contra las personas LGBTI, garantizando el derecho «a ser», *«right to be»*: el derecho de desarrollar la personalidad humana de forma libre, autónoma y plena, dando sentido a la propia existencia.

# CINCO IDEAS SOBRE LA EMERGENCIA Y RELEVANCIA DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO<sup>1</sup>

FERNANDO REY MARTÍNEZ  
*Catedrático de la Universidad de Valladolid*

## I. Introducción: el derecho antidiscriminatorio es una nueva rama del derecho, pero en gran medida sigue siendo la gran desconocida de los operadores jurídicos

Gracias, particularmente a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por la invitación a hablar en este Encuentro entre admirados colegas. Me hace muy feliz, pero, como saben, la felicidad tiene más altura que longitud, no dura mucho, así que rápidamente me pongo a trabajar porque no dispongo de mucho tiempo.

El *concepto* igualdad del constitucionalismo liberal ha ido conociendo diversas *concepciones* y de la actual, la parte principal es el Derecho Antidiscriminatorio. El Derecho de la Igualdad es, sin duda, un tema central del constitucionalismo continental de impronta francesa ya desde su debut, ha ido ganando en importancia y, en la actualidad, la emergencia del potente Derecho Antidiscriminatorio es un hecho de tal calibre que permite considerar que nos hallamos ante una nueva rama del Derecho. Por supuesto, vinculada a la Constitución y a los derechos fundamentales, pero también al derecho internacional de los derechos humanos y a todas las áreas jurídicas, tanto del derecho privado como del público. Esto lo tienen muy claro en Reino Unido, donde el Derecho Antidiscriminatorio se enseña como asignatura en los planes de estudio de grado y postgrado. Al principio esta materia dependía del derecho laboral porque desde los años setenta y por in-

---

<sup>1</sup> El presente texto reproduce la conferencia que el autor impartió en el marco del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Madrid el 11 de marzo de 2022. Se ha optado por mantener, en la medida de lo posible, el formato de la intervención oral. Cualquier interesado en profundizar en este proceloso asunto, puede consultar el libro: *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

fluencia estadounidense existía en estos países un organismo público encargado de evitar y sancionar las discriminaciones étnicas y de género en las relaciones de trabajo, pero, crecientemente, el Derecho Antidiscriminatorio ha ido ampliando sus titulares, objeto, ámbito, contenido y garantías y actualmente se ubica en el marco más amplio de los derechos humanos.

La igualdad es un tema tan central del constitucionalismo que se expresa en español y portugués que, a mi juicio, es uno de los hechos diferenciales fundamentales que le distingue del constitucionalismo anglosajón y del nórdico. La desigualdad real y efectiva entre las personas sigue siendo un hecho (quizá *el* hecho) lacerante en el orbe cultural iberoamericano.

Por referirme tan solo al caso español, los datos<sup>2</sup> muestran cómo uno de los problemas sociales y económicos más importantes es «el alto nivel de desigualdad en la distribución de ingresos, sensiblemente mayor que en la mayoría de los países europeos». Entre 2015 y 2019 fue el quinto país más desigual de la Unión Europea (por detrás: Rumanía, Lituania, Letonia y Bulgaria). Es una desigualdad que persiste en el tiempo y hace que nuestro país sea más vulnerable ante posibles *shocks* económicos<sup>3</sup>.

Según este mismo Informe<sup>4</sup>, existe cierto consenso en que las principales razones que explican estos hechos son la estructura productiva (con un menor peso de las ramas de alta tecnología que en los países europeos de mayor renta), el alto nivel de desempleo, la notable incidencia del trabajo de bajos salarios; el reducido tamaño del sistema de impuestos y prestaciones monetarias; el reducido nivel de competitividad en los mercados globales. España es, además, uno de los países europeos con un sistema de impuestos y prestaciones sociales con menor capacidad redistributiva<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> *Radiografía de medio siglo de desigualdad en España*. Informe de la Fundación La Caixa, enero de 2022, pp. 4 s.

<sup>3</sup> Cuando la economía está en recesión, la desigualdad crece rápidamente y cuando se expande se reduce poco. Cuando la economía se desacelera y crece el desempleo, el impacto sobre los hogares con rentas bajas es muy negativo. Tras la crisis de 2008, aún no revertida del todo, la pobreza en España, que históricamente se caracterizaba por ser recurrente pero transitoria, corre el riesgo de cronificarse. España es el país de la Unión Europea donde más aumentaron las diferencias entre las rentas más altas y las más bajas desde la crisis de 2008.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>5</sup> Se observa también (p. 7) que ha crecido la desigualdad en la mayoría de países desarrollados en las últimas décadas. Algunas causas: los trabajadores menos cualificados han visto caer sus remuneraciones al aumentar el peso económico de las importaciones de países con salarios más bajos (globalización); intensificación del cambio tecnológico, que ha ido desplazando la demanda laboral a trabajadores más cualificados; la desregulación de los mercados de trabajo ha reducido el efecto de algunos elementos institucionales que contenían el aumento de la desigualdad: salarios mínimos, costes de despido o extensión de la negociación colectiva, por ejemplo; también ha aumentado la desigualdad de las rentas de capital. Todos estos cambios no han podido ser compensados por el efecto redistribu-



¿Puede explicarse el Derecho Constitucional sin tener en cuenta este contexto? ¿Es compatible con los valores constitucionales mantener enfoques positivistas, conservadores y formalistas obviando la realidad social y perpetuando, de ese modo, un *statu quo* desigual e injusto? ¿Por supuesto que hay un Derecho constitucional de la abundancia económica y otro de la escasez y que los operadores jurídicos no pueden mirar para otro lado! La democracia en sentido amplio incluye la libertad (Estado de Derecho), la igualdad (Estado social) y la participación política (Estado democrático en sentido estricto); las tres dimensiones, al máximo nivel posible y al mismo tiempo. Si esto no se da, *n'a point de démocratie*.

Dentro del Derecho general de la Igualdad se halla sobre todo, como ya se ha observado, el Derecho Antidiscriminatorio que, a pesar de su auge, se encuentra sometido a una obstinada paradoja. Si, de un lado, es la rama del Derecho constitucional con mayor capacidad de transformación del ordenamiento jurídico tradicional y de mayor desarrollo reciente, de otro lado, sigue siendo una materia bastante desconocida por profesores y profesionales jurídicos.

¿Por qué es esto así? La respuesta a esta pregunta no es complicada, es compleja. «Complicado» procede etimológicamente de *cum plicum*, «con pliegues». A su vez, «complejo», de *cum plexum*, con nudos. Lo «complejo», a diferencia de lo «complicado», no puede simplificarse, ni reducirse; no se puede intentar hacer simple lo complejo, sino que de lo que se trata es de «analizar», esto es, descifrar la complejidad, de encontrar los nudos que entrelazan la realidad observada. Pues bien, ¿cuáles son los nudos que explican por qué las bases teóricas del Derecho Antidiscriminatorio siguen siendo en gran medida ignoradas por muchos? Hay muchos, pero prestaré atención a cinco de ellos.

## 2. Primera idea: el derecho antidiscriminatorio es una creación norteamericana y no del derecho continental francés en que se inspiró inicialmente el derecho iberoamericano

En mi opinión, con permiso de la *Executive Order* 10925 del presidente Kennedy de 6 de marzo de 1961, que acuña el concepto de *affirmative action*, el acta de nacimiento del Derecho Antidiscriminatorio se debe expedir el 2 de julio de 1964, en el preciso momento en el que el Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson promulga la *Civil Rights Act*, en presencia de diversas autoridades y líderes, entre los que se encontraba Martin Luther King. Se trata de una de las leyes más importantes de la historia por el cambio social que provocó, por su influencia

---

tivo del sistema de impuestos y prestaciones sociales, sobre todo por la reducción generalizada de tipos impositivos y la contribución decreciente de las prestaciones monetarias.

posterior y por su contexto histórico. Propuesta por el Presidente John F. Kennedy, prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), habilitando a las autoridades federales a garantizar la igual protección jurídica que establece para todos los ciudadanos la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal en todo el territorio nacional, también en los Estados del Sur. Recuérdese que de todos los diputados y senadores sureños, tanto del Partido Republicano como del Demócrata, tan sólo un senador de Texas votó a favor de la Ley.

La Ley fue impugnada por invadir competencias de los Estados, pero el Tribunal Supremo federal falló a favor de su constitucionalidad considerando que el poder de comercio del Congreso federal abarca la regulación de los medios y las personas del comercio entre los Estados en Norteamérica. En Estados Unidos, la competencia sobre el comercio dentro de los límites estatales le corresponde a cada Estado, pero la regulación del comercio interestatal y de los pueblos originarios le compete a la Federación. En virtud de esta cláusula, el Tribunal Supremo Federal ha ido ampliando los poderes de la Federación, como ocurre, precisamente, en materia de prohibición de discriminación<sup>6</sup>.

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta del siglo xx y desde ahí se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea también ha ido incorporando las categorías norteamericanas (vía derecho británico e irlandés) y las ha generalizado entre los Estados miembros. ¿Por qué el Derecho Antidiscriminatorio surge precisamente en los Estados Unidos? Porque mientras la idea de igualdad en Europa es, a lo largo del siglo xix y bien entrado el siglo xx, una idea fundamentalmente *política* que se refiere sobre todo a la pugna entre obreros y burgueses, en Estados Unidos, una sociedad más homogénea desde ese punto de vista, una sociedad de propietarios, la idea de igualdad es, más bien, de corte *jurídico* y se refiere, sobre todo, a aquellos que eran allí «los otros»: la población afrodescendiente que había sido esclavizada desde que en agosto de 1619 un barco apareciera en el horizonte cerca de Point Comfort en

---

<sup>6</sup> En efecto, en *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964) el Tribunal argumentó que la discriminación racial dificultaba, y en ocasiones impedía, encontrar alojamiento a algunos viajeros. Y ello aunque los moteles tuvieran un carácter puramente local, ya que si recibían viajeros, entonces podía regularse por el Congreso para proteger el comercio interestatal de la discriminación racial. De igual modo, en *Katzenbach v. McClung* (1964), el Tribunal sostuvo la legitimidad de la aplicación de la Ley de Derechos Civiles a cualquier restaurante que sirviera comida a viajeros de otros Estados o, incluso, si una porción significativa de ella provenía del comercio interestatal (lo que estimó, precisamente, en el caso: el 46% de los alimentos habían sido suministrados desde otro Estado).

Virginia con 20 esclavos africanos. La cuestión de la igualdad racial se convierte de este modo en los Estados Unidos en uno de los temas centrales de su construcción como Nación, lo que puede comprobarse en su importancia decisiva en dos momentos críticos: como espoleta de su Guerra de Secesión (el Presidente A. Lincoln declara la libertad de todos los esclavos de la Confederación mediante una Orden Ejecutiva de 22 de septiembre de 1862 y más tarde se prohíbe la esclavitud en todo el país por la Enmienda Decimotercera, de 18 de diciembre de 1865), y como tema central del movimiento por los derechos civiles (1955-1968), que, conseguida ya 90 años antes la igualdad *formal* entre blancos y negros, reivindicó la igualdad real y la prohibición de segregación en lugares públicos<sup>7</sup>.

A partir de su impronta norteamericana y antirracista en origen, el Derecho antidiscriminatorio se ha ido generalizando en todo el mundo; constituciones, leyes, sentencias y opiniones doctrinales han ido incorporando en su acervo común las categorías centrales: igualdad de trato, de oportunidades, discriminaciones directas, indirectas, rasgos protegidos, acciones afirmativas, discriminaciones múltiples, acosos, etc. Ampliando, además, los rasgos especialmente protegidos desde el factor étnico/racial al de género (en la Unión Europea el camino ha sido el inverso: primero el género y después la etnia) y, desde ahí, a otros, sobre todo: orientación e identidad sexual, religión y convicciones, edad y discapacidad.

Así pues, el Derecho Antidiscriminatorio es una genuina aportación norteamericana al constitucionalismo de los derechos humanos y, de ahí, que su importación al Derecho iberoamericano esté resultando difícil, lenta y escasamente sistemática. En efecto, la mayoría de juristas de nuestra órbita cultural hemos sido adiestrados en el Derecho Público a partir de la categoría de igual ciudadanía que procede de la Revolución francesa y que se funda en una idea tan poderosa como abstracta de igualdad (frente a la diversidad de regímenes jurídicos por estamentos propia del *Ancien Régime*). Todos los ciudadanos, con independencia de ser hombres o mujeres, ricos o pobres, jóvenes o mayores, etc. somos iguales y lo que nos unifica es, precisamente, nuestra común pertenencia a la Nación. De ahí que to-

---

<sup>7</sup> Es el movimiento mundialmente famoso liderado por el pastor baptista Martin Luther King y su lucha no violenta contra la segregación racial y a favor de la igualdad. Este movimiento se inició cuando una joven de Montgomery (Alabama), Rosa Parks, se negó el 1 de diciembre de 1955 a dejar su sitio a otro pasajero en la zona reservada para blancos de un autobús público. Homer Plessy había hecho un gesto similar en un tren en 1896, pero el Tribunal Supremo federal había fallado en su contra, estableciendo la conocida y horrenda doctrina «separados pero iguales» (*Plessy v. Ferguson*, 1896). Rosa Parks fue condenada por infringir la ley local de segregación, lo que provocó un boicot de 381 días a los transportes públicos en el que Luther King jugó un papel destacado. Al reverendo King le dieron el Premio Nobel de la Paz en 1964 y fue asesinado el 14 de abril de 1968 en Memphis. El histórico discurso con el que concluyó frente al Capitolio de Washington la Marcha por el Trabajo y la Libertad, el 28 de agosto de 1963, titulado «Hoy tengo un sueño» debería ser de lectura obligatoria en todas las Facultades de Derecho del mundo.

dos los parlamentarios representen a toda la Nación y nunca a un grupo en particular<sup>8</sup>. El modelo norteamericano de igualdad es, por el contrario, una igualdad de grupos y un contrato entre intereses particulares.

En cualquier caso, a esta fecha, el ideal jacobino de igualdad se halla en una crisis profunda. Nadie quiere ser hoy igual a nadie. Nuestro tiempo de la post-modernidad se caracteriza por el gusto por la diversidad, por la diferencia: étnica, lingüística, política, territorial, de género, ideológica, de capacidades... El individuo se siente más próximo a un grupo social en particular que del Estado en su conjunto para, a partir de ahí, identificar un pasado de agravios por parte del grupo social mayoritario (y del propio Estado) y pasar a reivindicar una justa compensación. La diversidad es, en este sentido y a menudo, la expresión «contable» de la dignidad. El Estado es un ente demasiado pequeño para poder decir algo significativo en el plano económico, pero es un ente demasiado grande para poder gestionar fácilmente la creciente complejidad cultural, étnica, ideológica, ética, etc. que existe en su seno. Nuestras democracias son hoy (como también lo fueron en 1789, pero ahora de modo más sincero), democracias de grupos (con intereses en conflictos) y no sólo de ciudadanos individuales (unidos armónicamente en un proyecto común de convivencia política).

En definitiva, el primer nudo es que el Derecho Antidiscriminatorio es una creación norteamericana que a duras penas casa con la tradición jacobina de igualdad en la que hemos sido cultivados los juristas iberoamericanos.

### 3. Segunda idea: la dificultad que supone un concepto de igualdad que comprende, al mismo tiempo, la exigencia de igualdad de trato y también la atención a la diversidad

Del derecho de igualdad se deriva la obligación de tratar jurídicamente de modo semejante situaciones de hecho similares, pero también de reconocer jurí-

---

<sup>8</sup> Hay que hacer notar, no obstante, que el modelo francés de ciudadanía y de representación era más teórico que real, en la medida en que el Parlamento que resulta del proceso revolucionario y que subsiste hasta bien entrado el siglo xx no representaba a todos los nacionales, sino, en virtud del sufragio censitario, sólo a los propietarios, a la burguesía, es decir, a un grupo social particular. El modelo liberal de representación política colapsa el concepto de ciudadano en un segmento bien determinado de la población: los varones, mayores, blancos y propietarios. La soberanía política no era más que la otra cara de la propiedad privada (de la tierra, fundamentalmente). Así pues, el concepto de igualdad que está en el corazón de la idea de ciudadanía en este periodo es profundamente nugatorio. De modo que no sería exagerado afirmar que nunca en la historia ha existido, en realidad, una representación universal, ideal, pura, de la Nación, sino que las instituciones políticas han sido siempre configuradas a partir de los intereses de grupos sociales particulares (que han hecho creer, para legitimarse, que representaban a todos).

dicamente de modo diverso situaciones que, de hecho, son disímiles. Eso es el sentido de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto, en realidad, una variedad de discriminación por indiferenciación que, evidentemente, sí existe aunque casi todos los tribunales siguen repitiendo que no puede darse. Y ese es también el sentido de las acciones positivas. Porque igualdad no es identidad.

Este es un punto central del Derecho Antidiscriminatorio que suele, sin embargo, inducir a tanta confusión conceptual que no es extraño que a veces se utilice la igualdad jurídica (cuando se entiende como identidad de trato) para impedir la igualdad de hecho. En un contexto social desigual, reclamar la identidad jurídica de trato para todos equivale a sacralizar las discriminaciones fácticas. Sigue siendo correcta la intuición platónica: justicia es tratar igual lo igual y desigual lo desigual.

De modo que de la prohibición constitucional de discriminar se derivan un derecho a la igualdad de trato, que comprende la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, y un derecho a la igualdad de oportunidades que reclama atención a la diversidad. Igualdad de trato y de oportunidades han de complementarse, no de oponerse. Este es el enfoque más cabal para entender mejor la validez y los límites no ya sólo de las acciones positivas, sino de las posibles discriminaciones positivas.

#### 4. Tercera idea: el derecho antidiscriminatorio tiene una dimensión individual, pero también grupal

La prohibición constitucional de discriminar es, por supuesto, un derecho fundamental individual (fundado en la dignidad) pero no se entiende sin el debido reconocimiento del contexto grupal al que pertenece la persona afectada: alude a grupos socialmente no incluidos, a *out-groups*.

En el ordenamiento norteamericano se suele construir la justificación teórica del Derecho antidiscriminatorio no tanto a partir de la idea de la dignidad personal, sino de otros marcos de pensamiento que tienen en cuenta, fundamentalmente, aspectos grupales y el déficit de ciudadanía que sufren las víctimas de la discriminación<sup>9</sup>.

Varios autores han desarrollado las implicaciones de este principio. El más influyente ha sido, quizá, Owen Fiss (1976) con su *group-disadvantaging princi-*

---

<sup>9</sup> En efecto, suele citarse el voto discrepante del Juez Harlan en el caso del Supremo federal de los Estados Unidos, *Plessy v. Ferguson* (1896) —el que sentó la doctrina «separados pero iguales», que analizaré en el epígrafe dedicado a la segregación escolar racial—, como el primero en el que se trae la metáfora de las castas típicas de la India como un contra-ejemplo que no debería extenderse a los Estados Unidos. Es célebre la afirmación de Harlan: «*There is no caste here*» (en los Estados Unidos). «*Groups and the Equal Protection Clause*», en *Philosophical and Public Affairs*, vol. 5, n. 107, 1976.

*ple*<sup>10</sup>. La discriminación sólo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de anti-subordinación exige que las leyes «no agraven o perpetúen» la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni que dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (1976: 108). Esta teoría que comprende la cláusula constitucional de igual protección de la XIV Enmienda como un principio de anti-subordinación, ha sido desarrollada posteriormente también como principio anti-castas, anti-subyugación o anti-estigma.

Un año después del trabajo de Fiss, Kenneth L. Karst (1977) desarrolla, por ejemplo, la teoría del estigma<sup>11</sup>. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que «los normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: «la persona víctima de un estigma no es del todo humano». No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llega a aceptar como «naturales» las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Por otro lado, las minorías víctimas de discriminación, e incluso las mayorías en situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, son, en sentido estricto, «minorías aisladas y sin voz» en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las *discrete and insular minorities* fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por John Hart Ely (1977<sup>12</sup>). Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos que son incapaces de defenderse por sí solos en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pero ya el trabajo de Owen Fiss también aludía a este déficit de democracia o ciudadanía debilitada de las minorías (sobre todo étnicas y particularmente la afro-americana).

<sup>10</sup> «Groups and the Equal Protection Clause», en *Philosophical and Public Affairs*, vol. 5, n. 107, 1976.

<sup>11</sup> «Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 1-68.

<sup>12</sup> «Equal Citizenship under the XIV Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.

Todos estos puntos de vista remiten al contexto grupal del Derecho antidiscriminatorio, sin el que no puede entenderse. Cualquier discriminación lesiona el Estado de Derecho porque impacta arbitrariamente contra el sacrosanto principio de la generalidad de la ley, tanto en su establecimiento como en su aplicación; viola el Estado democrático porque considera a ciertos grupos sociales como no participantes y golpea al Estado social porque introduce o permite una desigualdad intolerable entre ciudadanos libres e iguales. La discriminación es la negación misma de la democracia.

De ahí que toda discriminación contenga elementos individuales (finalmente, es a una persona a la que se le lesionan sus derechos) y también grupales (configurando un sistema de democracia débil o imperfecta). El número y clase de discriminaciones realmente existentes es uno de los mejores indicadores de la calidad democrática de un país.

El carácter grupal de las discriminaciones, fundado en prejuicios ideológicos hostiles, en «estigmas» (machismo, racismo, xenofobia, homofobia, etc.), es la expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales. Sobre este punto volveremos más adelante.

La fundamentación teórica del Derecho antidiscriminatorio tiene una relevante aplicación práctica: la justificación de las medidas de igualdad de oportunidades que suponen un trato jurídico favorable a los grupos en desventaja. En mi opinión, eso es lo que pretendía, en el fondo, el trabajo de Owen Fiss y los posteriores. No basta sólo que el derecho impida los tratos diferentes y peores por razón de género o de etnia; dado que los grupos discriminados lo están desde hace siglos (Fiss escribió, en relación a la minoría negra, que estuvo esclavizada cien años y luego sufrió un sistema de castas los cien años posteriores) y de un modo muy potente, es preciso que el derecho se convierta en un instrumento de nivelación social de oportunidades. Como el propio Fiss escribiera<sup>13</sup>, la cláusula constitucional de igualdad «expresa un punto de vista ético contra las castas, uno que hace indeseable para cualquier grupo social ocupar una posición de subordinación durante un periodo prolongado de tiempo». Superar la subordinación no sólo supone no permitir más tratos peores y distintos, sino también equilibrar, a través del derecho, la situación de los grupos en desventaja con el grupo mayoritario. Si el derecho no trata de modo diferente y mejor a quienes están de hecho peor, estaría consolidando y bendiciendo la subordinación.

Las bases teóricas del Derecho antidiscriminatorio han venido, incluso, a transformar el clásico pensamiento de izquierda que consideraba la equitativa redistribución de la riqueza como el ideal de justicia social. Junto con la «redistribución», tras la emergencia de este nuevo enfoque, se pone ahora el foco en el «reco-

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 150.

nocimiento» de la subordinación (no sólo ni quizá principalmente económica) de ciertos grupos sociales. Nancy Fraser<sup>14</sup> ha descrito bien este tránsito. Habría cuatro diferencias entre el «reconocimiento» y la «redistribución»: el primero se enfrenta a diferencias culturales («humillación y falta de respeto», la segunda, a económicas («explotación, marginación, privación»); el primero propone como solución el cambio cultural y simbólico (valorando positivamente la diversidad cultural), la segunda, la reestructuración del sistema económico; el primero tiene como sujetos a grupos sobre los que recaen prejuicios culturales (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.), la segunda, a clases sociales; el primero considera que las diferencias entre grupos sociales son variaciones culturales saludables, la segunda postula no reconocer las diferencias de grupos, sino abolirlas. Pues bien, Fraser, en opinión que comparto, propone una interpretación complementaria de ambas perspectivas: «una comprensión suficiente de la justicia debe englobar la lucha por el reconocimiento y la lucha por la distribución<sup>15</sup>». No habría reconocimiento sin redistribución ni ésta sin aquél (*ibidem*, 65). Al reconocimiento (de las diferencias culturales donde las minorías no deban asimilarse a la mayoría) y la redistribución (justa de los recursos), habría que añadir, además, la participación (en los procesos de toma de decisiones). Este análisis de «perspectiva dualista» es impugnado tanto por quienes creen que lo decisivo sigue siendo la redistribución (como el propio Alex Honneth en el libro-diálogo citado), como por aquellos que consideran que lo verdaderamente crucial es el reconocimiento, como es el caso, por ejemplo, de Iris Marion Young, quien llega a afirmar que «la injusticia deberá definirse principalmente en términos de los conceptos de opresión y dominación, antes que de distribución», de modo que «el racismo y el sexismo son la principal expresión de la forma de opresión en nuestros días<sup>16</sup>».

##### 5. Cuarta idea: para comprender adecuadamente qué es una discriminación, es preciso entender que es una conducta resultado de un estereotipo particularmente negativo (prejuicio)

Para poder entender cabalmente cómo opera, en sentido estricto, cualquier discriminación especial, es, sin embargo, inevitable importar la gramática conceptual de otra rama del conocimiento, la Psicología Social. Porque no todo lo que en el lenguaje común, ni siquiera en la cultura jurídica corriente, se califica como

<sup>14</sup> ¿Redistribución o Reconocimiento?, ed. Morata y Fundación Paideia Galiza, Madrid, 2006, pp. 14 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>16</sup> *La justicia y la política de la diferencia*, Universidad de Valencia, 2000, p. 323.



«discriminación» lo es en realidad. El término tiene un significado mucho más preciso. En particular, hay que distinguir «estereotipo», «prejuicio» y «discriminación» (es corriente su uso indiferenciado). La discriminación es el acto final, una conducta, que viene precedida de dos elementos anteriores: de un modo de conocer la realidad (estereotipo) y de un elemento axiológico, valorativo o ideológico (prejuicio) sobre dicho estereotipo. El prejuicio es el corazón de la discriminación: su auténtico percutor. La discriminación es la manifestación del prejuicio ideológico. Por eso, no avanzaremos significativamente si solo trabajamos con los efectos (la discriminación) y no con sus causas (el prejuicio).

El estereotipo social es un esquema cognitivo sobre las características que supuestamente posee un conjunto de personas por su simple pertenencia a ese grupo. Es una generalización que se aplica a todos los miembros del grupo, aunque no los conozcamos directamente o sepamos algo de ellos. Es una imagen mental general y simple, muy arraigada (aunque pueda haber diferencias de intensidad o de tipo), sobre grupos, que se proyecta sobre las personas que pertenecen a ese grupo. Comprende creencias sobre rasgos físicos, de personalidad, roles profesionales, valores... Es una especie de «teoría ingenua» que guía nuestra actitud y conducta hacia ellos. Es una imagen mental sesgada y poco veraz (ya que algunos de los rasgos son difícilmente observables y porque es imposible que todos los miembros del grupo compartan al cien por cien la estereotipia). El primer autor que utilizó el concepto de estereotipo en las ciencias sociales fue Walter Lippman (1922), un periodista que toma el término del molde que utilizan los tipógrafos para reproducir, una y otra vez, las mismas imágenes o letras. Con esta analogía, pretendía hacer hincapié en el modo en que se reproducen las imágenes y creencias que la sociedad tiene sobre determinados grupos sociales a base de repetirlos una y otra vez.

Los estereotipos se aprenden, mantienen y modifican mediante el proceso de socialización y su transmisión se produce a través de diferentes fuentes (o agentes socializadores: familia, escuela, pares, medios) esto es, la cultura. Los estereotipos son un efecto del proceso psicológico básico de «categorización social», que permite organizar la complejidad del entorno que nos rodea organizándolo en diferentes conjuntos cuyos elementos comparten características. Estereotipar es algo más que categorizar, va más allá, porque incorpora expectativas sobre cómo son o comportan los miembros de un grupo. ¿Por qué categorizamos? Además de por reducir la complejidad (los seres humanos somos «tacaños cognitivos» ya que realizamos el menor esfuerzo cognitivo posible en la mayoría de las situaciones), la vida social plantea riesgos además de recompensas, de forma que los individuos deben ser selectivos a la hora de decidir con quién establecer relaciones. El proceso de categorización exagera tanto la similitud de los elementos comunes, como las diferencias entre categorías. Se tiende a percibir a los miembros de los otros grupos

de forma más homogénea que el propio (al que conocemos mejor). Otro sesgo de la categorización social, denominado «esencialismo», radica en que, una vez establecidas las categorías (que son culturales), se da la tendencia a percibir las como «naturales», es decir, como se utilizan las clasificaciones que aplicamos a plantas o animales. El esencialismo es mayor respecto de grupos sociales definibles en función de claves físicas visibles (el color de la piel, por ejemplo). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar, o sí, pero con el coste de una gestión esquizofrénica de la propia existencia (como ocurre, por ejemplo, con una homosexualidad no abiertamente declarada).

Los prejuicios no son un modo de conocer, sino una actitud, un sentimiento, una emoción hacia los miembros de determinados grupos, y, como tal, implica una valoración cuya valencia puede ser positiva o negativa. Los prejuicios son ideología, entendida como falsa representación de la realidad. Y es una ideología sobre la que los psicólogos sociales nos advierten que es muy difícil cambiar, ya que se trata de una estructura cognitiva bastante rígida<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> En efecto, (1º) se tiende a prestar más atención a aquella información que confirma nuestras ideas y expectativas previas, ignorando la que las contradice. Los heurísticos son atajos mentales que utilizamos para simplificar la solución de problemas cognitivos complejos; pues bien, el heurístico de disponibilidad se utiliza para estimar la probabilidad de un suceso, la frecuencia de una categoría o la asociación entre dos fenómenos: si se nos ocurren muchos casos de ese suceso o categoría, será porque es muy frecuente o probable. Algunos errores comunes que cometemos al aplicar el heurístico de disponibilidad son el «error de muestreo»: consiste en basar los juicios en muestras reducidas y sesgadas, o incluso en los casos extremos de la muestra; la «correlación ilusoria»: en este caso lo que está disponible y se recuerda de forma más fácil es una fuerte asociación entre sucesos o atributos, lo que lleva a sobreestimar la frecuencia con la que ocurre dicha asociación (este fenómeno explica el origen de los estereotipos; por ejemplo ser gitano y cometer delitos) Casi siempre la relación se establece entre miembros de grupos con bajo status o minoritarios y conductas infrecuentes, que suelen ser negativas. Es más fácil que asociemos una conducta negativa a los inmigrantes, por ejemplo, que a los españoles. Los medios de comunicación suelen reforzar esta relación. (2º) Otro proceso que impide cambiar nuestros prejuicios es la tendencia a reinterpretar la información inconsistente o a considerar el caso como atípico (por ejemplo, si nuestro estereotipo es que los gitanos son mentirosos, si conocemos a uno que no lo es, atribuiremos esa conducta inconsistente con nuestro estereotipo a alguna razón personal («es que no parece gitano»).

Los estereotipos convertidos en prejuicios sirven para categorizar; para defender el sistema de valores personal y también para generar diferencias en la valoración de unos grupos respecto de otros; contribuyen a la creación de una ideología de diferenciación entre grupos (entre un «nosotros» y un «ellos»). El prejuicio es, pues, la munición ideológica de la discriminación. En el campo de Derecho antidiscriminatorio, hablamos, nada menos, de prejuicios tan graves y arraigados en la sociedad como el racista, el machista, el homófobo, el xenófobo, el paternalista hacia estos grupos, etc. Hablamos de ideas realmente enfermas.

## 6. Quinta idea: no abundan las visiones sistemáticas del derecho antidiscriminatorio

La idea central que aquí se sostiene es que, a pesar de su creciente importancia, el Derecho Antidiscriminatorio no es adecuadamente conocido por la mayoría de los profesores y profesionales del orbe jurídico iberoamericano. Evidentemente, esta rotunda afirmación debe ser matizada porque es imposible ignorar diversos aspectos de dicha rama del Derecho. Cualquier jurista medianamente informado, tiene noticia, por ejemplo, de la regulación jurídica que intenta evitar y reprimir la discriminación por género, incluida la violencia de género. O de la temática del matrimonio entre personas del mismo sexo. O de los avances en materia de derechos de las personas transexuales. Por no hablar de los progresos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios o de la minoría gitana en España. O de los cambios que ha provocado en los ordenamientos nacionales la Convención de Naciones Unidas de Nueva York (2006) sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Lo que no es tan común es que esos mismos juristas conozcan las conexiones sistemáticas entre todos estos asuntos, ni las categorías centrales del Derecho Antidiscriminatorio, comunes a todos ellos, ni las maneras en que los diversos rasgos interactúan entre sí (por ejemplo, acumulándose, en el caso de las denominadas discriminaciones múltiples o interseccionales, pero también entrando en conflicto en diversos supuestos —religión y género, por ejemplo, en relaciones laborales), ni las garantías de todos ellos, etc. Por ejemplo, en Iberoamérica no se suele manejar el crucial asunto del reconocimiento de los derechos de las personas de pueblos originarios desde el enfoque del Derecho Antidiscriminatorio racial o étnico (lo que marca una diferencia capital con la situación en los Estados Unidos, que precisamente creó esta nueva rama del Derecho para hacer frente a su conflicto étnico/racial). Todo ello genera inevitablemente confusión conceptual. Para evitarlo, recomiendo la lectura del mejor texto sistemático relativo al Derecho Antidiscriminatorio, que es el Manual de Derecho Antidiscriminatorio europeo (la

primera edición es del 2010 y la segunda de 2018), elaborado por la Agencia europea de derechos fundamentales (organismo que pertenece a la Unión Europea) y por el Tribunal europeo de derechos humanos (entidad del Consejo de Europa).

7. **Conclusión final: hace falta enseñar derecho antidiscriminatorio tanto en grado como en postgrado**

Esta es, pues, mi conclusión final. El Derecho Antidiscriminatorio atesora una complejidad genuina que debe ser abordada con mayor rigor que hasta ahora. Es preciso comprender mejor qué es y cómo opera y, para ello, es preciso que se enseñe de modo permanente y sistemático en las aulas de nuestras Facultades de Derecho, tanto en grado como en postgrado y en formación permanente. Sólo así podremos desatar los nudos brevemente descritos y seguramente muchos otros.

CAPÍTULO XVII  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INTIMIDAD  
Y NUEVAS TECNOLOGÍAS



## PRESENTACIÓN

CRISTINA IZQUIERDO SANZ

*Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid*

En el marco del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, recibí la encomienda de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de moderar la mesa que tenía como título *Libertad de expresión, intimidad y nuevas tecnologías*. Agradezco muchísimo a Eduardo su confianza en mí, que además facilitó mi reflexión sobre una cuestión tan actual, como compleja y abierta, pues no es fácil la ponderación entre nuestra libertad basilar y el derecho a la intimidad y a la imagen en la sociedad de la información. La mesa estaba formada por cinco excelentes expertos, que iban a facilitar enormemente mi labor. Intervino el profesor Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de la Universidad de Cádiz, a quien di la palabra en primer lugar, porque haría unas consideraciones de principio sobre la libertad de expresión que fueron excelente marco para las intervenciones posteriores, en la medida en que puso sobre la mesa cómo el desarrollo tecnológico nos había trasladado desde una «libertad con mayúsculas», como se ha considerado siempre la libertad de expresión, a una «situación de inseguridad mayúscula». Siguió al profesor Revenga la jurista Sabrina Ragone, profesora de la Universidad de Bolonia, que presentó la interesante labor de la Corte Constitucional italiana y, a través de varios casos, propuso una fórmula de tres patas para tratar este conflicto de derechos: la utilización de los criterios clásicos de ponderación y proporcionalidad, la explotación del potencial de la tutela multinivel y la necesidad de instrumentos nuevos que aportaran el conocimiento técnico necesario para adaptarse a las cuestiones que plantean la evolución de la tecnología en los derechos de libertad. En tercer lugar, María Garrote de Marcos, profesora de la Universidad Complutense de Madrid, nos devolvió a lo nacional y nos hizo partícipes de una reflexión muy sólida sobre la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la materia; para la profesora Garrote, tampoco es suficiente la aplicación analógica de la doctrina tradicional

sobre los límites de la libertad de expresión frente a la intimidad y la imagen y reclama a nuestro TC una manera diferente de mirar los derechos en la sociedad de la información. La profesora Garrote cuestionó, especialmente, la exigencia por el TC de un consentimiento inequívoco de los titulares de una imagen para su posterior utilización en redes sociales, mientras el TS entiende que el consentimiento puede derivarse en muchos casos del propio uso de las redes sociales y, en algunos casos, *el uso de una imagen puede ser la consecuencia natural del carácter accesible de los datos publicados en Internet*. El cuarto ponente fue Rogelio Flores Pantoja, director del Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Queretano, que amplió nuestra perspectiva compartiendo con la audiencia la posición de la CIDH. Para el autor, hay que repensar la libertad de expresión a partir del desarrollo de la sociedad digital; el autor comparte con la prof. Garrote la necesidad de cambiar la manera de mirar los derechos, pero estaba especialmente preocupado porque los riesgos que el desarrollo de la tecnología supone afectan a todos los derechos en conflicto —y remarco todos—, pues genera (des)información, falsedad de noticias, ausencia de privacidad y de protección de datos personales, así como el crecimiento del discurso del odio, de forma que son todos los derechos los que se desdibujan. Finalmente, Ignacio García Vitoria, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, demostró su profundo conocimiento sobre la extensa jurisprudencia del TEDH en esta materia, de la que predicó una ausencia de homogeneidad que debía ser corregida. Se detuvo en una cuestión muy llamativa de esa compleja jurisprudencia, a saber, la posición del TEDH de atribuir una responsabilidad compartida a los intermediarios de la red social y a los autores de las publicaciones, pues entiende que a los intermediarios de la red social tienen la obligación de filtrar la información que se publica en sus portales de noticias. En este sentido, el profesor García Vitoria defendió una graduación de la responsabilidad, en la medida en que no se puede exigir a los intermediarios la misma responsabilidad que al autor de la información. A todos ellos, mi agradecimiento por sus excelentes ponencias.

Inevitablemente, el encuentro provocó mi propia reflexión, que a continuación expongo, si se me permite, sin pretensiones conclusivas. Para mí, lo primero es confirmar lo que percibo incuestionable: la necesidad de modificar la manera de mirar los derechos de los artículos 18 y 20 de nuestra Constitución, en esta nueva sociedad de la información. En este sentido, el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor había seleccionado un tema especialmente interesante, teniendo en cuenta —sobre todo— que la libertad de expresión seguimos entendiéndola como la libertad basilar de todo Estado de Derecho, en la medida en que es la libertad que permitirá la formación de una opinión pública libre, esencial para el buen caminar de una sociedad democrática y que, a su vez, permitirá el libre ejercicio de los demás derechos, pues estos sólo serán correctamente ejercidos si partimos de la existencia de esa opinión pública libre.



No obstante, este carácter basilar de la libertad de expresión, lo cierto que la sociedad de la información ha cambiado la forma de comunicarnos. La comunicación es rapidísima y el alcance de su difusión casi podría decirse que es ilimitado. En la medida en que, además, los costes económicos de esta distribución de información son escasos, se trata de cambios tan intensos que plantean inevitablemente la pregunta de si los estándares tradicionales de protección de la intimidad y la imagen frente a la libertad de expresión e información seguirán siendo suficientes, siendo la respuesta inmediata y obviamente negativa.

Admitida la necesidad de una nueva mirada, lo segundo, entonces, es localizar los criterios a añadir en esa mirada nueva. Y digo bien a «añadir», porque existe un consenso —que yo comparto— en que no se deben descartar la ponderación de derechos y proporcionalidad de las medidas que limiten la libertad de expresión como criterios de baremación. Siendo esto un segundo elemento del discurso compartido, surge la tercera cuestión: se trata de incorporar otros valores que permitan llevar a cabo una ponderación más adecuada en esta nueva sociedad de la información y siempre con la pretensión de que ninguno de los derechos mencionados y en conflicto quede desdibujado.

La cuestión de los criterios que deben diseñarse para ponderar con más acierto el conflicto de derechos en la nueva sociedad de la información, debe —a mi juicio— responder a tres interrogantes: 1) ¿La libertad de expresión —en su sentido más amplio— debe seguir siendo una libertad cuyos límites deben interpretarse de forma muy restrictiva? En definitiva, ¿la libertad de expresión debe ser objeto de una protección reforzada, como prácticamente ha sido desde el momento fundacional de las democracias en Europa y el propio Sistema europeo de protección de Derechos Humanos?; 2) ¿El desarrollo de la sociedad digital, reclama conocimientos técnicos de los aplicadores del derecho para proceder a una limitación mas correcta de la libertad de expresión?; y 3) ¿Reclama esta nueva sociedad de la información una acción del legislador, es decir, un mayor marco normativo para la libertad de expresión? Pensemos que, de acuerdo con nuestra tradición, la libertad de expresión es un derecho libertad que ha requerido una moderada acción del legislador, salvo en los casos de bienes que requieren una especial protección<sup>1</sup>

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la libertad de expresión como uno de los elementos esenciales, dirigidos a mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática, se trata de una premisa que, a mi parecer, se debe mantener. En palabras del profesor Lascuráin, «la libertad de expresión debe man-

---

<sup>1</sup> Especialmente interesante, en relación con la libertad de expresión en España, por el tratamiento completo que realiza, es el trabajo de González-Trevijano Sanchez, p., *La Libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Octubre 2019. El autor enuncia de forma muy sistemática toda la legislación en España sobre la libertad de expresión.

tenerse siempre como presupuesto, sin perjuicio de que expresarse no puede ser una patente de corso.../... porque con las palabras vejamos, amenazamos o inducimos a asesinatos». El autor defiende que los límites a la libertad de expresión deben estar presididos por dos directrices: a) seguir siendo excepcionales y tener una justificación meridianamente clara; y b) expresiones intolerables no significa que su represión haya de pasar por prisión, pues hay que evitar tanto el denominado efecto desaliento —la inhibición del ciudadano que teme una pena severa frente a un exceso de la libertad de expresión— y el efecto paradoja —cuando más se quiere censurar una cosa, más famosa se hace y el intento de censura es contraproducente porque acaba siendo ampliamente divulgada y recibe mayor visibilidad—; piénsese en Barbara Streisand o el cantante Pablo Hansel<sup>2</sup>. Alejandro Saiz Arnaiz<sup>3</sup> da un dato interesante: en toda su existencia, el TEDH ha pronunciado 10 condenas a España y sólo 2 en los primeros 31 años y 8 en los últimos 10. Obviamente, las cifras nos llevarían a preguntarnos qué está pasando en nuestro país. A mi parecer, es muy importante señalar que España no ha sufrido una regresión de forma intencionada en sus estándares, sino una ausencia de evolución que, en última instancia de traduce en una inadecuación a los estándares internacionales que sí evolucionan. La discusión está abierta desde hace varios años, está muy unida a los cambios provocados por la sociedad de la información, a la evolución de los propios conceptos que están en liza, como el honor y la intimidad e, igualmente, al uso del ordenamiento penal ante los excesos de la libertad de expresión. No obstante, todo ello, nadie discute que la libertad de expresión debe seguir siendo «la libertad con mayúsculas».

Por lo que se refiere al segundo de los interrogantes ¿reclama el desarrollo de la sociedad digital conocimientos técnicos de los aplicadores del derecho, para proceder a una limitación más correcta de la libertad de expresión? Es cierto que Internet se ha convertido, en la actualidad, en uno de los principales medios de ejercicio del derecho a la libertad de expresión y que contiene herramientas esenciales para la participación en el debate público, sea éste de carácter político o no. También lo es, que el TEDH no ha necesitado conocimientos especiales para declarar que era desproporcionada una decisión judicial que bloqueaba el acceso a Google sites, que alojaba una web cuyo titular era objeto de un proceso penal (*Ahmet Yildirim c. Turquie*, STEDH 18 diciembre 2012); tampoco para determinar la ausencia del carácter legal de una medida que bloqueaba el acceso a *YouTube*, sin necesidad desconocimientos más complejos (*Akdeniz c. Turquie*, STEDH 1 de diciembre de 2015). Recientemente el TEDH tampoco he encontrado pro-

<sup>2</sup> Lascuráin Sanchez, J. A., «Labios como espadas: libertad de expresión y Derecho penal», publicado en *El Almacén de Derecho*, entrada de 29 de abril 2021.

<sup>3</sup> Saiz Arnaiz, A., «La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del TEDH», *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, noviembre 2021.

blemas para declarar que el bloqueo de sitios de internet en Rusia, no tenía una causa justificada, era excesivo y arbitrario y no garantizaba la libertad de expresión y el derecho a la información (*Rusia y Engels c. Rusia*, STEDH 23 de junio de 2020). La lectura de las sentencias del TEDH ponen de manifiesto que la valoración de si resultan o no proporcionales los límites impuestos a la libertad de expresión en Internet, así como si tales límites estaban adoptados por una medida de carácter legal y/o estaban justificados por alguna razón de interés general, no reclama sofisticados conocimientos, pues se ha tratado en la mayoría de las ocasiones de un juicio externo de convencionalidad, para que todo juez del TEDH está capacitado. Los jueces europeos realizan, antes y ahora, un juicio externo en el que verifican —no sustituyen—, lo correcto del juicio de ponderación que ha hecho el Estado demandado en virtud de su margen de apreciación.

Y finalmente, el tercero de los interrogantes: ¿reclama esta nueva sociedad de la información una acción del legislador, es decir, un mayor marco normativo para la libertad de expresión? Lo cierto es que creo que en nuestro país el legislador ya estaba en deuda con la libertad de expresión. Tenemos algunas ausencias notables como una ley del secreto profesional, un consejo nacional audiovisual o el modelo de gobierno de la RTVE. Por otro lado, tenemos algunas actualizaciones necesarias, como la ley de secretos oficiales (1968), la ley de censura (1966), la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (1982) o la ley de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (1997). A partir de ahí, si bien son muchos los interrogantes que plantea la nueva sociedad de la información, algunos, a mi parecer, serían más fáciles de responder por los jueces si dispusieran de un marco legislativo más contemporáneo. Quizás, de inicio, no resulte imprescindible más que arremeter la tarea pendiente de actualizar el marco normativo existente de la libertad de expresión, eso sí, con la mirada puesta en los cambios provocados por la actual sociedad de la información.

En la sociedad del S. XXI, la libertad de expresión y el derecho a la información son los activos más preciados; eso no ha cambiado. No obstante, sí hay una profunda transformación de la sociedad y hoy, es generalizada la opinión de que *somos todos un poco reporteros*. En este contexto, la proposición que ya no estoy segura de que sea válida es la que defendía que *la mejor legislación sobre libertad de expresión es la que no existe*. Contrariamente, creo que legislador y jueces deben tutelar —en su justa medida— derechos como intimidad y propia imagen. La autonormación —ya no sólo de los profesionales de la información, sino de la sociedad en general—, será un instrumento muy necesario en la tutela de tales derechos, pero no suficiente. La labor pendiente es compleja y debe empezar a acometerse lo antes posible.



# EL CONCEPTO DE VIDA PRIVADA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA  
*Profesor de la Universidad Complutense de Madrid*

## Introducción

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con las tecnologías de la información y de la comunicación es ya inabarcable. Es muy importante la tarea de sistematización que asume el propio Tribunal, a través de los informes y las guías que publica. Dentro de este vasto campo de estudio, que no compone un conjunto homogéneo, me centraré en el sintagma «vida privada social», que adquiere relevancia en el contexto de la jurisprudencia sobre el control empresarial del correo electrónico del trabajador.

Este concepto está potencialmente relacionado con dos cuestiones de carácter general: las transformaciones de las declaraciones de derechos que conlleva la revolución digital, mediante la creación de derechos nuevos o de contenidos nuevos de derechos clásicos, y el correlativo surgimiento de deberes a cargo de las empresas.

## I. Un concepto jurisprudencial

### 1. ORIGEN

El origen de la expresión «vida privada social» no está específicamente relacionado con las nuevas tecnologías. Está en la Sentencia Bigaeva contra Grecia, de 28 de mayo de 2009, sobre los requisitos de nacionalidad para el ejercicio de la profesión de abogado. El Tribunal señala que el derecho a la vida privada no se identifica con la intimidad o privacidad. Se aproxima más a un derecho al libre desa-

rrollo de la personalidad. A partir de esta definición amplia del derecho, el Tribunal afirma que el artículo 8 comprende la posibilidad de desarrollar la identidad social, que incluye la posibilidad de la persona de acercarse a los demás para establecer y desarrollar relaciones con los demás (párrafo 22). En este marco, el término «vida privada social» sirve para etiquetar esta expansión del derecho a la vida privada hacia el desarrollo de las relaciones sociales. A continuación, la Sentencia incluye las actividades profesionales dentro del ámbito de la vida privada como una forma más de relación social (párrafo 23). De este modo, el rótulo de «vida privada social» es el resultado de una interpretación transformadora del artículo 8 del Convenio Europeo, que lo conecta con la autonomía personal y el desarrollo de relaciones sociales y profesionales.

La Sentencia Bigaeva se inspira en el razonamiento que elabora la Sentencia Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992. La Sentencia utiliza en el párrafo 29 una argumentación de carácter muy general, que va más allá del caso concreto (la extensión de la inviolabilidad del domicilio al despacho profesional de un abogado). Descarta limitar la garantía de la vida privada a un «círculo interior», en el que el individuo puede vivir su propia vida personal como quiera y excluir de ella por completo al mundo exterior no comprendido dentro de ese círculo. Por el contrario, aboga por incluir dentro de la vida privada el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Añade que no hay razón para excluir a priori las relaciones o actividades profesionales o empresariales, que constituyen una faceta destacada del contacto de las personas con el mundo exterior.

Puede seguirse el rastro de esta concepción amplia de la vida privada hasta la decisión de la Comisión en el caso X. contra Islandia, no. 6825/74, de 18 de mayo de 1976. De acuerdo con esta decisión de la Comisión, que renuncia a dar una definición del objeto del derecho, la vida privada no acaba en el derecho a la privacidad o a la intimidad, sino que incluye el derecho a mantener relaciones con otros seres humanos con la finalidad de desarrollar la propia personalidad. Se ha descrito la posición de las instituciones del Convenio a la definición de la vida privada como una aproximación fragmentaria («piecemeal approach»)<sup>1</sup>.

La «vida privada social» amplía el derecho a la vida privada que protege el Convenio, para incluir situaciones que no afectan a la privacidad o a la intimidad. Desde que Samuel Warren y Louis Brandeis definieran en 1890 el derecho a la privacidad como «*the right to be let alone*», el contenido del derecho no ha parado de evolucionar, revelando cómo su carácter dinámico y dúctil (*dynamic and*

---

<sup>1</sup> Gomez-Arostegui, H. Tomas, «Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations», en: *California Western International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, Spring 2005, p. 154.

*open-textured character*) permite a los operadores jurídicos invocarlo en un amplio rango de situaciones<sup>2</sup>.

Este carácter dinámico del derecho ya estaba en el origen del derecho, como recuerdan las palabras con las que Warren y Brandeis abrieron su célebre artículo publicado en el volumen IV de la *Harvard Law Review*:

«THAT the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common Law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society».

La idea de «vida privada familiar» es un concepto autónomo dentro del sistema del Convenio. La jurisprudencia de Estrasburgo está muy alejada del uso de la expresión «vida privada social» en otras latitudes. La doctrina estadounidense lo emplea en ocasiones para referirse a los espacios privados pero de uso público, como restaurantes, hoteles y teatros. Lo hace en relación con la polémica sobre si es constitucional imponer reglas antidiscriminatorias en este territorio intermedio entre lo público y lo privado<sup>3</sup>. No hay conexión aparente con la jurisprudencia de Estrasburgo.

## 2. CONSOLIDACIÓN

Las sentencias posteriores han empleado esta idea de «vida privada social» para examinar desde la perspectiva del artículo 8 del Convenio Europeo casos que están relacionados con la pérdida del empleo: la destitución de una jueza por razones relacionadas con su vida privada (Özpinar contra Turquía, de 19 de octubre de 2010) y la renovación de un contrato como profesor de religión a un sacerdote casado (Fernández Martínez contra España, Sentencia de Sala de 15 de mayo de 2012).

La semilla de la aplicación del artículo 8 del Convenio en caso de obstáculos a las relaciones laborales o profesionales está en la Sentencia Bigaeva y en los casos anteriores a los que remite. El Tribunal Europeo ha considerado afectado el Convenio por la prohibición de ejercer actividades profesionales que pesa sobre anti-

<sup>2</sup> Hendrickx, F., «Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology and automation», en: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41(1), 2019, p. 147.

<sup>3</sup> Freeman, A., y Mensch, E., «Public-private distinction in american law and life», en: *Buffalo Law Review*, 36(2), 1987, p. 243.

guos agentes de los servicios de seguridad soviéticos (Sidabras y Džiautas contra Lituania, de 27 de julio de 2004) o sobre empresarios quebrados (Campagnano contra Italia, de 23 de marzo de 2006). En estos casos, se hace una interpretación del artículo 8 del Convenio que se solapa con el derecho al trabajo o al libre ejercicio profesional, reconocido en la Carta Social Europea.

Las sentencias Özpınar y Fernández Martínez no profundizan en la construcción del concepto de «vida privada social» vinculado al ejercicio profesional. Pero su uso reiterado supone su consolidación. El derecho a la vida privada deja de ser un derecho civil para proporcionar cada vez más formas diversas de protección en un contexto laboral<sup>4</sup>. En el caso Fernández Martínez, dentro del voto particular del Juez Sajó en la Sentencia de Gran Sala, de 12 de junio de 2014, se desliza una crítica a la construcción del empleo como un derecho del Convenio incluido dentro de la garantía de la vida privada.

Estas Sentencias muestran que el término «vida privada social» sirve para delimitar el ámbito de aplicación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al considerar aplicable el artículo 8, el Tribunal Europeo entra a revisar la ponderación de derechos e intereses que realiza el ordenamiento interno.

La Sentencia Denisov contra Ucrania, de 25 de septiembre de 2018, vuelve, como en el caso Özpınar, a analizar la destitución de un juez desde la perspectiva del artículo 8 del Convenio en su vertiente de la identidad social. La Sentencia ensaya una sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el derecho a la vida privada en escenarios relacionados con el empleo. La Sentencia clasifica los casos en dos grupos: a) aquellos en los que la vida privada es la razón en la que se basan las medidas que provocan el perjuicio en las relaciones laborales o profesionales (*reason-based approach*) y b) aquellos en los que la medida que afecta al demandante tiene consecuencias graves sobre el sustento del recurrente o sobre sus oportunidades para relacionarse con otras personas (*consequence-based approach*) (párrafo 102). Son estos últimos casos los que se conectan directamente con la idea de «vida privada social».

Podemos poner como ejemplo de este segundo grupo a la Sentencia National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) y otros contra Francia, de 18 de enero de 2018, por cuanto se alude al «derecho a la vida privada social» (párrafo 153). Se analiza la sujeción de los deportistas a una obligación de notificar su localización para permitir a las autoridades deportivas realizar controles antidopaje por sorpresa. La Sentencia apela a los efectos sobre la autonomía personal de los deportistas que tiene la medida para explicar por qué este sistema debe considerarse como un límite al artículo 8. También se basa en los efectos

---

<sup>4</sup> Hendrickx, F., *op. cit.*, p. 147.



sobre la vida privada la Sentencia Altay contra Turquía (nº 2), de 9 de abril de 2019, que trata sobre las comunicaciones de un preso con su abogado.

El concepto no se ha exportado a otras áreas de la jurisprudencia de Estrasburgo. Ha sido utilizado de forma puntual para reforzar la aplicabilidad del artículo 6.1 del Convenio en la Sentencia Boulois contra Luxemburgo, de 14 de diciembre de 2010, sobre la denegación de permisos a un preso que quería realizar cursos de formación profesional con la intención de facilitar su posterior reinserción. El artículo 6.1 del Convenio vincula el derecho al proceso equitativo con la decisión de los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil (además de con las acusaciones penales). En el caso Boulois se discutía si el recurso contra el rechazo de los permisos penitenciarios constituía un litigio sobre un derecho civil. En este contexto, la Sentencia de Sala argumenta que está en juego el derecho a desarrollar una «vida privada social» y una identidad social (párrafo 64). Sin embargo, la Gran Sala revertiría la decisión en la Sentencia de 3 de abril de 2012, por considerar que la demanda era incompatible *ratione materiae* con el artículo 6, por apreciar que la legislación nacional no configuraba el permiso solicitado por el preso como un derecho, sino como un privilegio que la administración puede conceder de forma discrecional. Sin apenas argumentación, la Gran Sala da marcha atrás a lo que había dicho sobre la vida privada social y afirma que la concesión de permisos penitenciarios no aparece reconocido como un derecho por el Convenio ni por el Derecho Internacional (párrafo 102).

## II. Privacidad 3.0: los casos sobre control tecnológico

El concepto de «vida privada familiar» recibe un fuerte impulso en la sentencia Barbulescu contra Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, sobre el despido de un trabajador basado en los mensajes que el trabajador había intercambiado con sus familiares desde una cuenta de mensajería instantánea que debía utilizarse exclusivamente con fines laborales. La Sentencia Barbulescu sigue estando relacionada con la pérdida del empleo, pero el elemento central es el control empresarial sobre el trabajador.

Hendrickx narra la sucesión de tres etapas iniciales en el desarrollo de la privacidad en el ámbito laboral: el reconocimiento inicial (Privacidad 1.0, que se correspondería aproximadamente con lo que anteriormente se ha señalado sobre la Sentencia Bigaeva), el desarrollo de una protección convencional del tratamiento de los datos personales bajo el paraguas del derecho a la vida privada (Privacidad 2.0, con la idea de que el artículo 8 incluye el derecho a la autodeterminación informativa, en la Sentencia Satakunnan Markkinapdrssi Oy & Satamedia Oy contra Finlandia, de 27 de junio de 2017) y el surgimiento de nuevas amenazas

como consecuencia del desarrollo de herramientas tecnológicas de vigilancia del trabajador (Privacidad 3.0)<sup>5</sup>. La Sentencia Barbulescu refleja los cambios que implican las etapas segunda y tercera.

Frente a la amenaza que supone el uso de tecnologías que permiten al empresario una vigilancia cada vez más invasiva de los trabajadores, la idea de «vida privada social» es la percha que permite intervenir al Tribunal Europeo. La Sentencia reitera su jurisprudencia previa sobre la «vida privada social». La Sentencia parte, de este modo, de una noción amplia de la vida privada, que incorpora también elementos relacionados con la esfera de autodeterminación personal en el seno de las relaciones sociales, incluido el ámbito laboral<sup>6</sup>. Específicamente, el Tribunal Europeo identifica «vida privada social» con la posibilidad de comunicarse con terceros a través de los canales de mensajería instantánea. La Sentencia define el término de «vida privada social» como la posibilidad de los individuos de dirigir su identidad social (párrafo 70). A partir de esta primera afirmación, la Sentencia señala que un servicio de mensajería instantánea es uno de los medios de comunicación que permite a los individuos conducir esta identidad (párrafo 74).

La idea de «vida privada social» es solo uno de los hilos que conectan el caso Barbulescu con el artículo 8 del Convenio. La Sentencia también señala que las comunicaciones interceptadas tienen la consideración de correspondencia y que el contenido de algunos de los mensajes es de carácter íntimo. Además, gran parte del razonamiento que sigue el Tribunal para resolver el caso adopta la perspectiva de la protección de los datos personales, que es la perspectiva dominante desde la perspectiva del Derecho interno<sup>7</sup>. Por este motivo, tal vez sean más precisos otros conceptos utilizados por la doctrina en el ámbito comparado, como el de privacidad informativa («*information privacy*»)<sup>8</sup>.

La Sentencia Barbulescu muestra cómo el derecho a la vida privada origina obligaciones para los particulares. La Sentencia de Gran Sala afirma que las normas fijadas por el empresario no pueden reducir a cero la «vida privada social» en el lugar de trabajo (párrafo 80). Esta afirmación constituye una subordinación del

<sup>5</sup> Hendrickx, F., *op. cit.*, pp. 153-162.

<sup>6</sup> Gallardo Moya, R., «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumanía», en: *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 145; y Delgado Jiménez, A.F., «El caso Barbulescu y su impacto en la jurisprudencia constitucional», en: *Revista Internacional Consinter de Direito*, no VII, 2018, p. 166.

<sup>7</sup> García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., «La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, pp. 19-64.

<sup>8</sup> Hazel, O., «Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out», en: *Industrial Law Journal*, vol. 31, no. 4, December 2002, pp. 321-352.

principio de la autonomía de la voluntad al respeto de los derechos fundamentales, lo que puede resultar especialmente controvertido desde la perspectiva de los sistemas de *common law*, reacios a la constitucionalización del Derecho privado<sup>9</sup>. Pero tales límites están asentados en la idea social de que es necesario compensar los desequilibrios materiales entre el poder de negociación de los empresarios y trabajadores. En el mundo *online* esos desequilibrios se acentúan como consecuencia de la utilización por parte de los empresarios de nuevos sistemas de vigilancia electrónica<sup>10</sup>.

Por las características del sistema del Convenio Europeo, el razonamiento del Tribunal no aborda directamente la eficacia del derecho frente a las empresas, sino indirectamente a través de las obligaciones positivas del Estado, que debe asegurar el disfrute del derecho por parte de los trabajadores.

Se puede plantear una discusión acerca de si este deber de tutela se ha de buscar específicamente a través de la protección del trabajador frente al despido o si pueden ser suficientes las garantías que consistan en una imposición de una multa al empresario o el otorgamiento de una indemnización al trabajador. La existencia de medios alternativos de tutela puede tener especial sentido porque, desde la perspectiva del ordenamiento interno, el control empresarial puede no constituir una lesión de un derecho fundamental (si la declaración constitucional de derechos se circunscribe a la intimidad), sino únicamente una infracción de la legislación ordinaria sobre protección de datos. La Sentencia de Gran Sala pone el foco sobre los jueces de lo laboral. Mientras, el voto particular considera que debió hacerse un examen más amplio en el que se tuviera en cuenta la posibilidad del trabajador despedido de obtener la tutela de sus derechos a través de acciones civiles o promoviendo actuaciones sancionadoras contra el empresario.

A partir de estas bases, la Sentencia fija una serie de criterios que los tribunales nacionales deben examinar (es lo que se denomina test Barbulescu y se sintetiza en el párrafo 121). La razón de decidir de la Sentencia se centra en dos elementos: la obligación del empresario de facilitar a los trabajadores información completa sobre el sistema de vigilancia de las comunicaciones y la proporcionalidad de la interferencia, en cuanto adecuación entre el sistema de vigilancia y el propósito que se persigue. El examen pleno de ambos extremos corresponde a los tribunales ordinarios del Estado. El debate está en cuál debe ser la intensidad con la que el Tribunal Europeo revise las decisiones de los tribunales nacionales.

La Gran Sala incide especialmente en que los jueces nacionales deben examinar si el trabajador ha sido informado previamente de la posibilidad de que el

<sup>9</sup> Collins, H., «Private law, fundamental rights, and the rule of law», en: *West Virginia Law Review*, 121(1), 2018, p. 19.

<sup>10</sup> Hendrickx, F., *op. cit.*, p. 162.

empresario aplique medidas de control de las comunicaciones. Se precisa que la notificación debe ser clara sobre la naturaleza de las medidas de control («*the notification should normally be clear about the nature of the monitoring and be given in advance*»). El Tribunal Europeo adopta como referencia principal la normativa sobre protección de datos. Para exigir que el trabajador tenga información previa y clara sobre los sistemas de vigilancia, la Sentencia se apoya en el principio de transparencia, que respaldan el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación CM/Rec(2015)5) y el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos que existe en la Unión Europea (puede verse el reciente Dictamen 2/2017). En el caso concreto, la Gran Sala considera que los tribunales nacionales no han velado suficientemente porque la información fuera adecuada. Existen dudas sobre si el control del correo electrónico se había iniciado antes de las advertencias emitidas por el empresario. A la vez, el Tribunal Europeo considera que la información facilitada por el empresario se centraba en la prohibición de uso del correo y no tanto en la posibilidad de que se establecieran sistemas de control.

No resulta claro cómo la Sentencia aplica el concepto de expectativa razonable de privacidad. Este principio es un contrapeso a la amplitud del alcance del derecho a la vida privada. En concreto, puede limitar las cargas que la privacidad del trabajador conlleva para el poder de dirección del empresario. En contra de su aplicación, algunos autores han señalado los riesgos que la vigilancia descubierta puede también causar en la autonomía personal de los trabajadores y abogan porque el Tribunal Europeo prescinda de este criterio y examine también la proporcionalidad de la restricción cuando el control empresarial ha sido debidamente advertido<sup>11</sup>. En el caso concreto, la prohibición de uso para fines personales del servicio de mensajería de la empresa pareciera eliminar la expectativa de privacidad. Sin embargo, la Sentencia señala que una expectativa razonable de privacidad es un factor significativo, aunque no necesariamente concluyente (párrafo 73)<sup>12</sup>. Y a continuación remata:

80. It is open to question whether — and if so, to what extent — the employer's restrictive regulations left the applicant with a reasonable expectation of privacy. Be that as it may, an employer's instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero. Respect for private life and for the

<sup>11</sup> Jervis, C.E.M., «Barbulescu v Romania: Why There Is No Room for Complacency When It Comes to Privacy Rights in the Workplace», en: *Industrial Law Journal*, vol. 47, no. 3, September 2018, pp. 440-453.

<sup>12</sup> Cita la Decisión en el caso Kopke contra Alemania, de 5 de octubre de 2010, que a su vez cita la Sentencia Halford contra el Reino Unido, de 25 de junio de 1997, párrafo 45. Sobre el origen y evolución de la doctrina de la expectativa razonable de privacidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo puede verse Gomez-Arostegui, H. Tomas, *op. cit.*

privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary.

La Sentencias de Sección y Gran Sala divergen sobre el examen de la proporcionalidad de la intervención. La Sección fue deferente con las autoridades nacionales, adoptando un escrutinio basado en la determinación de si los tribunales internos habían ponderado adecuadamente (*fair balance*) el derecho a la vida privada del trabajador y los intereses del empresario. Se analizaba fundamentalmente la motivación de las sentencias nacionales. El mismo nivel de escrutinio es el defendido en el voto particular de la segunda Sentencia. Por el contrario, la Gran Sala asume una posición más intervencionista, estableciendo criterios detallados sobre cómo se deben valorar las medidas disciplinarias adoptadas por la empresa y revisando además de forma minuciosa la valoración de los hechos que hicieron los jueces nacionales. La Sentencia señala que el control de proporcionalidad debe modularse en función de la intensidad del control empresarial, para lo que es determinante valorar si se accede al contenido de los mensajes, la amplitud de las comunicaciones sometidas a vigilancia, la duración del control o el número de personas que tienen acceso a los resultados. Al mismo tiempo, debe ponderarse la severidad de las medidas disciplinarias adoptadas por el empresario. La Gran Sala especifica que los controles que supongan un acceso por parte del empresario al contenido de las comunicaciones deben someterse a un control de proporcionalidad más intenso. La Sentencia concluye que los jueces nacionales debieron realizar un examen más estricto de la proporcionalidad del control empresarial, considerando insuficiente la motivación de las sentencias internas acerca de los fines que justificarían el acceso al contenido de los mensajes y sobre la existencia de medios alternativos de control menos restrictivos de la privacidad del trabajador.

La aplicación del artículo 8 del Convenio a la privacidad del trabajador frente al control empresarial se consolida con las Sentencias Antović y Mirković contra Montenegro, de 28 de noviembre de 2017, y López Ribalda contra España, de 17 de octubre de 2019, ambas relacionadas, con la videovigilancia en el lugar de trabajo. En ambas se insiste en la existencia dentro del ámbito laboral de un espacio de autonomía del trabajador, donde este puede relacionarse con terceros, a resguardo del control empresarial. Si bien, en la Sentencia López Ribalda, la Gran Sala realiza un control de la proporcionalidad de la intervención más deferente con la valoración realizada por los tribunales nacionales y la indicación de que la legislación interna prevé otros recursos diferentes a los laborales para la protección de los datos personales<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Molina Navarrete, C. «De “Barbulescu II” a “López Ribalda”: ¿que hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?», en: *Revista derecho del trabajo*, núm. 19. 2018, pp. 121-130

En general, esta dimensión de la vida privada social está relacionada con algunos de los derechos que recogen las nuevas declaraciones de derechos digitales. En la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (COM(2022) 28 final) se recoge el derecho a «una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico». Este derecho procede de los principios de la Organización Internacional del Trabajo y de la legislación de la Unión Europea, que toma como referencia el Tribunal Europeo como fuente externa. El concepto de vida privada social es la puerta que permite al Tribunal Europeo extender a estos nuevos contenidos la protección del artículo 8 del Convenio.

La variedad de los asuntos que lleguen en el futuro al Tribunal Europeo podría ampliarse. Las sentencias sobre el control del ordenador o la videovigilancia serían directamente aplicables a eventuales demandas relacionadas con la supervisión por parte del empresario de las redes sociales de los trabajadores, bien porque la información allí contenida revele incumplimientos contractuales o porque las opiniones manifestadas por el trabajador a través de las mismas pudieran dañar la reputación de la empresa.

### III. Consideraciones finales

El concepto «vida privada social» es que la evolución constante es un rasgo inherente al derecho que reconoce el artículo 8 del Convenio. El reconocimiento de un derecho a la «vida privada social» es una respuesta del Tribunal para adaptar el Convenio a las nuevas demandas de la sociedad provocadas por los cambios de todo tipo y especialmente los tecnológicos. Estos cambios continuarán en el futuro. Hendrickx pronostica que el surgimiento de nuevas amenazas a la privacidad como resultado de las sucesivas revoluciones tecnológicas (Inteligencia Artificial) requerirá llevar el derecho a la vida privada a un nuevo nivel<sup>14</sup>.

La cuestión es si la indefinición del objeto del derecho a la vida privada, sumada al desarrollo de las obligaciones positivas ligadas al mismo, puede restar previsibilidad a la respuesta que el Tribunal Europeo da a las demandas en las que se invoque el artículo 8 del Convenio. Para alcanzar un equilibrio es clave la interpretación que haga el Tribunal Europeo de la «expectativa razonable de privacidad» y del margen de apreciación nacional en relación con el control de proporcionalidad. En ambos casos, el Tribunal puede apoyarse en el *soft law* y en el derecho comparado para buscar un consenso mínimo emergente entre los Estados miembros.

---

<sup>14</sup> Hendrickx, F., *op. cit.*, pp. 166-171.

## Bibliografía

- COLLINS, H., «Private law, fundamental rights, and the rule of law», en: *West Virginia Law Review*, 121(1), 2018, pp. 1-26.
- DELGADO JIMÉNEZ, A. F. , «El caso Barbulescu y su impacto en la jurisprudencia constitucional», en: *Revista Internacional Consinter de Direito*, no VII, 2018, pp. 163-179.
- FREEMAN, A., y MENSCH, E., «Public-private distinction in american law and life», en: *Buffalo Law Review*, 36(2), 1987, pp. 237-258.
- GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Barbulescu II c. Rumanía», en: *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 141-156.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, pp. 19-64.
- GOMEZ-AROSTEGUI, H. T., «Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations», en: *California Western International Law Journal*, vol. 35, no. 2, Spring 2005, pp. 153-202.
- HAZEL, O., «Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out», en: *Industrial Law Journal*, vol. 31, no. 4, December 2002, pp. 321-352.
- HENDRICKX, F., «Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology and automation», en: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41(1), 2019, pp. 147-172.
- JERVIS, C. E. M., «Barbulescu v Romania: Why There Is No Room for Complacency When It Comes to Privacy Rights in the Workplace», en: *Industrial Law Journal*, vol. 47, no. 3, September 2018, pp. 440-453.
- MOLINA NAVARRETE, C. «De «Barbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?», en: *Revista derecho del trabajo*, núm. 19. 2018, pp. 121-130





# DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y REDES SOCIALES. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.

MARÍA GARROTE DE MARCOS  
*Profesora de la Universidad Complutense de Madrid*

## Introducción

Las redes sociales son hoy las protagonistas indiscutibles de la comunicación en la era digital y han alcanzado una enorme popularidad. El derecho a la propia imagen, aunque también el resto de derechos de la personalidad, es uno de los más afectados por esta nueva forma de comunicación en la que los usuarios no solo son consumidores sino también creadores de contenidos. Todo ello produce de manera inevitable una pérdida del poder de control sobre los datos personales y el uso que se hace de ellos, quedando frecuentemente expuestos a intromisiones ilegítimas (Soler Presas, 2011).

La colisión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de información —con ocasión de la publicación en un periódico de una fotografía procedente de una red social— ha sido objeto de examen por parte del Tribunal Supremo en varias sentencias, brindando la oportunidad de actualizar su tradicional doctrina sobre esta materia. Además, el Tribunal Constitucional también ha podido abordar estas cuestiones en la sentencia 27/2020, de 24 de febrero, cuyo interés va más allá de la resolución del caso concreto. Las decisiones judiciales nos confirman algunos aspectos fundamentales sobre la utilización de imágenes procedentes de redes sociales, pero también abren nuevas incógnitas que todavía deben despejarse. El presente trabajo ofrece una síntesis de estas importantes resoluciones judiciales y trata de identificar los puntos que aún quedan por resolver.

## 1. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen y la delimitación de su protección

El artículo 18.1 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la propia imagen, junto con el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al honor. Ninguno de los tres derechos queda definido en el texto constitucional y ha sido el Tribunal Constitucional quien ha precisado su concepto y delimitación a través de una abundante jurisprudencia. En su dimensión constitucional, se ha definido el derecho a la propia imagen «como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado» (STC 156/2001, FJ 6). Por lo tanto, el derecho a la propia imagen tiene un contenido positivo que permite al titular consentir la captación, reproducción o publicación de su figura, y un contenido negativo que le faculta para impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde (De Verda y Beamonde, 2007).

A diferencia de lo que ocurre en otras declaraciones de derechos nacionales o internacionales, el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen en el artículo 18 CE implica una protección autónoma del mismo. Por lo tanto, no es preciso que la divulgación de la imagen suponga un atentado contra la intimidad o el honor, sino que la mera reproducción de la imagen es considerada ya como una intromisión ilegítima en la vida privada de la persona, lesionando su derecho a la propia imagen. Es lo que sucede con las llamadas «fotografías neutrales». En palabras del Tribunal Constitucional: «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima» (STC 139/2001, FJ 4). Protege, por tanto, un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás.

La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982), delimita en su artículo 2 la protección otorgada a los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE conforme a la ley y a los usos sociales «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Esto

significa que la protección del uso de la imagen, en lo no previsto por las leyes, estará determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento.

Además, no existirá intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso; consentimiento que habrá de ser revocable en todo momento. El consentimiento expreso que no equivale a consentimiento formal (o por escrito) sino a consentimiento inequívoco, que en caso duda se entiende no concedido<sup>1</sup>. Debe ser específico o concedido para un determinado acto o finalidad, es decir, ha de ser un consentimiento dado «al efecto», y tratarse de un consentimiento informado y revocable (Yzquierdo Tolsada, 2017: 355).

Los propios actos del titular del derecho podrían considerarse como un consentimiento tácito. La aplicación de la doctrina de los actos propios, que ha sido muy discutida (Gómez Corona, 2011: 456), puede ser problemática en relación con las redes sociales: ¿significa que si alguien sube fotos a una red social de forma pública comporta su consentimiento tácito para que estas imágenes sean utilizadas por terceros? La respuesta dada por la jurisprudencia ha limitado mucho el alcance de la doctrina de los actos propios en estos entornos, como veremos más adelante.

En síntesis, la esfera protegida del derecho a la propia imagen se somete a sendas delimitaciones fijas (límites legales y prestación del consentimiento) y variables (usos sociales y actos propios), de modo que pueda ser adaptada a la propia evolución de la sociedad. Junto a ello, el art. 8 LO 1/1982 señala una serie de circunstancias que pueden justificar la intromisión en estos derechos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

---

<sup>1</sup> En este contexto, la STS, Civil, 746/2016 (RJ 2016, 5997) sostuvo que el hecho de que una mujer anónima subiera fotos a su cuenta de Facebook en *topless* no constituía consentimiento expreso de aquella para que un programa de televisión la grabara haciendo *topless* en la playa y lo difundiera por dicho medio.

Así, cuando el derecho a la propia imagen colisione con derecho a la libertad de expresión e información deberá efectuarse una ponderación, y en función del caso, decidir cuál merece prevalecer. En todo caso, siempre hay que partir de unas premisas: la información debe ser veraz, de relevancia pública y necesaria para la formación de una opinión libre, como finalidad objetiva. La relevancia pública de la información puede apreciarse, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere, o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Así pues, «el derecho a la información no ocupa una posición prevalente respecto del derecho a la imagen, solo se antepone a este último tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo» (STC 19/2014, FJ 6). Por lo tanto, el carácter noticiable de la información se erige en criterio fundamental y decisivo que hará ceder el derecho a la imagen frente al derecho a la información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida.

Una vez constatado lo anterior, el derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin el consentimiento del titular, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que *una persona de proyección pública* aparezca —de manera no accesoria— en relación con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida para el público, es decir, relacionado con su cargo o profesión de notoriedad.

La imagen de un *particular anónimo o desconocido*, o lo que es lo mismo, que no ejerce cargo público o una profesión de notoriedad, por más que sea captada en un lugar público, no puede utilizarse sin su expreso consentimiento, salvo en dos supuestos (STC 27/2020, FJ 2):

- En primer lugar, aquel en el que la persona aparezca en la fotografía de *manera meramente accesoria e intrascendente*, sin protagonismo alguno. La jurisprudencia ha manejado fundamentalmente dos nociones de accesoriidad: accesoriidad de la imagen de la persona en relación con el propio documento gráfico que la reproduce; y accesoriidad referida al papel secundario de la información gráfica en su conjunto con respecto de la noticia en sí (Flores Anarte, 2020: 347).
- En segundo término, en el caso de que la participación en el acontecimiento noticiable de la persona inicialmente anónima fuera principal o protagonista, en cuyo caso su derecho fundamental a la imagen deberá ceder frente al derecho a la información, precisamente debido al papel no accesorio que ha asumido el propio sujeto.

En suma, no existirá intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por la divulgación de una fotografía de una persona si:

- consintió tal divulgación;
- de sus actos propios podía inferirse que consentía la divulgación de la imagen;
- la imagen hubiera sido tomada u obtenida de un lugar abierto al público o en un acto público respecto a una persona con proyección pública;
- la imagen, incluso de una persona sin proyección pública, ilustrara un suceso o acontecimiento público siempre que la imagen de la persona fuera meramente accesoria;
- la imagen es de una persona anónima pero que se ha convertido en protagonista de un acto noticiable.

## 2. La utilización de imágenes de redes sociales: qué sabemos.

Desde 2017 se han resuelto varios casos en los que el Tribunal Supremo ha tenido que valorar la utilización de imágenes procedentes de redes sociales para ilustrar informaciones de medios de comunicación. En todos ellos es necesario ponderar la afectación del derecho a la propia imagen en relación con el derecho a la información. Se trata de resoluciones que aborda el Pleno de la Sala Primera para concretar una doctrina que, pese a su casuística, se entiende novedosa por referirse al mundo digital; doctrina que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la muy relevante sentencia 27/2020, de 24 de febrero.

El primero de esta serie casos es el **caso «La Opinión. El correo de Zamora»**. En las ediciones de papel y digital de este periódico se publicó un reportaje sobre un suceso en el que una persona había sido herida por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó. El artículo contenía datos que permitían identificar a la víctima, su dirección y otros aspectos de la familia. En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyó una fotografía de la víctima, que había sido obtenida de su perfil de Facebook. La víctima del suceso demandó al medio de comunicación alegando una vulneración de su derecho a la propia imagen y de su derecho a la intimidad. En las dos primeras instancias se otorgó la tutela de ambos derechos, pero en el recurso de casación interpuesto por el periódico, el Tribunal Supremo solo entendió vulnerado el derecho a la propia imagen, estimando parcialmente el recurso en sentencia de 15 de febrero de 2017<sup>2</sup>. Respecto a este derecho la Sala Primera entiende, en primer lugar, que

<sup>2</sup> Sobre esta sentencia, véase, YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)», en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coord.) *Comentarios*

no hay consentimiento expreso, pues la publicación de una imagen en Facebook significa que se consiente que terceros tengan acceso al contenido de esa cuenta de Facebook y puedan interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. Para eso no existía consentimiento. El consentimiento del titular de la imagen para que el público pueda ver su fotografía en un blog o red social implica autorización para una difusión que sea consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet pero no supone autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla en una forma distinta, pues ni ello constituye el consentimiento expreso ni las ediciones de un periódico tienen la condición de consecuencia natural del carácter accesible de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía consideración de personaje público.

Tampoco podría entenderse que subir una fotografía al perfil de Facebook constituye un acto propio que implique un consentimiento tácito para la utilización posterior de la imagen. De esta manera, queda descartada la aplicación del art. 2 LO 1/1982 en lo referente a la existencia de consentimiento y la doctrina de los actos propios. Tampoco podría ser de aplicación la excepción del art. 8 LO 1/1982 en relación a las imágenes de carácter accesorio. No considera justificada la publicación de la fotografía pues, aunque solo incluía su imagen de cintura para arriba, le tenía a él por único protagonista, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico. Además, se trataba de una imagen por completo ajena al lugar en el que sucedieron los hechos, pues fue tomada de un perfil de Facebook, y no en el lugar de los mismos ni con ocasión de los mismos.

Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, dando lugar la sentencia 27/2020, que se analizará más adelante.

Posteriormente la Sala Primera tuvo ocasión de examinar otro recurso de casación con similares características (STS 4076/2019, 19 diciembre de 2019)<sup>3</sup>. En el **caso «El Español»**, el diario digital El Español publicó un reportaje en el que se acusaba a un psicólogo de abusos sexuales contra menores, y acompañaba el artículo con una fotografía del acusado obtenida de su perfil de Facebook. Tal vez la novedad estaba en que los recurrentes alegaban que, en la sentencia de 2017,

---

*a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 9, Madrid, Dykinson, 2017, p. 347-358; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. 6, 2017, pp. 302-312.

<sup>3</sup> Un comentario sobre esta sentencia en YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (697/2019)», en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 11, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 199-207

la fotografía tomada del perfil era de la víctima, mientras que en este nuevo caso la imagen correspondía al acusado.

El acusado interpuso demanda en la que solicitó que se declarara que la publicación de su fotografía en el reportaje constituyó una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía del demandante, obtenida de su perfil de Facebook sin el consentimiento del demandante, constituía una vulneración del derecho a la propia imagen. En el recurso de casación, el medio de comunicación basó su alegato en dos consideraciones: que las fotografías fueron publicadas en el perfil público del demandante en Facebook, al que tenía acceso cualquier persona, y que se trataba de una persona que tenía relevancia y notoriedad pública sobrevenida por estar acusado de hechos delictivos muy graves. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, una cuenta de Facebook no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el art. 8.2.a) de la LO1/1982. Tampoco el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la citada LO 1/1982, como ya se advirtió en la sentencia de 2017.

Respecto a la condición de acusado —y no de víctima—, que podría convertirle en persona de notoriedad o relevancia pública sobrevenida, se trata de una circunstancia relevante que en ocasiones anteriores ha sido tenida en cuenta para enjuiciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información. Pero a juicio del tribunal, eso no supone que cualquier información sobre el acusado y, en concreto, que cualquier difusión pública de su imagen pueda considerarse amparada por la libertad de información. Que sea lícito reproducir la imagen del acusado de la comisión de un delito (su detención, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión —pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido con relación a esos hechos—, no significa que también sea lícita la reproducción de una imagen obtenida de Facebook sin consentimiento, y sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información. La formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos de relevancia pública objeto de la información.

La doctrina sentada en estas dos sentencias fue posteriormente ratificada en la resolución del caso «**Diario Levante**» (STS 526/2021, de 13 de julio de 2021), cuyas circunstancias concurrentes eran similares a las del caso «El Español»: el diario reproduce la imagen de una persona acusada de un delito para ilustrar la noticia, imagen que es tomada del perfil de Facebook sin el consentimiento del titular. El demandante entiende lesionado su derecho a la propia imagen y tam-

bién su derecho al honor, ya que la acusación se demostró posteriormente falsa. En este caso, no se considera vulnerado el derecho al honor, por tratarse de una información veraz, pero el Tribunal entiende lesionado el derecho a la propia imagen, y lo hace reproduciendo literalmente la argumentación de la sentencia de 2019. La red social Facebook no es un espacio público y no existe consentimiento expreso para hacer uso de las imágenes que se publican en la red social para otras finalidades o contextos.

En 2018 el Tribunal Supremo abordó un caso también referido la utilización de imágenes procedentes de redes sociales en el que ofrece una solución diferente ante un supuesto también diferente. En el **caso «Twitter»**, resuelto por el Pleno de la Sala Primera en Sentencia 476/2018, de 20 de julio de 2018, se trataba de valorar si determinados mensajes difundidos a través de Twitter por un particular pueden constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>4</sup>. En los «tuits» enjuiciados la demandada hacía comentarios sarcásticos sobre la presencia del demandante en diversos actos públicos, pese a encontrarse de baja laboral por enfermedad. En algunos se incorporaban fotografías del demandante —que se encontraban publicadas en Internet— en actos públicos de un partido político y en eventos sociales. El Tribunal Supremo rechaza que hubiera vulneración del derecho al honor, pues los comentarios son considerados opiniones basadas en hechos veraces y sin emplear expresiones insultantes. Sí entiende, en cambio, afectado ilegítimamente el derecho a la intimidad personal por tratarse de comentarios relativos a su salud, y, por tanto, de carácter íntimo.

Respeto al derecho a la propia imagen, el Tribunal no aprecia intromisión ilegítima, dado que concurren circunstancias que excluyen tal intromisión. Primero, porque las fotografías difundidas en los tuits ya estaban publicadas previamente en Internet, en concreto en determinadas cuentas de Facebook, Instagram o Twitter, sin que el demandante hubiera opuesto ninguna objeción por ello. En tal sentido, se considera que la prestación del consentimiento para la publicación de la propia imagen en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una *consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet*. La inclusión de una imagen en un tuit equivale a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en la que se halla, de modo que eso sí puede considerarse una consecuencia natural de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los usos sociales legítimos de internet, como son la utilización e imágenes

<sup>4</sup> Un comentario sobre esta sentencia en YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018)», en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 10, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 217-226.



en las comunicaciones típicas, bien re twitteando, bien insertando la foto directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, o insertando el link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, excluirán el carácter ilegítimo de la intromisión de acuerdo con los «usos sociales», tal y como ordena el art. 2.1 LO 1/1982

En definitiva, la utilización de imágenes procedentes del perfil de Facebook de quien no tiene la consideración de personaje público en las ediciones en papel y digital de un periódico no es «consecuencia natural» del carácter accesible de la fotografía en Internet. Pero no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

Esta consolidada y, a nuestro juicio, consistente doctrina del Tribunal Supremo ha sido ratificada en su mayor parte por el Tribunal Constitucional en la **sentencia 27/2020, de 20 de febrero**, en la que resuelve el recurso de amparo presentado por el diario «La Opinión. El correo de Zamora». Pese a que la decisión del Tribunal Constitucional confirma lo decidido anteriormente por el Tribunal Supremo en 2017, la sentencia cobra un extraordinario interés al abordar de manera sistemática los retos a los que se enfrenta la tutela de los derechos contenidos en el artículo 18 CE, debido a la utilización generalizada de las tecnologías de la información y de la comunicación (Agüero Ortiz, 2021)

El TC reconoce que en el contexto actual de cambios tecnológicos es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales (FJ 3).

También puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario. Se parte de la constatación de que es frecuente que los usuarios «publiquen en la red social en Internet no solo información sobre sí mismos, sino también de otras personas (usuarios o no) y que lo más habitual es que no hayan recabado su autorización, antes o después de hacerlo». Además, advierte que «cuando se toma una fotografía o se graba un videoclip, no solo se está creando una imagen, sino que esta incluye otros datos (metadatos)» que pueden ser también relevantes.

En todo caso, señala que «los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consenti-

miento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen».

Por lo tanto, «El hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa (...) que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE». Todo ello significa que salvo que haya una autorización inequívoca por parte del titular «la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla».

Respecto al consentimiento, cuyo examen aborda en el FJ 4, el Tribunal discute que aceptar las condiciones de Facebook sea un consentimiento tácito ya que «difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable» y «arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. El consentimiento se desvanece y hay inclinarse por hacer efectivo el derecho del usuario y entender que no lo hay. El usuario «que «sube», «cuelga» o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro etc.)».

También niega que sea aplicable la doctrina de los actos propios. De acuerdo con el comportamiento habitual de los usuarios en las redes sociales en Internet, no puede afirmarse que con la publicación de una fotografía suya en su perfil «estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso».

Descartada la existencia de autorización inequívoca y la consideración de estas plataformas como lugares abiertos al público, sólo queda ponderar (FJ 5). Para que pueda ceder el derecho a la propia imagen ante el derecho a la información es necesario, en primer lugar, que se trate de una noticia con relevancia pública. Pero «el carácter noticiable de una información (...) no convierte solo por ello en noticiable la imagen de la persona concernida». Si bien los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, «el límite está en la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues este dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir. Tampoco se trata de una imagen accesoria, secundaria o intrascendente, pues acompañaba de manera relevante el texto escrito y no contribuía a la satisfacción de la función institucional de la libertad de información, es decir, «a la formación de una opinión pública

libre y plural propia de un Estado democrático». De esta forma, el Tribunal Constitucional asume en términos generales la doctrina del Tribunal Supremo y confirma su decisión sobre el caso.

### 3. La utilización de imágenes de redes sociales: qué necesitamos saber

El análisis de los asuntos resueltos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional nos lleva a una primera incertidumbre. Por una parte, el consentimiento del titular para que el público pueda ver su fotografía en una red social supone autorización para una difusión que sea consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet, pero no para que esa imagen se publique en las ediciones en papel y digital de un periódico. Sin embargo, tal y como se deduce de la STS de 20 de julio de 2018, la utilización privada de imágenes en redes sociales —Twitter en ese caso— que se hallan disponibles al público en Internet, puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Esto nos lleva a cuestionarnos si el requisito del consentimiento expreso, o autorización inequívoca, es también aplicable al uso cotidiano. Si consideramos que el consentimiento previo para publicar la imagen de un tercero en una red social ha sido abolido por los usos sociales, y opera una suerte de consentimiento tácito aplicado a las personas conectadas voluntariamente en la misma red social, ello permitiría dar cabida dentro de la legalidad a una práctica pacífica y unánimemente admitida en el ámbito de las redes sociales. En la STC 27/2020 el Tribunal Constitucional no abordó específicamente este punto, pero en su argumentación parece requerir, salvo excepciones tasadas, la prestación del consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen.

En tanto no se aclare esta cuestión, parece que el tráfico de imágenes entre particulares en las redes sociales posee unas dimensiones tales que quizá lo más operativo sea la aceptación de la publicación de imágenes de terceros en las redes sociales sin solicitar un consentimiento previo, que debería ser matizado o eliminado de la legislación, al menos en las comunicaciones entre particulares. Se presumiría que una persona autoriza de forma tácita a otra a publicar imágenes suyas en un perfil de una red social cuando entre las dos exista un vínculo formal y voluntario en la misma red social.

Además, si bien el requisito del consentimiento previo no debe ser abandonado totalmente, la existencia de un uso social de publicación sin consentimiento sí puede operar como una eximente o atenuante de la responsabilidad civil, que

deberá ser valorado oportunamente por el juez en cada caso (Martínez Otero, 2016: 146).

Convendría disponer de criterios jurisprudenciales ciertos sobre el derecho de protección de datos que se ve afectado con la reproducción de imágenes y videos en redes sociales. La falta de información sobre el tratamiento de esos metadatos puede ser problemática, además de la afectación del derecho a la intimidad en no pocas ocasiones. Nuevamente la exigencia del consentimiento expreso del titular es la clave, aunque de momento no se cumpla de manera generalizada.

Por último, el Tribunal Constitucional también deberá decidir sobre la afectación a la licitud o a la validez como prueba en procedimientos administrativos y judiciales de los contenidos obtenidos a través de las redes sociales, difundidos por terceros o por medios de comunicación sin el consentimiento de su titular y finalmente utilizados por una de las partes en algún procedimiento administrativo o judicial (Apoita Carvajal, 2020)

#### 4. Conclusiones

Este breve repaso a la doctrina jurisprudencial sobre la utilización de imágenes provenientes de redes sociales, publicadas por los usuarios, pero utilizadas posteriormente para otras finalidades, nos permite identificar algunas conclusiones:

Los derechos protegidos en el artículo 18 CE continúan siendo los mismos, aunque se puedan ejercer en entornos diferentes al analógico. El derecho a la propia imagen permanece igual en sus elementos más esenciales, de modo que siempre será necesario el consentimiento expreso del titular para poder captar y reproducir su imagen. Las excepciones se mantienen igual, aunque con dos importantes matizaciones: las redes sociales no son un espacio abierto al público, el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982. Por otra parte, el hecho de publicar una fotografía en un perfil de una red social, aunque sea de carácter público, no implica que se pueda aplicar la doctrina de los actos propios.

La difusión masiva de contenidos (imágenes, videos, textos, audios) por parte de personas anónimas constituye una realidad generalizada y asentada en los usos sociales, y toda esa información se vuelca sin que los usuarios se percaten de las implicaciones que puede tener para su privacidad. En este sentido, es lógico que el Tribunal Supremo haya diferenciado entre la utilización de imágenes para ilustrar noticias en medios de comunicación —que requiere un consentimiento expreso so pena de constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen—, de la utilización de esas imágenes por particulares en el entorno propio

de la red social, que estaría amparada por los usos sociales, al ser una consecuencia natural de la publicación de la imagen.

Es evidente que los cambios tecnológicos y el uso generalizado de las redes sociales han obligado a reafirmar la eficacia de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la información, que se encuentra en esos casos con el límite insoslayable del consentimiento. Pero convendría dar un paso más y redefinir con precisión los contornos de estos derechos en el entorno digital y su tratamiento. El requisito del consentimiento o el alcance de los usos sociales son cuestiones que deben actualizarse, repensarse o simplemente sustituirse para abordar adecuadamente las nuevas realidades sociales.

En cualquier caso, la resolución de estos procesos ha servido para que tanto el Tribunal Supremo, como, sobre todo, el Tribunal Constitucional aborden con audacia los problemas que se plantean. Lejos de huir de la cuestión sustantiva—que no es otra que el impacto de las tecnologías en la comunicación social y en los derechos protegidos por el art. 18 CE—, se han planteado los conflictos desde una perspectiva realista y no basada en la mera ponderación. Además, el caso «La opinión. El correo de Zamora» es una magnífica muestra de la asimilación de la doctrina del Tribunal Supremo por parte del Tribunal Constitucional. Un diálogo entre tribunales que refuerza la tutela de los derechos fundamentales.

## Bibliografía citada

- AGÜERO ORTIZ, A., (2021), «Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 38, 119-155.
- APOITA CARVAJAL, J. I., (2020), «La protección del derecho fundamental a la propia imagen en las redes sociales y los límites a los usos realizados por terceros» en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14985-la-proteccion-del-derecho-fundamental-a-la-propia-imagen-en-las-redes-sociales-y-los-limites-a-los-usos-realizados-por-terceros/> (último acceso 7 marzo 2022).
- DE VERDA Y BEAMONDE, J. R., (2007) en «El derecho a la propia imagen», DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 145-179.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, pp. 302-312.

- FLORES ANARTE, L., (2020), «Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *Estudios de Deusto*, vol. 68/1, 335-376.
- GÓMEZ CORONA, E. (2011), «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e Internet», en COTINO, L., (Ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Valencia Servicio de Publicaciones de la Universitat de Valencia, 444-466.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., (2016), «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 119-148.
- SOLER PRESAS, A., (2011), «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret*, núm. 3/2011.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., (2017), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 9, Madrid, Dykinson, 347-358;
- (2018), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018)», en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 10, Madrid, Dykinson, 217-226.
- (2019), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (697/2019)», en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 11, Madrid, Dykinson, 199-207.

# NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTIMIDAD: REFLEXIONES A RAÍZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

SABRINA RAGONE

*Profesora de la Universidad de Bolonia*

## 1. Dos tesis y un problema

Este texto se centra en el rol hermenéutico que recientemente ha adquirido la Corte constitucional italiana, para explicar que la respuesta constitucional a los temas relacionados con viejos derechos y nuevas tecnologías girará necesariamente alrededor de una combinación equilibrada entre técnicas de decisión tradicionales —como la proporcionalidad— e instrumentos dialógicos multinivel.

En segundo lugar, tendremos en cuenta hasta qué punto las nuevas normas procesales de los juicios ante la Corte constitucional podrán dar lugar al uso experimental de instrumentos hasta ahora no ensayados.

Para ello, utilizaremos como ejemplo concreto una controversia en la que intervenían tres factores distintos: la intimidad, el acceso a la información pública en internet y la transparencia. A raíz de este caso, extraeremos algunas reflexiones sobre las posibles cuestiones sobre las que tendrán que resolver tanto la jurisdicción nacional como las instancias jurisdiccionales internacionales en un futuro próximo.

Resulta evidente que la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, relacionada con las nuevas tecnologías está aumentando y aumentará cada vez más. En el caso italiano lo demuestra un dato muy sencillo: en los últimos veinte años el término «internet» es mencionado en 48 sentencias constitucionales; y 20 de ellas han sido dictadas en los últimos cinco. Sin embargo, cuando analizamos la cantidad, la incidencia y el impacto de estas sentencias, también debemos tener en cuenta las cauces procesales ante la Corte Constitucional italiana: la ausencia de instrumentos similares al recurso de amparo lleva aparejada la imposibilidad de acudir a la justicia constitucional a través de un recurso individual directo; y esto,

a su vez, probablemente contribuye a la ralentización de la inclusión de la justicia constitucional en el proceso de adaptación de los derechos a la digitalización y afirmación de nuevas tecnologías.

Se trata, por tanto, de un desarrollo jurisprudencial paulatino, ya que la Corte únicamente puede proceder caso por caso, conociendo de las instancias presentadas y los concretos derechos en juego. Por ello, la interpretación resulta fundamental, como en cada proceso de modernización de cartas de derechos «ya no tan jóvenes», y probablemente será acompañada por nuevos instrumentos procesales.

Son dos las tesis de este trabajo: por un lado, que la Corte está llamada a realizar una ponderación entre distintos derechos; y, por otro, a comprobar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y de las limitaciones. En consecuencia, la adaptación del ordenamiento constitucional, en Italia como en otros sistemas, será determinada por el juego entre el Poder Legislativo y la Corte. Si bien con instrumentos distintos, ambos actores se encuentran en una situación comparable, pues, ante la imposibilidad de prever la evolución y el desarrollo de la tecnología, se ven obligados a realizar una intervención a posteriori.

A continuación, analizaremos un caso concreto para ejemplificar lo que acabamos de exponer.

## 2. Intimidación, nuevas tecnologías y transparencia: un caso reciente

Con el fin de aclarar los puntos enunciados con anterioridad, incluimos en este apartado el análisis de una sentencia de la Corte Constitucional que ha tenido que afrontar, de manera directa, la cuestión de la publicación de datos personales de empleados públicos en páginas web institucionales y su ponderación con respecto al interés de transparencia y control.

El caso debe ser puesto en relación con un contexto de progresiva implementación y potenciación de la transparencia y accesibilidad a los datos de las Administraciones Públicas. Al principio, desde los años 90, los ciudadanos podían acceder a una información solo demostrando un interés propio. Desde 2009 se implementaron las primeras normas significativas relativas a la publicación de información en las páginas web de las distintas Administraciones para proporcionar datos y favorecer el control ciudadano.

Con el Decreto Legislativo n. 150 de 2009, el legislador italiano comenzó a tratar la transparencia como tal, esto es, definiéndola como accesibilidad total, también a través del instrumento de la publicación de información en páginas web institucionales de las Administraciones Públicas, con referencia a todos los aspectos de la organización, el uso de los recursos para el ejercicio de las funciones institucionales, y los resultados de la actividad administrativa.



Tan solo tres años más tarde, en 2012, la transparencia fue conectada con claridad a las medidas anti corrupción, así como en 2013 el Decreto Legislativo n. 33 reguló por primera vez el instituto del «acceso cívico» (denominado «simple»), a través del cual todo sujeto tiene derecho a solicitar que cualquier administración le proporcione aquellos «documentos, informaciones o datos» cuya publicación sea obligatoria según las normas vigentes y haya sido omitida. Este camino ha llevado a que en 2016 se alcance la «accesibilidad total» a datos y documentos de los que dispone la Administración, debido a que cualquiera tiene derecho de acceso a datos y documentos de los que dispongan las Administraciones Públicas, más allá de aquellos que están obligadas a publicar.

La sentencia 20/2019 tiene que ver justamente con el Decreto Legislativo n. 97 de 2016, que había extendido la aplicación de las normas sobre la publicación de información sobre todos los cargos directivos de la administración (para entender el calado de dicha extensión, cabe recordar que esta medida extiende sus efectos sobre alrededor de 140.000 personas). Las mismas obligaciones de publicar los datos sobre renta y patrimonio, que ya se habían impuesto para los cargos políticos para favorecer la transparencia y fomentar la lucha a la corrupción, se extendieron también a todos ellos.

Por lo tanto, se imponía *ex lege* la publicación en las páginas institucionales de los entes de incorporación la siguiente documentación: a) remuneraciones de cualquier naturaleza conectadas a la asunción del cargo y los costes de las comisiones de servicio pagadas con recursos públicos; b) una declaración con la indicación detallada de los derechos reales sobre bienes inmuebles registrados, acciones de sociedades y participaciones en sociedades; c) la copia de la última declaración de la renta.

La obligación se extendía, previo consentimiento, al cónyuge no separado y a los familiares hasta el segundo grado; así como, en caso de denegación, esta se publicaba online.

Teniendo en cuenta la amplitud de la que goza la obligación de publicación de este tipo de informaciones, se entiende que entran en conflicto la transparencia y la privacidad, pues se trata de medios de comunicación completamente abiertos. Además, los datos que se publican no son relativos a la información administrativa de la que dispone un ente concreto, sino que se trata de datos personales, por lo que el conflicto puede ser aún mayor.

En este contexto, algunos cargos directivos de la oficina del «Garante per la Protezione dei Dati Personali» (GPDP), es decir, la Autoridad Administrativa Independiente para la Protección de los Datos Personales, impugnaron ante la jurisdicción administrativa (Tribunal Administrativo Regional de Lacio) el acto interno de su Administración con el que se les proporcionaban los cauces para proporcionar la documentación sobre renta y patrimonio obligatoriamente a

publicar en la página web de la autoridad. A este respecto, es interesante señalar que los recurrentes habían solicitado al juez que planteara, bien una cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, como finalmente ocurrió, bien una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, considerando que su derecho a la intimidad había sido vulnerado en ambas dimensiones de protección.

En este supuesto los parámetros constitucionales de referencia partían del principio de igualdad (art. 3), dada la injustificada equiparación normativa de los directivos públicos con los cargos políticos, así como de la ausencia de cualquier diferenciación entre los mismos cargos directivos según su efectiva colocación, tareas, etc. Además, se lamentaba también la falta de racionalidad de la normativa, que impondría unas obligaciones desproporcionadas en términos de publicación respecto de los fines perseguidos por las normas sobre transparencia administrativa. El art. 13, sobre libertad personal, era igualmente empleado como elemento del bloque de constitucionalidad de referencia. En definitiva, el legislador se habría extralimitado al vulnerar la pertinencia y la proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales. Y estos datos, al mismo tiempo, estarían protegidos por lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 8 del Convenio Europeo.

El razonamiento seguido por la Corte Constitucional empieza por un punto de partida claro, señalando que las obligaciones de transparencia se referían en las primeras normas únicamente a aquellos sujetos que desempeñaran cargos públicos de naturaleza política; unos sujetos cuya justificación reside en el consenso popular, por lo que solo a la luz de esta fundamentación se entiende la ratio de esta norma. Los ciudadanos deben tener a su alcance la posibilidad de averiguar y comprobar si los miembros de los órganos de representación política y de gobierno a nivel estatal, regional y local, a partir del preciso instante de asunción del cargo correspondiente, se están beneficiando de aumentos en sus ingresos y activos, bien de manera directa, bien de forma indirecta, a través del cónyuge o parientes cercanos; para analizar, utilizando dicha información, si tales aumentos son consistentes con respecto a la remuneración percibida por el desempeño del cargo correspondiente.

Ahora bien, la Corte apunta que la persecución de estos fines debe tener lugar a través de la obligación de revelar datos e información, pero solo cuando su conocimiento esté razonablemente relacionado con el ejercicio de un control, relativo tanto al desempeño correcto de funciones institucionales como al uso apropiado de los recursos públicos.

Si sometemos las normas enjuiciadas al escrutinio expuesto, podemos ver con claridad que estas no superan el test de proporcionalidad, ya que no pueden ser concebidas como la vía menos incisiva de limitación del derecho a la intimi-

dad, sino que el resultado del juicio es justamente el contrario<sup>1</sup>. La publicidad de las remuneraciones que estén conectadas con el cargo asumido y los costes de viajes y comisiones de servicio pagados con dinero público sí se consideran razonablemente incluidos entre los elementos de interés de la colectividad; pero no ocurre lo mismo con otras rentas y propiedades. Publicar todos los datos personales, sin discriminar, no sería ni necesario ni proporcional respecto del objetivo perseguido.

En la ponderación, en el caso concreto, a la indiscutible reducción de la protección de los datos personales no le correspondía incluso *prima facie* un aumento comparable ni de la tutela del derecho de los ciudadanos a ser informados de manera apropiada, ni del interés público a la prevención y represión de fenómenos de corrupción. Todo lo contrario, demasiados datos impiden la transparencia ya que proporcionan excesiva información a los ciudadanos, creando dispersión y mala información.

Además, cuando se refiere a la proporcionalidad y la necesidad de distinguir situaciones no análogas, la Corte afirma que hay que diferenciar entre distintos cargos directivos en la Administración, dándole pistas al legislador para que implemente normas graduales y escalonadas.

### 3. Cuestiones abiertas y el reto de la «meta-ponderación»

La sentencia que hemos elegido como caso de estudio para esbozar un análisis de las cuestiones relativas a la intimidad y las nuevas tecnologías, si bien se refiere a un tema muy determinado y a un caso muy concreto, nos deja entrever algunos aspectos que caracterizarán el debate sobre derechos y nuevas tecnologías en los próximos años, así como el papel que en este ámbito va a desempeñar la justicia constitucional en Italia y en Europa, tanto a nivel comparado como supranacional.

En primer lugar, se abre la cuestión del empleo de la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de la UE cada vez más.

Solo para recordar algunas de las pistas del TEDH, podemos señalar cómo éste ha argumentado que el internet, debido a su accesibilidad y su potencial de almacenar y comunicar informaciones masivas, juega un papel importante a la hora de incrementar el acceso a noticias y de agilizar la difusión de informaciones,

---

<sup>1</sup> Sobre la importancia de la proporcionalidad en la sentencia, véanse Fanti, V., «La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)», en: [Federalismi.it](http://Federalismi.it), núm. 5/2020, pp. 34-57 y Corrado, A., Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, en: [Federalismi.it](http://Federalismi.it), núm. 5/2019, especialmente pp. 9-10.

exigiéndose la consideración de estos elementos en su regulación<sup>2</sup>. Además, ha aclarado que no se puede ni se debe secundar la sed de informaciones sobre la vida privada de los demás que parecería caracterizar a las sociedades contemporáneas, donde se utilizan los medios de comunicación y las redes sociales para conseguir datos e información acerca de la vida de los demás<sup>3</sup>. En la interpretación del artículo 8 del CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar), el TEDH tendrá que ponderar y matizar el derecho a la intimidad según la evolución tecnológica y los intereses en juego, proporcionando elementos de juicio a los tribunales nacionales.

Asimismo, los artículos 7 (Respeto de la vida privada y familiar — Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones) y 8 de la Carta de derechos fundamentales de la UE (Protección de datos de carácter personal «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.»), siguiendo la interpretación proporcionada por el TJUE, podrían resultar útiles en la construcción de un marco normativo europeo de referencia. No es una casualidad que el preámbulo de la Carta misma afirmase que era «necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos».

En el caso concreto que se ha traído a colación, la Corte constitucional ha considerado inadmitir la parte del recurso que se fundamentaba en el artículo 117 de la Constitución (es decir, en la obligación de legislar conforme a las obligaciones internacionales y europeas). Sin embargo, en un futuro muy probablemente estos estándares supranacionales acabarán siendo incorporados en el «bloque de constitucionalidad tecnológico»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Véase las sentencias en los casos *Delfi AS v. Estonia*, § 133, TEDH 2015; *Ahmet Yildirim v. Turkey*, n. 3111/10, § 48, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012 (Gurkaynak, G., Yilmaz, I., Durlu Gürzumaz, D., «Exploring New Frontiers in the Interface Between Free Speech and Access Bans: The European Court of Human Rights' Case of Ahmet Yildirim v. Turkey», en: *European Journal of Law and Technology*, vol. 5, núm. 1, 2014); *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom* (n. 1 and 2), núm. 3002/03 y núm. 23676/03, § 27, TEDH 2009.

<sup>3</sup> Véase la sentencia en el caso *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, TEDH 2018.

<sup>4</sup> Sobre la afectación de la relación con el Tribunal de Justicia de la UE en este caso, véanse Ruggieri, A., «La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura)», en: Consulta online, vol. 1, 2019, pp. 113-119; y Pollicino, O., Repetto, G., «Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European

Próximamente, además, en la discusión va a estar cada vez más presente el tema de la relación adecuada entre derechos y libertades y el re-uso de los datos para fines de desarrollo e incremento de la economía digital europea; de modo que esta dimensión necesariamente se va a superponer a la concepción más tradicional, central en la sentencia analizada, de ponderación entre transparencia e intimidad en la protección de los datos personales a nivel europeo y nacional<sup>5</sup>. Ello porque desde la directiva n. 2003/98/CE (modificada por la n. 2013/37/UE), el re-uso de datos, documentos e informaciones de la Administración Pública ha sido concebido por la Unión Europea como un medio para alcanzar el establecimiento de las condiciones idóneas para el desarrollo de servicios a escala europea y comunitaria, ya que las informaciones del sector público son una materia prima fundamental para aquellos productos y servicios que utilizan como base contenidos digitales<sup>6</sup>.

En relación con el argumento que se basa en la libertad personal, debemos hacer hincapié en la posibilidad de que en un futuro se use como contra-argumento, es decir, para exigir la posibilidad de renunciar a la privacidad en algunas páginas web y redes sociales, planteándose una cuestión opuesta a la planteada por el caso concreto en el que los recurrentes querían preservar su intimidad. En esta hipótesis, la libertad personal valdría como instrumento para renunciar a la protección de los datos configurándose un «contra-derecho» al olvido.

Las reglas procesales, en una situación tan resbaladiza y cambiante, no se deben subestimar. Sistemas de justicia constitucional dotados de recurso individual, como ocurre en el caso de español, aun teniendo en cuenta los límites de admisión serán las que probablemente proporcionarán soluciones con mayor rapidez, así como, también según el procedimiento interno, más o menos ajustadas a los intereses de los demás actores involucrados.

De alguna manera, en el caso italiano la Corte puede ser considerada como «dueña» de su procedimiento, pues puede alterar las normas que regulan el mismo. La última modificación, que tuvo lugar en 2020<sup>7</sup>, ha abierto el procedimiento a la

---

Court of Justice», en: *Verfassungsblog*, 29 de febrero de 2019, <https://verfassungsblog.de/not-to-be-pushed-aside-the-italian-constitutional-court-and-the-european-court-of-justice/>.

<sup>5</sup> Sobre este punto se centra el comentario de Pizzetti, F., «Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il «riuso» delle fonti pubbliche», en: *Media Laws*, 28 de mayo de 2019, [https://www.medialaws.eu/sentenza-n-202019-della-consulta-e-riordino-degli-obblighi-di-pubblicita-trasparenza-e-diffusione-delle-informazioni-della-pa-il-legislatore-non-trascuri-il-riuso-delle-fon/#\\_ftn4](https://www.medialaws.eu/sentenza-n-202019-della-consulta-e-riordino-degli-obblighi-di-pubblicita-trasparenza-e-diffusione-delle-informazioni-della-pa-il-legislatore-non-trascuri-il-riuso-delle-fon/#_ftn4).

<sup>6</sup> Véase el considerando n. 5 de la directiva n. 2003/98.

<sup>7</sup> Véanse al respecto los comentarios de Pugiotta, A., «Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente», en: *AIC-Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 2/2020, pp. 426-437; Luciani, M., «L'incognita delle nuove Norme integrative», en: *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 65, núm. 2, 2020, pp. 1013-1041; Masciotta, C., «Note a margine delle nuove

sociedad civil, de modo que esta podrá intervenir como no había sido posible con anterioridad en las cuestiones sometidas a control de constitucionalidad.

Las normas integrativas sobre los juicios ante la Corte (nuevo art. 4-ter) prevén que cualquier formación social sin fines de lucro y todo sujeto institucional, siempre que tengan intereses colectivos o difusos con relación a un caso, pueden presentar breves informes para proporcionar a la Corte elementos útiles para el conocimiento y la posterior decisión de una controversia concreta. De esta manera, similarmente a lo que ocurre en muchas otras cortes o tribunales, la Corte italiana ha abierto las puertas a los denominados *amici curiae* de muy distinta naturaleza, desde las ONGs hasta instituciones y asociaciones o grupos, para que estos puedan ofrecer datos e informaciones o puntos de vista útiles.

Además, el nuevo art. 14-bis prevé la posibilidad de que la Corte convoque expertos reconocidos cuando considere necesario adquirir información sobre temas específicos. Dichos expertos participarán en una audiencia cerrada en la que pueden participar las partes que se hayan constituido en el juicio, quienes pueden plantear preguntas a los expertos bajo autorización del presidente.

Algo parecido se aplicará en los procedimientos concretos o incidentales, esto es, cuando un juez administrativo, civil penal o especial plantee un recurso a la Corte durante un juicio ante él. Podrán intervenir, además de las partes del juicio principal y el presidente del gobierno o de la región (según la ley sea estatal o regional), incluso otros sujetos, siempre que sean titulares de intereses cualificados, directa e inmediatamente conectado al caso.

En general, la idea básica perseguida por la reforma es involucrar a sujetos con conocimientos e intereses específicos sin que se vuelvan partes. Por lo tanto, los expertos no recibirán copias de las actas procesales ni participarán en las vistas o audiencias ordinarias. Las nuevas tecnologías y la necesaria adaptación de la interpretación de los derechos en ese contexto proporcionan un ámbito perfecto para que la Corte pueda empezar a utilizar dichos instrumentos procesales, consiguiendo informaciones y conocimientos técnicos, informáticos, estadísticos, etc. que puedan ser incorporados en el juicio.

La Corte italiana, tal y como sucede con poderes judiciales de otros países, deberá así realizar una meta-ponderación, es decir, emplear la ponderación y la proporcionalidad a la vez que explota el potencial de la tutela multinivel, refiriéndose a sentencias de otras cortes europeas y ensayando instrumentos nuevos que permitan incluir en un juicio conocimientos técnicos especializados gracias al cambio de las «normas integrativas».

---

norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», en: *Osservatorio sulle fonti*, 2020, <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-note-e-commenti/note-e-commenti-n-1-2020/1497-note-a-margine-delle-nuove-norme-integrative-per-i-giudizi-davanti-alla-corte-costituzionale>.

# DICOTOMÍAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz*

1. Se ha dicho muchas veces que no hay libertad más *constitutiva* de la idea y de la práctica democrática que la libertad de palabra. Ninguna cuenta con una tradición de más pedigrí y de ninguna otra se puede decir que se ejerce con plenitud al mismo tiempo que se diserta o se escribe acerca de ella. La libertad de expresión es la libertad más natural, la que tiene connotaciones más desbordantes y la que puede, por ello, defenderse como el presupuesto *sine que non* del surgimiento y realización efectiva de una organización social de tipo democrático. La asociamos con el imaginario de la democracia *de los antiguos*, como *parresia* o posibilidad de poner de manifiesto ante la asamblea los puntos de vista propios, participando así en pie de igualdad con todos los demás beneficiarios de los atributos de la ciudadanía. La vemos resurgir siglos después en el epicentro de las contiendas religiosas para reivindicar la virtud de la tolerancia y el respeto mutuo. Y ya en tiempos propicios para la escritura de documentos constitucionales, para defender la libertad de imprenta como «uno de los más grades baluartes de la libertad» frente al gobierno despótico, y para que brille en su vertiente de libertad *positiva* de conciencia en la fórmula (de insuperable belleza) utilizada por quienes redactaron, en vísperas constitucionales, la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia: «Que la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la forma de cumplirlo, sólo puede estar dirigido por la razón y la convicción, y no por la fuerza y la violencia; y por consiguiente *todos los hombres están igualmente autorizados al libre ejercicio de la religión de acuerdo con los dictados de su conciencia*; y que es un deber mutuo de todos practicar la benevolencia cristiana, el amor y la caridad de los unos para con los otros».

2. Los apartados recién transcritos ponen de relieve una primera dicotomía de la libertad de expresión que afecta de manera profunda a las concepciones sobre ella que hemos ido asentando con el paso del tiempo. Me refiero a la que separa la libertad de palabra estrictamente considerada, de aquella otra a la que podemos considerar como una forma más acabada de ejercicio de la misma, esto es, la que se ejerce acompañada de la voluntad de que perdure y trascienda mediante su plasmación en un soporte que permita la difusión a un número indeterminado de destinatarios. Con la primera, proyectamos nuestra individualidad como seres sociales y comunicativos; exteriorizamos nuestros pensamientos en la más pura cotidianidad de lo próximo o con un relieve más social o colectivo, pero en uno y otro caso, con la convicción de que lo que importa es la posibilidad misma de hablar, de expresarse, de hacer presente ante los demás los reductos del yo, y en último extremo de hacerlo con la garantía de que la palabra (o el comportamiento expresivo) es un ámbito de autodeterminación individual cuyas cortapisas, sean del tipo que sean, han de tener, en un sistema de libertad de palabra, una justificación consistente. Mediante el ejercicio de la segunda, sublimamos, por así decir, la libertad de hablar, que es ejercida ahora no para proyectarnos en el círculo más próximo de nuestros contactos o de nuestras relaciones personales o profesionales, sino con plena conciencia de que, al enmarcar la palabra en un soporte apto para ser difundido de manera masiva, se la estamos entregando a una audiencia cuyos contornos, más allá de los condicionantes lingüísticos, son de muy difícil o imposible delimitación. Creo que detrás de esa dicotomía está el carácter un tanto oscilante y dubitativo con la que a veces hablamos de la libertad de expresión sin que esté muy claro si se trata o no de un género con respecto al cual la libertad de palabra y/o las libertades comunicativas o de información se nos aparecerían como especies susceptibles de connotaciones y tratamientos normativos diferenciados.

3. Lo que confirma una rápida ojeada a los documentos fundacionales es lo que hemos visto aparecer en la Declaración de Virginia. Por ejemplo, en la Declaración francesa de 1789, donde por un lado está la garantía de no ser molestado por las opiniones propias, *incluso religiosas* (artículo 10) y, por otra, la «libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones» algo de lo que se nos dice que es uno de los derechos más preciados del hombre, por lo que «todo ciudadano puede (...) hablar, escribir e imprimir libremente». Hablar es una cosa, pero comunicar con proyección potencialmente universal (o por lo menos indeterminada), otra. Quizá por ello cuando la Declaración se ocupa de establecer los límites lo hace con fórmulas diferentes para la una y para la otra. En el primer caso, en el de las opiniones, mediante la llamada a la no alteración del orden público protegido por la ley, un verdadero límite *terrible* cuya invocación condicionó y en buena medida frustró el despliegue normalizado de los derechos de manera coherente con los



fundamentos del constitucionalismo moderno. En el segundo caso, en cambio, la garantía parece consumarse en el adverbio «libremente», es decir, en la seguridad de que no habrá óbices (*nihil obstat*) o condicionantes formales previos a la difusión, si bien ello va de la mano del recordatorio de la «responsabilidad que el abuso de esta libertad genere en los casos determinados por la ley». Hay aquí, desde luego, otra dicotomía interesante: la que marca las distancias entre la rotundidad de las fórmulas de reconocimiento del derecho en su doble vertiente, que va incluso acompañada de la plena conciencia de la relevancia del mismo en un sistema de libertades positivas, junto con la prevención y el temor que suscita la posibilidad de que su ejercicio produzca consecuencias dañinas, en el ámbito de lo público/estatal, pero también en el de las relaciones *inter privatos*; para conjurarlo, la libertad de expresión nos muestra aquí el punto de partida de una tradición que se mantiene firme hasta la fecha y que hace de él uno de los derechos sujeto a las limitaciones más amplias y en buena medida ambiguas de todo el repertorio.

4. Las dicotomías alcanzan también, desde luego, a las maneras en las que concebimos las bases filosófico políticas de esta libertad. Hay en esto, como se explica tantas veces, dos posibles vías: por un lado, la que insiste en la proyección personal y concibe la expresión como el núcleo de la autodeterminación del individuo. Y por el otro, la que se fija en la relevancia y la utilidad social de ella, un punto de vista que, a su vez, es susceptible de otra bifurcación o desdoblamiento: el que se fija en la capacidad generativa de la expresión para producir un resultado, básicamente el establecimiento de un punto de concordia o de una «verdad» aceptada por todos o por la mayoría; y la que hace del relieve político de la expresión el punto crucial de la posibilidad misma del autogobierno colectivo. En apoyo de cada una de ellas se nos vienen de inmediato a la cabeza un puñado de nombres ilustres cuya enumeración les ahorraré. Lo que interesa destacar es que según cuál sea el basamento teórico sobre el que pretendamos que reposen el sentido y las finalidades del compromiso con la libertad de expresarse, así será, a la postre, el arsenal de los argumentos con en el que habrá que descender desde el cielo de los conceptos al fragor de los enfrentamientos y de los conflictos que suelen desencadenarse a propósito de ciertos usos de la libertad de palabra considerados por algunos como desviados o abusivos. Si creemos que el libre desarrollo de la personalidad presupone el derecho a callar o a expresarse a través de cualquier medio, sin sujeción a censuras y sin temor a sufrir represalias o cortapisas (por muy «neutrales» que puedan ser en apariencia las regulaciones que las establecen), entonces nos será difícil justificar límites de la libertad de expresión que supongan en la práctica desnaturalizar su libre flujo y rodearlo de condicionamientos y restricciones. Si pensamos, en cambio, que la verdadera dimensión de esta libertad no hay que buscarla en el claustro íntimo de cada individuo y en

el carácter imprescindible de la posibilidad de comunicarse como algo atinente a la vida digna, sino en las funciones o finalidades de tipo social que ella cumple, entonces será mucho más sencillo trazar las barreras que separan los ejercicios de la libertad de expresión *legitimados* por lo que representan, de aquellos otros que, debido a que carecen de cualquier valor desde tal punto de vista, podemos abandonar a su suerte sin posibilidad de que vengan en su auxilio fundamentaciones teóricas o construcciones jurisprudenciales que la pongan a resguardo de represalias y consecuencias negativas.

5. Un breve excursus sobre el *enjambre normativo* del artículo 20 de la Constitución española de 1978: la lectura de ese artículo confirma que aquí, como en tantos otros aspectos de nuestra Constitución, se procedió por acumulación de materiales procedentes de fuente diversa, lo que conforma un *totum revolutum* con cierta propensión hacia lo alambicado o lo confuso. Hay, me parece, un par de reglas paramétricas: la proscripción de censura previa de cualquier tipo que pudiera actuar como un factor de restricción de los derechos de expresión e información (artículo 20.2), por un lado, y la reserva de jurisdicción para acordar, en su caso el secuestro de «publicaciones, grabaciones y otros medios de información» (artículo 20.5), de otro. Más allá de ello, el artículo contiene un mandato al legislador para que organice el control parlamentario y el acceso en condiciones de paridad a los medios de comunicación social de titularidad pública (artículo 20.3) y un par de Apartados que, a la manera de la técnica que sigue en esto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se destinan a definir *en positivo* los contenidos del derecho y a establecer *en negativo* el repertorio de las limitaciones (artículo 20.1 y artículo 20.4, respectivamente). En positivo, el artículo reconoce y protege el derecho de expresar y difundir a través de cualquier medio «pensamientos, ideas y opiniones», así como la libertad de cátedra (cuyo encaje más coherente, nos parece, hubiera sido el artículo dedicado a regular la educación), así como la de «producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Y a renglón seguido abre un inciso para singularizar los derechos a «comunicar o recibir» información (no a acceder a ella, que aparece sólo diluido, en su vertiente de acceso a archivos y registros públicos, como un mandato al legislador en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración), enmarcando tales derechos en unas coordenadas que parecen concebidas para delimitar el ámbito de lo que se protege y para conceder a quienes los ejercen un par de prerrogativas, el secreto profesional y la cláusula de conciencia, que la ley habrá de desarrollar. El artículo se decanta aquí por la necesidad de establecer un sistema diferenciado de expresión para aquellos que se dedican de manera habitual y con carácter profesionalizado a comunicar información (por eso se califica de profesional el secreto que se prevé como garantía) y, por tanto, a hacer factible el derecho a recibirla. Pero, más allá de reforzar su posición median-

te la previsión de aquellas prerrogativas, la operación *delimitadora* se salda con un fuerte condicionamiento de tipo semántico que se nos aparece como el verdadero *leitmotiv* de todo ello: la información habrá de tener un carácter «veraz», o no ser.

6. En negativo, el elenco de las limitaciones que se recogen en el artículo 20.4 confirma plenamente la idea de que no hay derecho («libertades», se lee allí) más sujeto a prevenciones y límites formales que el derecho a expresarse. Porque no es sólo que se especifiquen bienes constitucionales (la protección de la juventud y de la infancia) o se contemplen como conflictos típicos los que pueden suscitarse entre expresión y honor, expresión e intimidad y expresión y protección de la propia imagen. Es que además se atribuye genéricamente el carácter de límite al respeto a los derechos del Título I de la Constitución (así, sin más precisiones); y por si no bastara con semejantes prevenciones se añade la «perla» del límite consistente en «los preceptos de las leyes que lo (sic) desarrollen». Parece como si aquí se estuviera dando la vuelta a unos de los principios medulares del constitucionalismo de los derechos: el de que las leyes valen sólo si son respetuosas con los derechos fundamentales y sus contenidos esenciales, que es lo que, por otra parte, se indica en el artículo 53.1 de la Constitución.

7. Bien sabemos que, en su despliegue efectivo, cabría decir afortunadamente, el estatuto de la libertad de expresión no trasluce la visión recelosa y llena de cautelas con la que es contemplada en bastantes de los textos que lo reconocen y amparan, incluido, desde luego el Convenio Europeo, cuyo artículo 10.2 es también un paradigma desde ese punto de vista. La dicotomía se produce aquí entre el dictado de las disposiciones normativas —el *wording* o la *fraseología* no siempre atinada— y las interpretaciones o las lecturas de ellas realizadas por los jueces cuando han de decidir, al hilo de las contingencias de la vida y de sus conflictos concretos y bien enmarcados circunstancialmente, de qué lado se resuelve la tensión entre la libertad y el límite. En esto, no hay seguramente ningún otro derecho que esté influido de manera tan intensa por la impronta de «casos y controversias» cuyas *rationes decidendi* y *dicta* jurisprudenciales han traspasado las fronteras físicas y temporales para convertirse en verdaderos clásicos de un arsenal de razones que aparece de manera persistente y ubicua. Quizá de entre tales razones o argumentos «estructurales» y tópicos, hay un par de ellos que sobresalen por encima de los demás: uno afecta a la dimensión más personal o individual de la capacidad de expresarse; y el otro se refiere a la dimensión institucional o comunicativa de la palabra escrita. El primero debate sobre la capacidad de las palabras para producir daño y sobre la proximidad o el carácter más o menos plausible de que este se produzca; un test de peligro claro e inminente que surge al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en los tiempos de la Prime-

ra Guerra Mundial y que se refina en 1969, en el caso *Brandenburg contra Ohio*, en el sentido más favorable a la palabra a menos que el nexo entre esta y la acción contraria a la ley sea claramente de causa a efecto y en conexión temporal. La metáfora de Holmes sobre el grito de fuego en un teatro, la idea de la *bad tendency* expresiva, el alcance de las palabras «agresivas» u obscenas, así como las diferentes implicaciones de «abogar» (o «preconizar») e «incitar» están en el trasfondo de uno de los principales debates sobre la libertad de expresión en el mundo de nuestros días, en Estados Unidos y por doquier, aunque en el caso norteamericano aún está por ver si el asalto al Congreso en enero de 2021, precedido del discurso de Trump ante sus adeptos, no acabará produciendo efectos sobre el sentido último, tan favorable a la palabra, del test *Brandenburg*.

8. Mediante el segundo de los tópicos argumentativos a los que acabamos de referirnos, el Tribunal Supremo norteamericano afronta de lleno en 1964 (*New York Times contra Sullivan*) el tópico de la verdad en los discursos y narraciones escritas, pero sobre todo reivindica para la prensa un protagonismo como «perro guardián» en la vigilancia de los gobernantes que no sé si el paso del tiempo no ha cuarteado o al menos relativizado. Sobre el célebre *dictum* del «compromiso nacional profundo respecto al principio que postula que el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, aunque incluya ataques a funcionarios públicos que puedan ser vehementes, cáusticos o desagradables», han montado los tribunales de todo el mundo una doctrina sobre la libertad de expresión absolutamente esencial para la defensa del sistema democrático. La idea de su «posición preferente» en el sistema de los derechos sirve para trazar los alcances de los escrutinios más o menos rigurosos de los tribunales, aporta racionalidad a las argumentaciones de estos en torno a las exigencias de la sociedad democrática, y alza una barrera contra la pretensión de resucitar el libelo o el honor de las personas o las instituciones públicas con la finalidad de cuestionar o dificultar el debate a como dé lugar de los asuntos públicos.

9. La comunicación de tipo digital, a la que quien más quien menos nos entregamos hoy con frenesí cotidianamente, diluye o hace borrosas bastantes de las lógicas dicotómicas a las que acabamos de referirnos. En primer lugar, influye de manera determinante sobre la separación entre la facultad de expresarse y la de hacerlo con la simultánea incorporación a un soporte que permite la difusión y otorga potencial perdurabilidad a lo expresado. La gestión de los servicios y soportes que hacen posible la comunicación, y las dudas relacionadas con las quiebras del secreto de las comunicaciones personales —que es una garantía esencial para que las nociones de privacidad o vida íntima continúen teniendo algún sentido— se han convertido en otros tantos aspectos problemáticos de ella. El optimismo

libertario y antropocéntrico que destilaba la Declaración de Independencia en el Ciberespacio redactada en 1986 por John Perry Barlow, uno de los artífices de la Red, nos resulta hoy ingenuo y desenfocado. No son los Gobiernos del mundo, sino antes que nada los gigantes de la tecnología digital, los que necesitan ser embridados mediante el Derecho, que es el instrumento del que se ha servido el ser humano desde la modernidad para marcar caminos y establecer las condiciones del ejercicio del poder organizado. Los desafíos son intrincados y están fuera del alcance de las posibilidades de los Estados individualmente considerados, pero no hay razón para permitir que la desregulación y el descontrol vengan a adherirse como una segunda piel a las inmanencias de funcionamiento del «capitalismo de la vigilancia». Porque por muy lamentable o indeseable que nos resulte la deriva que ha cobrado la libertad de expresión en la era de la comunicación digital, no cabe la vuelta atrás. Como no cabe tampoco obstinarse en negar las potencialidades de la misma, incluso en términos de incremento de la calidad democrática, a las que los «ciberoptimistas» y quienes continuamos creyendo en el valor de las declaraciones de derechos nunca deberíamos renunciar.

10. Al diluirse las fronteras que separan la expresión individualizada de puntos de vista o impresiones, de aquella otra consistente en la transmisión de información de carácter profesional, también se transforman los procesos de formación de aquella «opinión pública», cuya institucionalización tan decisiva ha sido para el emplazamiento de la libertad de palabra en el Estado constitucional. Si la aspiración a una información de tipo veraz, que hemos visto recogida en el artículo 20 de la Constitución española, ya había sido refrenada jurisprudencialmente por referencia no al contraste indubitado del contenido de la información con el mundo de los hechos reales, sino a la ausencia de mala fe o negligencia inexcusable del transmisor de la misma, ahora más parece que es la propia idea de «verdad» la que ha experimentado una mutación en toda regla para convertirse, desde los imperativos de la racionalidad democrática, en un anhelado objeto del deseo. Bien sabemos que no es cuestión de ensanchar las tareas públicas cargándolas con el cometido de descubrir y asentar una verdad, algo que resulta de todo punto incompatible con la lógica de un sistema que reposa precisamente sobre la confrontación pública de razones o «verdades» relativas, sin más límite que el respeto al marco establecido al efecto en la Constitución. Pero en paralelo a dicho proceso se asiste a un fenómeno consistente en la difusión de noticias falsas, sin fundamento en la realidad efectiva de las cosas, que se fabrican y se circulan de modo masivo con una intencionalidad torticera e inconfesable. Quizá nos falta aún la suficiente perspectiva como para calibrar el desafío que un fenómeno semejante supone para la subsistencia misma de un concepto como el de opinión pública y para las concepciones de la democracia vinculadas con ella. Pero por lo que

vamos viendo la cuestión de las *fake news* se ha incorporado ya plenamente al repertorio de las amenazas que se ciernen sobre la democracia (y la seguridad nacional de los Estados comprometidos con ella) y está dando lugar a análisis y respuestas tentativas en el constitucionalismo multinivel que inevitablemente suscitan en sí mismas dudas y controversias relacionadas con los fundamentos clásicos de la libertad de expresarse.

11. Ocurre así que mientras en una parte considerable del mundo el oficio de informar y hacer visible la realidad de los hechos se ha convertido en algo arriesgado, y que a menudo se paga con la vida, en los sistemas de democracia asentada parece como si la información de calidad se hubiera banalizado y subsistiera tan sólo en las manos de cada vez menos grupos empresariales centrados en el entretenimiento. La comunicación sostenida con fondos públicos se adapta mal a las exigencias de pluralismo y neutralidad inherentes a ella en un mundo en el que el «libre mercado de las ideas» ha sido reemplazado por la presencia de noticias e impresiones expresas que inundan de manera incesante nuestros dispositivos electrónicos. El periodismo de papel comprometido con la calidad de la información se bate en retirada frente al auge de la comunicación digital (a la que aquel también se rinde) que ha pasado a ser así el medio de contacto con la realidad política para la mayor parte de los ciudadanos. La libertad de expresarse y la de impartir y recibir información conforman hoy, en definitiva, un compacto enmarañado de hechos e interpretaciones de ellos que se filtran según las características de grupos de audiencia clientelares cada vez más aislados y estructurados. Y en esas condiciones lo que cabe preguntarse es qué queda de la imagen de aquel espacio público abierto al libre intercambio de razones sobre el que se ha modelado desde siempre el *ethos* del Estado constitucional, hoy en la forma de una democracia que nunca podría renunciar a sus compromisos con los valores subyacentes, a sus formas de reparto del poder y a sus exigencias argumentativo/deliberativas sin desnaturalizarse y experimentar un proceso de erosión que acabe convirtiéndolo en otra cosa.

12. La era de la comunicación digital lo que plantea, al final, es el mismo desafío de siempre: el de establecer reglas vinculantes para todos desde la reafirmación de lo que se considera fundamental y, por ello, necesitado de una traducción/adaptación expresada en la lengua de los derechos. El diagnóstico de los problemas que acarrea la desregulación y el descontrol está realizado, como también están comprobadas las consecuencias que genera abandonar a su suerte el sistema de la libertad de expresión, dejándolo en manos de corporaciones privadas que establecen sus propias normas desde una lógica privado-empresarial a las que el usuario no tiene más alternativa que adherirse o alejarse. Se suele decir, a pesar de ello, que los principios inspiradores de dicho sistema son los mismos en la comunicación

«tradicional» que en la comunicación digital y que a ellos hay que atenerse. Y ciertamente los jueces y los tribunales van resolviendo día a día los conflictos adaptando tales principios a entornos que están, como decimos, faltos de la suficiente regulación de carácter heterónomo, o que en sí mismos, y como consecuencia del uso que se hace de ellos, se ven como dañinos. Sobran los ejemplos porque el potencial conflictivo es quizá mayor que nunca en unas sociedades en la que la comunicación social instantánea y masificada está al alcance de todos todo el tiempo. En España el legislador penal, bajo la estela de una Decisión Marco de la UE del año 2008, realizó una reforma en el artículo que tipificaba la «provocación» al odio para convertirlo en una norma de amplísimo espectro que contempla además como un tipo agravado la realización del ilícito por medio de internet o del uso de tecnologías de la información. Junto con el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, ello ha convertido la reacción punitiva frente a ciertas opiniones (o exabruptos) vertidas en las redes sociales en un verdadero «test de estrés» para el alcance de la libertad de expresión, en el que abundan las contradicciones interpretativas y los desencuentros (entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional y entre las jurisdicciones *internas* y la europea). Otras veces son los déficits regulativos los que otorgan a la decisión judicial un plus de creatividad que el propio tribunal acepta a regañadientes, sin dejar de reprochar al legislador su mutismo. Véase como muestra de ello la sentencia del Tribunal Supremo (la 735/2022 de la Sección 4 de lo Contencioso) que tuvo que decidir si Twitter había vulnerado algún derecho al bloquearle de plano al Partido VOX su cuenta en campaña electoral como consecuencia de ciertas afirmaciones realizadas en ella sobre los índices de delincuencia en la comunidad de origen magrebí. O bien es el Tribunal el que, con plena consciencia de las insuficiencias de la llamada a los principios generales, suple las carencias creando toda una tipología de factores y principios específicos de la comunicación en red que actúen como guía para la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y el ejercicio de la libertad de expresarse. Cada vez tenemos más ejemplos de esto en el derecho de origen judicial, pero quizá por el detenimiento con lo que lo hace, vale la pena citar la sentencia 8/2022 en la que el Tribunal Constitucional español alza el vuelo desde las particularidades del caso (un simple recurso de amparo) para establecer pautas generalizables.

13. Los dilemas de la libertad de expresión que pudiéramos llamar tradicionales se han multiplicado con los que proceden de la automatización y la puesta a disposición generalizada del medio para expresarse y hacerse oír con un alcance potencialmente universal. Todos obtenemos beneficios de ello, pero quizá no tantos ni tan diáfanos como esperaban quienes, rescatándola de los arcanos del ámbito de la defensa, depositaron la red en las manos de los ciudadanos, sentando con ello las bases de un mundo sin fronteras, conectado «en horizontal», y con unas

posibilidades de acceso y difusión del conocimiento prácticamente ilimitadas. Internet no lleva en su código genético nada inexorable como para que el sueño utópico que representó en su momento, y aún representa para muchos, se transforme en la pesadilla de una realidad en la que el lucro y la aniquilación del concepto de privacidad reinen de manera desbocada. Los derechos y las garantías que trabajosamente se fueron afirmando en las esferas nacional y supranacional no son rémoras ni reminiscencias de un mundo periclitado, sino presupuesto e impulso de la necesidad de actuar para establecer reglas e impedir que la distopía que hoy se cierne sobre el escenario de lo digital se acabe materializando.

## Nota bibliográfica

Una excelente visión de conjunto de las (relativamente diversas) trayectorias de la libertad de expresión en América y en Europa puede verse en el libro de Miguel Ángel Presno y Germán Teruel, *La libertad de expresión en América y en Europa*, Porto/Curitiba, Juruá, 2017. Es muy interesante también el proyecto [freespeechdebate.com](http://freespeechdebate.com) liderado por Timothy Garton Ash, del que procede su ensayo *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo conectado*; Barcelona, Tusquets, 2017. Una encendida y reciente defensa de la libertad de palabra contra los excesos prohibicionistas o silenciadores que hoy cobran renovados ímpetus, es la de Andrew Doyle, *La libertad de expresión y por qué es tan importante*, Madrid, Alianza, 2022

Sobre los orígenes y los avatares del test del peligro claro e inminente una completísima monografía es la Abel Arias Castaño, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los confines de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Sobre el problema de la información veraz y, en general sobre la noción de verdad y su complejo ajuste en los engranajes de la maquinaria de la democracia constitucional, Ignacio Villaverde, «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106 (2016), pp. 149 y ss. Se lee con provecho el debate clásico entre Kant y Benjamín Constant publicado ahora con el título ¿Hay derecho a mentir? La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad, Madrid, Tecnos, 2021, que va acompañado de un enjundioso Estudio de contextualización a cargo de Eloy García.

Sobre la cuestión de las *fake news* y el desafío que representan para la formación de una opinión pública libre, así como los problemas que se suscitan a raíz de las iniciativas surgidas para enfrentarlas, Rafael Bustos, «La formación libre de la opinión pública en la nueva sociedad tecnológica: importancia y riesgos en su



garantía», en Ángel Sánchez y Rosa María Fernández, *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Sobre la comunicación a través de las redes sociales y su impacto sobre las cuestiones clásicas, pueden verse los trabajos de Andrés Boix, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, 173 (2016), pp 55 y ss. Así como los de Germán Teruel, «Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 9 (2016), pp. 215 y ss. y Miguel Ángel Presno, «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Public*, 61 (2020), pp. 65 y ss.

Por último, el tratamiento del odio como límite de la libertad de expresión cuenta con una bibliografía inabarcable. Puede verse el volumen que coordiné bajo el título *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015 y específicamente la monografía de David Martín Herrera *El problema del hate speech en Europa y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2021.



CAPÍTULO XVIII  
*HABEAS CORPUS, HABEAS DATA Y ACCESO  
A LA INFORMACIÓN*



## PRESENTACIÓN

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela*

1. Los derechos fundamentales ocupan un rol esencial en un sistema democrático, hasta el punto de constituir su propia base axiológica. En la medida en que contienen facultades derivadas de la dignidad de la persona conforman la clave de bóveda de la sociedad, permitiendo su desarrollo en términos de justicia y seguridad jurídica.

La larga evolución de los derechos determinó el surgimiento de varios tipos, a lo que pedagógicamente se le ha dado el nombre de generaciones. La línea de pensamiento que los origina se puede situar en los autores españoles del siglo xvi, que se sirven de la idea teológica de la libertad del ser humano (por estar creado a imagen y semejanza de Dios) para defender la posición jurídica de los indígenas americanos (sobre todo Francisco de Vitoria). Esta sugerente idea se traslada al mundo del Derecho, tanto en el iusnaturalismo laico como en la Ilustración. De este modo, a finales del siglo xviii, con la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos, se positivizan los derechos de primera generación, asentados en la libertad individual del hombre frente al Estado y en la participación política. A partir de ahí esos derechos se conectan con el Estado Liberal del siglo xix. Los cambios que conlleva el primer tercio del siglo xx provocan la necesidad de crear otro tipo de derechos, los de segunda generación o derechos sociales, que atestiguan que el poder público se inmiscuye en la sociedad para protegerla y asegurar su *Dasein* (*procura existencial*). Tras la II Guerra Mundial, el nuevo orden que surge posibilita la aparición de los derechos de tercera generación, relativos a la solidaridad y a la paz. En fin, llega el siglo xx y la pujanza tecnológica permite alumbrar los derechos de cuarta generación, cuyo sentido o ejercicio es meridianamente digital (derecho a la seguridad digital, al acceso en igualdad o a la neutralidad tecnológica). Las nuevas generaciones de derechos se superponen a las

anteriores, no las sustituyen, lo que conforma una situación jurídica de cierta complejidad y dimensión.

2. Pues bien, todas estas previsiones relativas a los derechos sólo tienen sentido si van acompañadas de las pertinentes garantías que les den eficacia real. Esta idea reviste una importancia trascendental pues permite detectar cuando estamos ante un sistema verdaderamente democrático y respetuoso con los derechos o ante una farsa que, aunque prevea derechos, no los garantiza (la Constitución stalinista de 1936 contemplaba derechos...sin garantías reales).

En el Derecho comparado es habitual que las garantías de los derechos sean de naturaleza variada, todo ello producto de un largo proceso diacrónico que fue asentando los distintos instrumentos para dotar de eficacia a los derechos. En este sentido se habla de garantías normativas, como la vinculación y eficacia directa de los derechos, la reserva de ley o la protección del contenido esencial; garantías institucionales, como el *ombudsman*; o garantías jurisdiccionales, tanto ante los tribunales ordinarios como ante las cortes constitucionales. Estas últimas son las que presentan una dimensión jurídica más nítida y coactiva.

3. Con relación a las garantías jurisdiccionales, la situación normal del ya aludido Derecho comparado es que coexista una acción genérica de protección de los derechos fundamentales con otras acciones más específicas que persiguen ese mismo fin, pero respecto a derechos específicos. El ejemplo de esa acción genérica sería en España el denominado «recurso» de amparo, en varios países americanos acción de amparo (como en Perú o México), o en Colombia acción de tutela. No obstante, no hay que olvidar que en el caso español dicha acción es competencia del Tribunal Constitucional, y en América es de los tribunales ordinarios, al menos en primera instancia. Por su parte, los principales ejemplos de acciones de protección específicas son el *habeas corpus* y el *habeas data*, objeto precisamente de la presente mesa. El citado proceso diacrónico de construcción de las garantías es el que ha decantado esta situación en la que conviven acciones generalistas con otras que intentan proteger un derecho determinado.

El *habeas corpus* hunde sus raíces en el Derecho inglés (con el permiso del derecho aragonés de manifestación de personas). Lo que se pretendía en sus orígenes era satisfacer el orden público de la Corona. Su extensión posterior le cambia el sentido y lo vuelca en la tutela del interés individual de la persona privada de libertad. De este modo, se expande a buena parte del mundo para proteger de forma específica a las personas frente a las detenciones irregulares, o sea, para proteger lo que podríamos denominar libertad individual en sentido tradicional. En concreto, lo que se persigue es que el detenido comparezca ante el juez (comparecencia que da nombre al procedimiento). Así el ciudadano podrá exponer lo que

considere oportuno contra la detención o sus condiciones para que dicho juez resuelva sobre la conformidad de tal detención. Como fácilmente se percibe, será clave para su eficacia que se prevea un procedimiento rápido y ágil, sin formalismos innecesarios, para que el juez de manera inmediata pueda verificar la legalidad de la detención y de sus condiciones.

En cambio, el *habeas data* es producto del progreso tecnológico de las últimas décadas. En efecto, las capacidades de procesado de información de la tecnología digital han abierto nuevos peligros para la privacidad y para los datos de las personas, por lo que los sistemas jurídicos y la propia dogmática han reaccionado construyendo un nuevo derecho fundamental (el derecho de protección de datos) y nuevas acciones de defensa del mismo (como el *habeas data*). Realmente, lo primero se ha producido sobre todo en Europa, en tanto que lo segundo ha acontecido en especial en América Latina. Esto es, en Europa ha primado el aspecto sustantivo y en América el adjetivo. De una forma u otra, de lo que se trata es de hacer efectiva la facultad de toda persona de controlar sus datos, a los que debe poder acceder, rectificar o cancelar. De igual modo, es habitual la existencia de agencias administrativas o comisarios para la protección de datos, que tienen competencias sancionatorias, en algunos supuestos muy importantes. El futuro que se acerca, con las tecnologías disruptivas intensificándose, ofrece un panorama no muy nítido para la garantía de los datos personales.

Asimismo, a veces se conecta el tema de protección de datos con el de acceso a la información, lo que no debe llevar a confusiones. El acceso a la información pública es uno de los contenidos del principio de transparencia, de profundo raigambre democrática al posibilitar el control de la opinión pública al poder político. Es, por tanto, algo diferente al derecho fundamental de protección de datos, que contiene un derecho de acceso a los datos propios de la persona que lo ejerce (lo que no es, ni mucho menos, acceso a la información pública, más bien acceso a información guardada en base de datos sometidas al principio de confidencialidad, que cede, claro está, cuando pretende acceder el titular de los datos que se piden).

Sea como fuere, es preciso llegar a un adecuado equilibrio, efectuado con la debida ponderación, para que se publique aquello que interesa a la opinión pública para conformar su opinión y, por ende, adoptar las decisiones al efecto, pero sin afectar con exceso a datos personales y/o privacidad de los implicados en dicha información. Una situación jurídica que a veces reviste especial complejidad, necesitada de correcta prudencia y formación por el decisor que procede a ello.

4. Sobre esta rica base de consideraciones, en la presente mesa, los ponentes y otros asistentes que también hicieron uso de la palabra articularon unas interesantísimas intervenciones, dotadas de nivel literario, compromiso profesional y

personal, y conocimientos a raudales, lo que dio lugar a un resultado final excelente. Siendo yo ya un veterano en estas lides académicas, puedo atestiguar el elevado nivel logrado. El vídeo de la mesa se encuentra alojado en la sección multimedia del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (<https://www.cepc.gob.es/multimedia/xii-encuentro-iberoamericano-de-derecho-procesal-constitucional-la-garantia-jurisdiccional-de-la-0>). Así las cosas, ha sido un placer poder coordinar esta mesa, rodeado de amigos y extraordinarios juristas, por lo que agradezco sobremanera a la organización del evento haberme designado como la persona que introdujo y ordenó el debate de dicha mesa.

5. No voy a resumir ahora las intervenciones que tuvieron lugar, en gran parte están en las ponencias que vienen a continuación y en el vídeo señalado. Sólo voy a hacer algún apunte situacional que ayude a introducir lo que sigue a esta presentación, a mayores de lo que ya he dicho *supra*. Los ponentes fueron: Hermógenes Acosta, exmagistrado del Tribunal Constitucional de República Dominicana; José María Coello de Portugal, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; José Palomino Manchego, profesor de la Universidad Mayor de San Marcos; y María Sofía Sagüés, profesora de la Universidad de Buenos Aires. Los tres primeros estuvieron presencialmente el 11 de marzo de 2022 en la sede del Centro de Estudios Políticos y Constitucional de Madrid; en cambio, la profesora Sagüés intervino *online*. En el rico debate posterior hicieron uso de la palabra los profesores Domingo García Belaunde (Perú), Nestor Pedro Sagüés (Argentina) y Gerardo Eto (Perú). Primeros espadas como se puede ver. También nosotros manifestamos distintas opiniones.

De esta forma, en las exposiciones y en el sugerente diálogo que las continuó, se mostraron elementos de los tres formantes jurídicos (normativo, doctrinal y jurisprudencial) para abordar con rigor la múltiple problemática que dimanaba del objeto de la mesa. También se entrelazaron los aspectos de ordenamientos nacionales propios con aproximaciones teóricas y de Derecho comparado.

Con el profesor Acosta vimos cómo un poder judicial débil hace inservibles las garantías, lo que reclama su imprescindible reforma desde la lógica de la independencia y profesionalización. Toma como ejemplo de partida el ordenamiento dominicano, donde existen un amparo general y amparos especiales. Precisamente el Poder Judicial de la República Dominicana no funcionaba, lo que imposibilita la eficacia de los derechos, sobre todo el *habeas corpus*. Incluso, el juez podía mantener en prisión del sujeto que solicitaba el *habeas corpus* incluso si la prisión resultaba ilegal, pero existían indicios de haber cometido un delito. Esto afortunadamente ya ha cambiado, sobre todo desde 1997 cuando se construye una verdadera carrera judicial, y desde 2004 con un Código Procesal Penal garantista. También se relatan varios casos para estudiar desde esa lógica casuística la situación.



De igual forma, la profesora María Sofía Sagüés comentó nuevas dimensiones y bases de las garantías en la búsqueda de la superación de situaciones de ineficacia anteriores. Se trata de construir dogmáticamente un *habeas corpus* estructural. El mal funcionamiento de las garantías y los problemas sociales en América Latina ha generado una catarata de procesos, que tampoco han podido mejorar la situación. El diseño de las garantías no es todo lo correcta que debería ser para mostrarse realmente eficaz, no están construidas para captar tanta complejidad. Frente a ello, las jurisdicciones constitucionales colombiana y argentina han buscado la citada dimensión estructural de la acción de tutela y del *habeas corpus*. Se citan varias sentencias que fundamentan este argumento al modular los procesos en clave estructural. En este sentido, se acude a la categoría de estado de cosas inconstitucional, de origen pretoriano. Este «estado de cosas» permite otorgar un matiz estructural a las acciones de tutela colombianas. En Argentina se trae a colación un *habeas corpus* colectivo de 2006. Así lo califica la Corte Suprema, aunque no se encuentre previsto en el texto literal de la norma. De esta forma, se dicta una sentencia exhortativa o apelativa por «constitucionalidad precaria»: se dirige al poder legislativo y ejecutivo para que modifique las normas procesales. Ambas decisiones se enfocan en el carácter estructural de la violación, en todo caso pluricausal. Hay una violación de derechos a escala que remite a un grupo (como los reclusos), que también presenta estereotipos culturales que la refuerzan. Está claro que en situaciones deprimidas socialmente pueden existir discriminaciones estructurales que no resulta posible solucionar con procesos clásicos, tanto subjetivos como objetivos. Frente a ello hay que trabajar con la causalidad fáctica que condiciona la situación negativa y superar la lógica bipolar retrospectiva. Se proponen elementos para un verdadero proceso estructural. La lógica que debería imperar es flexible y dialógica-deliberativa, con un debate dinámico y con un juez con fuerte potestad de decisión. La prueba en todo caso será costosa y compleja. Si el legislador no crea este *habeas corpus* estructural podría incurrirse en inconventionalidad por omisión.

Asimismo, el profesor Coello analizó ciertos aspectos nucleares del *habeas corpus* y, sobre todo, la evolución de los temas ligados a la intimidad, que parten de finales del siglo XIX con el objeto de proteger la propiedad. Tras ello se avanza con intensidad surgiendo nuevas dimensiones por medio de normativa internacional (art. 12 DUDH) y nacional. La visión inicial se amplía con la concepción como derecho de la personalidad vinculado a la dignidad, que será el modelo que finalmente se acoge. Con el desarrollo de la tecnología los retos se intensifican y se conforma un nuevo derecho. Se habla entonces de autodeterminación informativa para dar el control al titular de los datos, con lo que semeja que se vuelve a la idea inicial de patrimonialización del derecho. Pero la evolución prosigue y las citadas tecnologías disruptivas del siglo XXI se convierten en otro desafío para la

protección de datos. A la vuelta de la esquina están proyectos que despiertan cierta inquietud, como el Metaverso y el predominio del *big data*, donde ya se vislumbran dificultades jurídicas. ¿Todos los datos se han vuelto sensibles y relevantes? Da la sensación de que resta mucho por hacer, lo que obliga a reordenar todo lo que tiene que ver con la intimidad. La fragmentación social y atomización es un riesgo evidente, además de la manipulación individual. En fin, el acceso a la información, por su lado, nos ofrece lo interesante de los enfoques preventivos.

Por su parte, el profesor Palomino repasó con gran sentido iuspublista las contribuciones de Domingo García Belaúnde en el *habeas corpus*, evidenciando el papel histórico que ya juega dicho jurista en este sentido. Tal recorrido comienza en 1971 y continúa sobre varios ítems posteriores en el marco de una obra científica excepcional, mostrándose incluso como codificador. El método comparado también está presente para ganar profundidad en la trasmisión de ideas.

Tras las ponencias el debate, como hemos dicho, brilló con intensidad, como se puede comprobar en el *link* indicado antes, tañido de agudas ideas, recordatorios de experiencias personales, muestras de compromiso con los derechos e incertezas sobre el futuro hipertecnológico.

6. Fue, sin duda, una mesa sobresaliente, que generó debate de altura, en la línea de la calidad de los intervinientes. Quedó reflejado el interés y la problemática que atesoran los temas abordados, lo que se agudiza en el actual entrono convulso, agitado por riesgos y amenazas para nuestras democracias y seguridad, además de estimulado por reivindicaciones sociales que encuentran mayor eco en las redes y en la propia concienciación ciudadana de nuestro tiempo. Así, desde la académica debemos responder a estas exigencias del siglo XXI ofreciendo soluciones que mejoren el desempeño de nuestros sistemas públicos. Nos hallamos ante un nuevo paradigma participativo, en el que no se sostiene la tradicional separación entre personas e instituciones públicas. La sociedad quiere ser protagonista de su propia historia, y el sistema jurídico debe servir para este progreso democrático. La garantía de los derechos, sus acciones procesales y el desafío tecnológico resultan claves para avanzar con paso firme en tal tesitura. Una mesa como la que estamos introduciendo responde a estas exigencias y seguro que cumplirá las expectativas de los que lean las páginas que siguen.

# EL *HABEAS CORPUS* EN LA REPÚBLICA DOMINICANA: EL VIACRUCIS DE UNA INSTITUCIÓN

HERMÓGENES ACOSTA DE LOS SANTOS

*Exmagistrado del Tribunal Constitucional de República Dominicana*

## Introducción

### EL *HABEAS CORPUS* EN LA REPÚBLICA DOMINICANA: UNA INSTITUCIÓN QUE SE DESNATURALIZÓ

Cuando una institución jurídica no funciona adecuadamente generalmente se piensa que la norma que la regula es defectuosa y, consecuentemente, que para lograr que funcione es necesario derogarla o modificarla. Esta premisa es correcta solo parcialmente, porque si bien no existe norma perfecta por ser una obra humana, no menos cierto es que la viabilidad de las instituciones jurídicas en gran medida depende de la pericia y del compromiso que los operadores judiciales tengan con el sistema y la sociedad. Otro factor muy importante lo constituye la existencia de un sistema de justicia independiente.

Pienso que este es el caso del *habeas corpus*, en lo que concierne al ordenamiento dominicano. Efectivamente, esta institución fue desnaturalizada a causa de defectos legislativos, así como a causa de problemas propios del sistema, incorrecta interpretación y aplicación de la normativa.

El *habeas corpus* fue regulado por primera vez en nuestro país mediante la Ley No. 5353, de 22 de octubre de 1914, es decir, en una fecha relativamente reciente tardía, si tomamos en cuenta que esta institución procesal existe en Inglaterra desde hace varios siglos<sup>1</sup>. Más reciente aún es su reglamentación constitucional, ya

---

<sup>1</sup> En la Carta Magna de 1215 hay vestigios del *habeas corpus* y su regulación data de 1672, con la Ley *Habeas Corpus Act*. Bianchi, Alberto, p. 94

que fue en la reforma constitucional de 1955 cuando el constituyente la incorporó a la Constitución<sup>2</sup>.

Respecto del modelo que sirvió de orientación al legislador dominicano se afirma, aunque existe poca información, que fue la Orden Militar cubana No. 4 de 1900<sup>3</sup>.

En otro orden, hay que destacar que la primera ley sobre *habeas corpus* fue una normativa que se adelantó a su tiempo, en la medida que diseñó un procedimiento muy efectivo, particularmente, en lo que respecta a facilitar el acceso a la justicia de las personas que eran amenazadas o privadas de su libertad de manera arbitraria. Efectivamente, se consagraba un régimen de competencia flexible y amplísimo<sup>4</sup>. Por otra parte, en esta ley previó un procedimiento sumario, con lo cual se crearon las condiciones para que el mandamiento de *habeas corpus* y el pedimento de libertad fueran decididos en tiempos razonables<sup>5</sup>. Se estableció, igualmente, un sistema de consecuencia orientado a garantizar que los actores del proceso cumplieran con sus obligaciones<sup>6</sup>.

La normativa comentada fue modificada en varias ocasiones, modificaciones la debilitaron en lugar de fortalecerla. Finalmente, fue sustituida por los artículos que van desde el 381 hasta el 392 inclusive del Código Procesal Penal de 2004. Mediante estos textos se recuperó la esencia de esta institución, de manera que a partir de ella el horizonte de la protección de la libertad individual cambió significativamente. Este nuevo panorama se fortaleció, porque el referido código procesal dota al país de un sistema penal moderno y garantista. En adición, hay que indicar que el Poder Judicial de la República Dominicana fue modificado profundamente y de manera positiva, a partir de la reforma constitucional de 1994, la cual se implementó, en lo que corresponde al sistema de justicia, tres años después, específicamente en agosto de 1997.

Si bien, en la actualidad la institución del *habeas corpus* cuenta con una regulación garantista y existen las condiciones para que funcione adecuadamente,

---

<sup>2</sup> Balbuena, Pedro, comentario al artículo 71 de la Constitución dominicana. En Villaverde Gómez, Carlos y Tena de Sosa, Félix, Constitución Comentada, Santo Domingo, República Dominicana, 2015ob. cit., p. 205. Algunos autores afirman que la regulación constitucional del *habeas corpus* tuvo lugar en la Constitución de 1924, afirmación que obedece a una confusión generada por el hecho de que en proyecto de reforma constitucional se incluyó dicha garantía, pero se excluyó cuando el constituyente discutió el mismo. Véase Moricete Fabian, Bernabel, La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos Fundamentales en la República Dominicana. En Ordoñez Solís, David alt., El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática, Segunda Edición, 2018, Santo Domingo, República Dominicana, pp. 443-444

<sup>3</sup> Balbuena, Pedro, ob. cit., p. 205

<sup>4</sup> Véase artículo 2 de la Ley No. 5353, sobre *habeas corpus*, de 22 de octubre de 1914

<sup>5</sup> Véase artículos 1 y 11 de la Ley No. 5353, sobre *habeas corpus*, de 22 de octubre de 1914

<sup>6</sup> Véase artículos 4, 8, letra c, 9, 19, 21 y 22 de la Ley No. 5353, sobre *habeas corpus*, de 22 de octubre de 1914

durante casi un siglo fue implementada de manera deficiente, lo cual debió a varias causas, las cuales analizamos a continuación.

#### DES NATURALIZACIÓN DEL *HABEAS CORPUS*

En los párrafos que siguen analizaremos, como ya se indicó, las causas que a nuestro juicio impidieron el funcionamiento de la institución del *habeas corpus*. Estas causas tienen su fuente en la ley, la estructura del sistema de justicia y en la práctica.

#### PROBLEMAS NORMATIVOS

Las dificultades de orden normativo se pueden apreciar desde el origen de la institución, pero las de mayor importancia tienen sus causas en las leyes posteriores.

1. Ciertamente, la primera ley sobre *habeas corpus* consagraba aspectos incompatibles con la naturaleza de una institución prevista para la protección de una de las libertades fundamentales más relevantes: la libertad individual. Así, la vía del *habeas corpus* estaba cerrada cuando existía sentencia de un juez o tribunal competente<sup>7</sup>. Sin embargo, conviene destacar que esta previsión no fue óbice para que en algunos casos se conociera la acción de *habeas corpus* y se ordenara la libertad del impetrante, aunque existía sentencia condenatoria.

2. Efectivamente, en un caso en que una persona acudió a un juez de *habeas corpus*, a pesar de que existía una sentencia condenatoria, dicha acción fue acogida, en el entendido de que el tribunal que había dictado la sentencia era incompetente<sup>8</sup>. En la especie, el tribunal que dictó la sentencia era ordinaria y la competencia correspondía a un tribunal tutelar de menores. Este es un clarísimo ejemplo de que un juez garantista puede ser un real centinela de la libertad a pesar de los defectos que pueda acusar la ley que regule la materia de que se trate.

3. Actualmente, la acción de *habeas corpus* es improcedente cuando existen recursos ordinarios o pueda solicitarse la revisión de la medida de coerción<sup>9</sup>. Esta disposición es cuestionada por Wendy Martínez<sup>10</sup>, quien considera constreñir a la

<sup>7</sup> Artículo 1 de la referida Ley No. 5353

<sup>8</sup> Véase Boletín Judicial No. 651, Órgano Oficial de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, de 23 de octubre de 1994, p. 1562

<sup>9</sup> Artículo 381 Código Procesal Penal

<sup>10</sup> Martínez, Wendy, «El Juez del *habeas corpus* y la justicia constitucional» Gaceta Judicial, No. 250, septiembre 2007, p. 59

persona privada de su libertad a que acuda a un recurso ordinario o a la revisión de una medida de coerción implica privarlo de los beneficios que derivan de un procedimiento sumario como el previsto para el *habeas corpus*; así como de los que derivan del régimen especial sanciones consagradas para la materia de *habeas corpus*.

4. Compartimos los señalamientos expuestos por Wendy Martínez, porque entendemos que no existe posibilidad de obtener una respuesta oportuna si a la persona privada de su libertad se le somete al procedimiento ordinario del recurso de apelación o al del recurso de revisión de una medida de coerción. Un perjuicio igual o mayor derivaría del hecho de privar al privado de libertad del régimen especial de sanciones del *habeas corpus*, ya que las que se prevén en este son más efectivas. En la primera parte de este trabajo me referí tanto a la naturaleza del procedimiento como al régimen de sanciones<sup>11</sup>.

5. No obstante, debemos destacar que la existencia de una sentencia no constituye una causa de improcedencia, salvo cuando la misma es susceptible de recurso. Efectivamente, en un caso en que existía una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, este mismo tribunal acogió una acción de *habeas corpus* y ordenó la puesta en libertad del impetrante. En la especie se trataba de un legislador que había sido privado de su libertad en violación del principio de la inmunidad parlamentaria<sup>12</sup>.

6. Otro defecto se refiere al hecho de que el impetrante se mantenía en prisión cuando el juez comprobaba que existían motivos para presumir que dicha persona era culpable del referido hecho punible, aun cuando el encarcelamiento fuera irregular<sup>13</sup>. Esta previsión legal fue seriamente criticada, porque se entendía que «*En caso de que el Juez de habeas corpus valore la prueba o los indicios viola el principio del juez natural y el principio de presunción de inocencia, ya que anticipa el juicio de culpabilidad y quebranta la imparcialidad del juez*»<sup>14</sup>. Los críticos de la disposición comentaban que «*Resulta pues evidente que siendo el habeas corpus una acción destinada a servir de freno a la detención arbitraria e ilegal se sirve muy mal ese propósito cuando se encarga de que son propios de la otra jurisdicción, como lo es el relativo a la valoración de la prueba*»<sup>15</sup>.

7. Ciertamente, se trataba de una previsión incompatible con la naturaleza del *habeas corpus*, porque el proceso que se sigue en esta materia no tiene la finali-

<sup>11</sup> Véase los números 14-26

<sup>12</sup> Véase Boletín Judicial No. 1132, Órgano Oficial de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia No. 20, de 16 de marzo de 2005, pp. 136-144d

<sup>13</sup> Artículo 14 de la referida Ley No. 5353

<sup>14</sup> Sosa Pérez, Rosalía, «El desvirtuado *Habeas Corpus*: una acción lenta y formalista» Gaceta Judicial, No. 156, 11 al 25 de abril, 2003, p. 35

<sup>15</sup> Balbuena, Pedro, «Redimensionamiento de la acción de *habeas corpus*» 1/3, Gaceta Judicial, No. 175, 16 de enero, 2004, p. 30

dad conocer el fondo de una acusación, es decir, que carece de importancia determinar si la persona es o no culpable del hecho que se le imputa. Lo único que corresponde es establecer la regularidad de la prisión.

8. No puede soslayarse que, como ya se indicó, el procedimiento es de naturaleza sumaria, lo cual implica que las partes no tienen el tiempo para preparar sus medios de defensa y el juez carece de tiempo para celebrar las medidas de instrucciones pertinentes al afondo de la cuestión, examinar las pruebas, estudiar el derecho y decidir con certeza el fondo de la acusación.

9. Otro de los aspectos cuestionable, concierne la exigencia de la presencia del Ministerio Público, cuando la orden de prisión la dictare un funcionario competente o cuando la prisión se sustente en una providencia judicial<sup>16</sup>. La lógica de esta previsión conecta con la de la previsión anterior: en ambos casos se aborda el *habeas corpus* como si se tratara de proceso destinado a determinar la culpabilidad del impetrante, visión incorrecta, porque esta institución ha sido concebida, como se dijo anteriormente, para examinar la regularidad de la prisión, objetivo que permanece, aunque la orden de prisión la dicte un funcionario competente o se sustente en una orden judicial. Debemos aclarar, sin embargo, que no cuestionamos la utilidad y necesidad de la presencia del Ministerio Público en el proceso de *habeas corpus* cuando la privación de libertad se le atribuya a este.

10. Sobre este tema, la legislación vigente acusa una imprevisión, es decir, que nada se prevé al respecto. Ante tal imprevisión la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que en aplicación del artículo 300 del Código Procesal Penal la presencia del Ministerio Público en materia de *habeas corpus* es viable<sup>17</sup>. Cabe destacar, que el señalado artículo 300 corresponde a la materia ordinaria y su aplicación se fundamenta en la regla general consagrada en el artículo 392 del mismo código, según la cual son aplicables, en caso de imprevisión, a los procedimientos especiales, como el *habeas corpus*, las normas del procedimiento ordinario, a condición de que estas últimas normas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento especial de que se trate.

11. Como puede apreciarse, actualmente también se admite la presencia del Ministerio Público en la audiencia de *habeas corpus*, no por mandato expreso del legislador, sino como consecuencia de la labor interpretativa hecha por la Suprema Corte de Justicia del artículo 392 del señalado código. Interpretación que desde mi punto de vista no es correcto, ya que entendemos que no se tomó en cuenta el requisito previsto en texto objeto de interpretación, aunque se menciona en la referida sentencia de la Suprema Corte de Justicia. Efectivamente, la presencia del

<sup>16</sup> Artículo 16 de la referida Ley No. 5353

<sup>17</sup> Suprema Corte de Justicia, Boletín Judicial No.132, sentencia No. 20, 16 marzo de 2005, pp.136-144

Ministerio Público en una audiencia en que se conoce una acción de *habeas corpus* carece de sentido y no es compatible con la naturaleza de esta institución, en la medida que en ella no se analizan las pruebas relativas a la culpabilidad, sino la legalidad de la prisión.

12. En adición a los defectos señalados, existen otros que se introdujeron mediante las leyes posteriores a la referida Ley No. 5353. En efecto, mediante la Ley No. 160-67, de 23 de mayo, se modificaron los artículos 1, 2, 3.b, y 13 de la referida ley. De estas modificaciones nos interesa la relativa al artículo 1, la cual consistió en cerrar la vía del *habeas corpus* no solo en caso de que existiera una sentencia de un tribunal competente, sino también cuando existiera una providencia calificativa de un juez de instrucción o de una Cámara de Calificación<sup>18</sup>. Con esta reforma se debilitó la institución del *habeas corpus*, en la medida que al agregarse una nueva causa de improcedencia la persona privada de libertad de manera irregular ya no podía beneficiarse de este procedimiento sumario por el solo hecho de que se hubiere dictado la señalada providencia calificativa.

13. Una segunda reforma negativa se introdujo mediante la Ley No. 62-86, promulgada el 19 de noviembre. A través de esta reforma se agregó un párrafo al artículo 19 de la Ley No. 5353, cuyo contenido es el siguiente:

«El recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, el Procurador General de la Corte de Apelación o el Procurador General de la República suspende la ejecución de la sentencia en materia de Drogas Narcóticas, Ley No. 168, en la categoría de vendedor o distribuidor, o vendedor, intermediario, traficante o patrocinador. Para conocer del recurso la Corte de Apelación debe estar integrada por la totalidad de sus miembros».

14. Esta fue una reforma muy negativa, en la medida que en la materia señalada la sentencia del juez de *habeas corpus* perdía el carácter ejecutorio desde que se interponía el recurso de apelación. De esta manera, la institución quedó desnaturalizada, toda vez que al tener efectos suspensivos el recurso de apelación, la posibilidad de que una persona favorecida con una orden de libertad pudiera recuperar su libertad se convirtió en una ilusión.

---

<sup>18</sup> Nos parece importante señalar, que si bien la modificación del artículo 1 de la Ley No. 5353 fue negativo, la del artículo 13 introducido mediante la misma Ley No. 160-67 fue positiva, en la medida que eliminó la palabra ilegal, de lo cual resultaba que cuando las pruebas hicieran presumir la culpabilidad del impetrante su puesta en libertad no debía proceder si la privación de libertad era ilegal. Por otra parte, debemos indicar que esta ley fue modificada por la Ley No. 10-78, de noviembre, en lo que concierne a las causales de improcedencia del *habeas corpus* eliminando las relativas a la existencia de una providencia calificativa del Juez de la Instrucción o de la Cámara de Calificación, subsistiendo solo las que concierne a la existencia de una sentencia.



15. En otras palabras, el elemento celeridad desapareció, porque una vez se interpusiera la apelación el caso se volvía a conocer de nuevo y, dado el efecto suspensivo de este recurso, el impetrante era mantenido en prisión, con la agravante de que el recurso debía conocerlo la corte en pleno, lo cual dejaba abierta la posibilidad de que se aplazara la audiencia, por la ausencia de uno o más de los miembros de la Corte.

16. En una posterior reforma la institución del *habeas corpus* fue debilitada nuevamente. Efectivamente, mediante la Ley No. 35-90, de 7 de junio se modificaron los artículos 8, 15 y 45 de la Ley No. 50-88, sobre drogas y sustancias controladas de la República Dominicana, de 30 de mayo y se adicionó un nuevo artículo. De esta ley interesa el artículo 3, texto mediante el cual se agrega un nuevo artículo a la referida Ley No. 50-88. El artículo agregado fue el 96, cuyo contenido es el siguiente: «Será suspensiva la ejecución de la sentencia dictada en materia de *habeas corpus*, cuando contra ella se interponga el recurso ordinario de la apelación y el extraordinario de la casación, siempre que la misma recaiga sobre cualquiera de los delitos previstos y sancionados por la Ley No. 50-88 del 30 de mayo de 1988».

17. De la simple lectura del texto transcrito se advierte la gran involución de la institución del *habeas corpus*, ya que a partir de esta modificación no solo tenía efectos suspensivos el recurso de apelación sino también el de casación. Esto implicaba convertir el proceso de *habeas corpus* en un procedimiento ordinario, en la medida que dependía de la voluntad del Ministerio Público que dicho proceso llegara hasta la Suprema Corte de Justicia, recorrido que generalmente dura años, tiempo durante el cual el impetrante permanecía en prisión, independientemente de que el juez de primera instancia y el tribunal de segundo grado coincidieran respecto de la ilegalidad de la prisión.

18. Me parece que no es exagerado afirmar que en materia de infracciones de narcotráfico la institución del *habeas corpus* no solo se desnaturalizó, sino que en la práctica se suprimió, no solo a consecuencia de las señaladas reformas, sino también por la presión mediática y la presión internacional, en particular de los Estados Unidos. Presiones que creaban un ambiente en el cual pocos jueces se atrevía a ordenar la libertad de un acusado de delito de narcotráfico, aunque existieran irregulares evidentes. Más grave era el hecho de que cuando un juez acogía una acción de *habeas corpus*, las autoridades correspondientes no la acataban, tal y como explicará más adelante.

19. El panorama descrito era preocupante, porque las privaciones irregulares de la libertad personal se pueden producir en la señalada materia, de la misma manera que se producen en cualquier otra, es decir, que es un enfoque incorrecto hacer distinciones atendiendo al nivel de daño que pueda provocar la comisión del delito que se imputa. El enfoque debe estar centrado, única y exclusivamente, en

legalidad de la privación de libertad, aspecto que es el concierne al juez de *habeas corpus*.

20. Las distorsiones legislativas comentadas en los párrafos anteriores se dejaron sin efectos mediante el Código Procesal Penal y, en particular, a través de los artículos 381 a 392 de dicho código. Efectivamente, las disposiciones vigentes no facultan al juez del *habeas corpus* a incursionar en el fondo de la acusación, debiendo limitarse, en coherencia con la naturaleza de la materia, a examinar la regularidad de la prisión.

21. En otro orden, en el párrafo agregado al artículo 386 del Código Procesal Penal, por la Ley No. 278-04, de 13 de agosto se establece que son apelables las decisiones que rechazan una solicitud de *habeas corpus* o que deniegan la puesta en libertad, por lo que, como señala Pellerano Gómez, por argumento a contrario, «(...) las decisiones que decretan la libertad no son recurribles en apelación»<sup>19</sup>. Se trata, como puede apreciarse, de un escenario muy distintos el que imperó en el sistema anterior.

#### Problemas ESTRUCTURALES Y PRÁCTICOS

En los párrafos anteriores analizamos los defectos de orden normativos que impidieron durante muchos años que la institución del *habeas corpus* funcionara en nuestro país. En esta parte de la investigación analizaremos los problemas estructurales y de orden práctico que incidieron de manera más significativa en la desnaturalización de esta garantía de la libertad individual. Básicamente, abordaremos tres cuestiones la disfunción del sistema y la corrupción judicial que durante mucho tiempo imperaron, y, por último, la ausencia de comprensión de la naturaleza del *habeas corpus* por parte de los jueces.

22. Existe una tesis clásica atribuida a Hans Kelsen, en la que se destaca la importancia de la existencia de mecanismos de garantía de los derechos y libertades fundamentales, concluyéndose en el sentido de que más allá de la proclamación, aún de rango constitucional, un derecho no garantizado no es un verdadero derecho<sup>20</sup>. Un ejemplo de la existencia de un derecho constitucional carente de garantía lo constituyó, precisamente, el relativo a la prohibición de la privación de la libertad consagrada en el artículo 17 de la constitución del 6 de noviembre de 1844, texto en el cual se establecía que: «Fuera de los casos de infraganti delito,

<sup>19</sup> Pellerano Gómez, Juan Manuel, Derecho Procesal Penal, Editorial Capel Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana, 2005, p. 270

<sup>20</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p.59

ninguno puede ser encarcelado sino en virtud de orden del juez, que debe notificarse en el momento del arresto, o a lo más tarde dentro del término de 24 horas.» Sin embargo, la garantía de este derecho constitución se instituyó casi un siglo después, mediante la señalada Ley No. 5353, de 22 de octubre de 1914. De ahí la gran importancia que se le atribuye a esta ley,<sup>21</sup> la cual llenó, sin dudas, un gran vacío en el ordenamiento jurídico dominicano.

23. Hay que destacar, sin embargo, que más allá de la existencia de la garantía, lo relevante es que funcione en la realidad. Esto no ocurrió en el caso del *habeas corpus* como se indicó, lo cual se debió a que el Poder Judicial era muy débil, a consecuencia de que los jueces eran elegidos por una de las Cámaras del Congreso y no existía la carrera judicial. Más grave era el hecho de que dicho poder carecía autonomía presupuestaria. De manera que se trataba de un poder doblemente dependiente: dependiente del Poder Legislativo y dependiente del Poder Ejecutivo.

24. Esta doble dependencia impedía que el sistema de justicia funcionara siquiera mínimamente adecuado, hasta tal punto que a partir de los años 70 del siglo pasado prácticamente colapsó, situación que generó muchas críticas y propuesta de reforma constitucional. Así, por ejemplo, en el año 1986 se preparó un proyecto de reforma constitucional, con el propósito de mejorar el sector justicia. En este proyecto se contemplaba la creación del Consejo Nacional de la Magistratura; así como de la carrera judicial<sup>22</sup>.

25. Como consecuencia de las señaladas debilidades, los niveles de corrupción en el sistema de justicia se incrementaron significativamente. En este sentido, Vega y Moreta afirman que durante el período comprendido entre los años 1966 y 1978 «(...) se desató una gran corrupción judicial en los tribunales dominicanos, llegando los controles judiciales a la mínima expresión y produciéndose hasta una especie de penetración de ciertos estamentos políticos y militares en el ámbito judicial (...)»<sup>23</sup>. No podemos soslayar, que estos autores reconocen que no todos los jueces del sistema participaron de la estructura judicial imperante y excluyen de manera específica a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia.

26. Este panorama de corrupción que mantenía maniatado al sistema de justicia quedó evidenciado en los motivos desarrollados en leyes que, precisamente, pretendía mejorar la institución del *habeas*. Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la señalada Ley No. 62-86, de 19 de noviembre. Efectivamente, en uno de los motivos de esta ley se afirmaba que:

<sup>21</sup> Vega B., Wenceslao, Historia del derecho dominicano, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2012, p. 326

<sup>22</sup> Ramos Mesina, Wellington, «Mejoramiento del Poder Judicial», Revista Institucionalidad y Justicia, Órgano de Difusión de la Fundación Institucionalidad y Justicia, volumen I, Santo Domingo, República Dominicana, 1993, pp. 8-13

<sup>23</sup> Vega Wenceslao y Moreta Castillo, ob. cit. p. 450

«CONSIDERANDO, que son a todas luces visibles los esfuerzos de la Policía Nacional y los departamentos de investigación de las Fuerzas Armadas, que actúan y envían ante las autoridades judiciales a los violadores de esta Ley 168 sobre Drogas Narcóticas, pero estos no permanecen en prisión por causa de eufemismos legales y por el abuso de esa sagrada institución que es el *Habeas Corpus*, ya que si un juez ha sido comprado y ordena la libertad del impetrante, el ministerio público está en la obligación de ordenar la libertad del mismo, aun cuando ejerza el recurso de apelación contra esta decisión, en vista de que un recurso no es suspensivo de la ejecución de la sentencia»<sup>24</sup>.

27. Como se recordará, la finalidad de la motivación anterior era justificar el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto contra la orden de libertad dictada por el juez de *habeas corpus* en materia de delitos de narcotráficos. Sin embargo, como ya hemos afirmado, con esta modificación el legislador desnaturalizó la institución del *habeas corpus*<sup>25</sup>.

28. La combinación de las dos causas señaladas, dependencia y corrupción del sistema de justicia, tuvieron como resultado la desnaturalización del *habeas corpus* en la República Dominicana. De manera que durante todo el siglo xx y parte de la primera década de este siglo no existía posibilidad judicial de hacerle frente a las privación arbitraria o ilegal de la libertad individual.

29. Finalmente, y respecto de los problemas estructurales, no podemos soslayar, lo que podría considerarse como un problema mayúsculo, derivado, obviamente, de los dos problemas anteriores, me refiero a la cuestión del desacato en materia de *habeas corpus*, evidenciado por la existencia de casos en los cuales una persona era beneficiada de una orden de libertad y, sin embargo, era mantenido en prisión, por lo que se veía en la necesidad de incoar una nueva acción de *habeas corpus*<sup>26</sup>. Se trata, sin dudas, una situación insólita y, quizás, con escaso precedentes en la jurisprudencia extranjera.

30. En torno a los problemas prácticos destaca el relativo a que la Suprema Corte de Justicia estableció en la acción de *habeas corpus* debía seguirse el procedimiento previsto para la materia correccional. Efectivamente, este alto tribunal sostuvo lo siguiente:

---

<sup>24</sup> Véase Gaceta Oficial Núm. 9699, de fecha 30 de noviembre de 1968

<sup>25</sup> Véase los números 47-49

<sup>26</sup> Se trató del caso de un señor llamado Luis Santiago Polanco Rodríguez, favorecido por una orden de libertad dictada por la Suprema Corte de Justicia, mediante la sentencia No. 10, de fecha 5 de octubre de 1990, sentencia que no fue ejecutada, lo que dio lugar a una nueva acción de *habeas corpus*, la cual fue acogida, mediante la sentencia No. 12 de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 8 de agosto de 1991. Véase Boletín Judicial No. 969, agosto 1991, pp. 1023-1024

«Considerando que si bien es cierto que el derecho de *habeas corpus* está consagrado en la Constitución como uno de los atributos de la seguridad individual, y si también es cierto que el recurso de *habeas corpus* es una acción de carácter especial, que tiene su propia fisonomía, no es menos cierto que el procedimiento que deben observar para recobrar su libertad las personas que hayan sido privadas de esta ilegalmente, como consecuencia de un proceso penal o por acto de persona ajenas a la administración de la justicia, establecido por el Decreto Ley de *Habeas Corpus*, participa de la naturaleza del procedimiento que generalmente se sigue en los procesos correccionales»<sup>27</sup>.

31. Esta decisión de la Suprema Corte de Justicia fue muy criticada por la doctrina, en el entendido de que el proceso *habeas corpus* fue transformado de sumario a ordinario, sometándose a los mismos incidentes y dilación propias de la materia correccional, a pesar, de que, como se sostiene, el *habeas corpus* tiene su propio procedimiento.<sup>28</sup>

32. Comparto las críticas que se hacen a la referida sentencia, toda vez que la señalada Ley No. 5353 consagraba, como ya explicamos<sup>29</sup>, un procedimiento sumario y no ordinario. Al producirse la mutación de procedimiento, la garantía del *habeas corpus* perdió eficacia, en la medida que desapareció la posibilidad de dar respuesta oportuna en beneficio de la víctima de una privación de libertad ilegal o arbitraria.

33. No podemos soslayar, sin embargo, que en la especie que dio lugar a la sentencia objeto de comentario, la Suprema Corte de Justicia se refirió a la naturaleza del procedimiento de *habeas corpus*, porque se le planteó la cuestión relativa al plazo para interponer el recurso de apelación, dado el hecho de que la referida Ley No. 5353 acusaba una imprevisión sobre esta cuestión. Para resolver dicha laguna, el indicado tribunal sostuvo que el plazo aplicable era el previsto para la materia correccional en el artículo 203 del Código de Procedimiento Criminal, es decir, 10 días.

34. Efectivamente, tanto el recurso de apelación como el de casación fueron establecidos por la vía pretoriana<sup>30</sup>, porque la señalada Ley No. 5353 no los previó. El problema es que cuando se instauraron estos recursos no se indicaron

<sup>27</sup> Véase Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, de 10 de abril, 1956, Boletín Judicial No. 749, p. 733

<sup>28</sup> Balbuena Pedro, ob. cit., p.30. Véase también a Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Volumen I, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2005, p. 386

<sup>29</sup> Véase los Nos. 14-16

<sup>30</sup> El recurso de casación se instauró mediante sentencia de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 29 de abril de 1935, Boletín Judicial No. 297, p. 137 y el de apelación mediante sentencia del mismo tribunal de fecha 12 de marzo de 1945, Boletín Judicial No. 416, p. 2005

los plazos para interponerlo, por lo cual la Suprema Corte de Justicia resolvió la dificultad parcialmente.

35. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia actuó bien al establecer el plazo para apelar, pero debió limitarse a indicar dicho plazo y abstenerse de convertir en ordinario el procedimiento sumario consagrado por el legislador desde el mismo origen del *habeas corpus*. En otro orden, nada impedía que la Suprema Corte de Justicia estableciera un plazo menor al de 10 que se preveía en el Código de Procedimiento Criminal vigente para la época, en coherencia con la naturaleza del procedimiento objeto de análisis.

## Conclusiones

Desde la primera Constitución dominicana (6 de noviembre de 1844) el constituyente proscribió la privación de libertad arbitraria, pero no fue sino 70 años más tardes cuando el legislador instituyó la garantía de este derecho: el *habeas corpus*, mediante la Ley No. 5353. Esta normativa fue modélica en muchos aspectos, aunque acusaba defectos esenciales, como la habilitación para que el juez examinara aspectos vinculados a la culpabilidad del impetrante.

En adición al defecto señalado, el legislador introdujo modificaciones que debilitaron considerablemente la efectividad del *habeas corpus*. De dichas modificaciones negativas cabe destacar las relativas al reconocimiento de efectos suspensivos a los recursos de apelación y de casación, en materia de delitos vinculados al narcotráfico.

Otra causa, no menos importante, que impidió la adecuada implementación del *habeas corpus* es la relativa al criterio sentado por la Suprema Corte de Justicia, consistente en que debía seguirse las reglas de la materia correccional, con lo cual convirtió en ordinario el procedimiento sumario previsto para la garantía que nos ocupa.

Finalmente, la debilidad institucional que impero en nuestro país hasta finales del siglo xx, la doble dependencia del Poder Judicial, la ausencia de carrera judicial y la corrupción que imperó en el sistema de justicia no favorecía la correcta implementación del *habeas corpus* ni de ninguna otra institución.

Actualmente existen las condiciones para que las amenazas o privaciones de libertad arbitrarias puedan ser sancionada de manera efectiva. Particularmente, porque está vigente un Código Procesal Penal moderno, la doble dependencia del Poder Judicial ha desaparecido y los aspectos normativos que desnaturalizaron el *habeas corpus* fueron derogados.

## Bibliografía

- BALBUENA, Pedro, comentario al artículo 71 de la Constitución dominicana. En Villaverde Gómez, Carlos y Tena de Sosa, Félix, Constitución Comentada, Santo Domingo, República Dominicana, 2015, pp. 26-29
- «Redimensionamiento de la acción de *habeas corpus*» 1/3, Gaceta Judicial, No. 175, 16 de enero, 2004
- BIANCHI, Alberto, «El *habeas corpus* federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema». Revista Jurídica Austral, publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, volumen I, Año I, junio 2020, versión digital:DOI:[https:// doi.org/ 10.26422/ RJA.2020.0202](https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0202). bia, pp. 91-169
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Madrid, 2001
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, El *Habeas Corpus* Latinoamericano, Fundación Konrad-Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, República de Colombia, año 2000
- JORGE PRATS, Eduardo, Derecho Constitucional, Volumen I, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2005
- MARTÍNEZ, Wendy, «El Juez del *habeas corpus* y la justicia constitucional» Gaceta Judicial, No. 250, septiembre 2007, pp. 56-61
- MORICETE FABIAN, Bernabel, La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de las Derechos Fundamentales en la República Dominicana. En Ordoñez Solís, David alt., El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática, Segunda Edición, 2018, Santo Domingo, República Dominicana
- PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, Derecho Procesal Penal, Editorial Capel Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana, 2005
- RAMOS MESINA, Wellington, «Mejoramiento del Poder Judicial», Revista Institucionalidad y Justicia, Órgano de Difusión de la Fundación Institucionalidad y Justicia, volumen I, Santo Domingo, República Dominicana, 1993
- SOSA PÉREZ, Rosalía, «El desvirtuado *Habeas Corpus*: una acción lenta y formalista» Gaceta Judicial, No. 156, 11 al 25 de abril, 2003,
- VEGA B., Wenceslao, Historia del derecho dominicano, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2012
- VEGA B., Wenceslao y MORETA CASTILLO Américo, Historia del Poder Judicial, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Editora Corripio, 2005





# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL: UN FUTURO INCIERTO Y UN PROBLEMA AÚN NO RESUELTO

JOSÉ MARÍA COELLO DE PORTUGAL

*Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*

## I. Introducción

Los derechos fundamentales como sector del ordenamiento jurídico pueden a veces parecer un objeto de estudio que, por su evidente importancia y amplio consenso en torno a su necesidad de protección, ha quedado desplazado en la doctrina científica como tema de actualidad, precisamente por la conciencia general en torno a su relevancia y necesidad. Frente a esta sensación, este XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, celebrado en Madrid con la colaboración institucional del Senado y del Tribunal Constitucional y con la cooperación académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, del Instituto del Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, ha venido a recordarnos lo errado de ese planteamiento.

La insospechada riqueza de los derechos humanos como objeto de conocimiento científico, por su relevancia derivada de su reflejo de la dignidad humana, hacen que su ámbito de estudio resulte inagotable. Es precisamente la inherencia a la dignidad de cada ser humano de estos derechos y su inseparable titularidad, unida a su necesidad para la convivencia social, lo que determina su inmarcesibilidad y su imposible envejecimiento como objeto científico, pues las inagotables transformaciones sociales irán siempre acompañadas de renovaciones y actualizaciones del contenido sustancial, de la forma de ejercicio o de los medios de protección de estos derechos.

El congreso científico que hoy nos reúne, lleva por título «La garantía jurisdiccional de la Constitución», lo cual supone una llamada de atención a la garantía de protección de los derechos que constituyen el fundamento del orden político y la paz social. Vamos a continuación a formular algunas reflexiones en torno a las interacciones que inevitablemente surgirán en el futuro en la interacción entre el desarrollo de la tecnología digital y los derechos fundamentales.

## II. Historia apresurada de la protección en España de los derechos digitales de las personas

Debo informar a mis ilustres colegas venidos desde otras latitudes del mundo hispano, que la preocupación de la doctrina española por la protección de los derechos digitales del ciudadano no es sin embargo nueva. De hecho, fue un gran acierto y una excelente previsión del constituyente de 1978 disponer en su artículo 18 junto con la protección del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones que «*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Disposición con la que el ordenamiento jurídico español se convertía —en un ya lejano 1978— en pionero en la protección de los derechos digitales. Previsión que sin ser especialmente concreta, significó dejar una importante puerta abierta al futuro por la que ha podido penetrar en nuestra convivencia social y política la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que de una forma progresiva ha ido protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia digital.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ido adaptando desde entonces al paso de la tecnología digital, cubriendo distintas etapas que, si bien hoy pueden parecernos muy remotas, en su día constituyeron pasos importantes<sup>1</sup>. Del mismo modo, nuestro tribunal de garantías ha debido simultáneamente adaptarse a la rápida evolución normativa y jurisprudencial del contexto internacional y de la protección multinivel de los derechos fundamentales. No se puede analizar por ello la evolución de la jurisprudencia constitucional sin atender al mismo

---

<sup>1</sup> «Distinguimos, así, tres fases en la evolución del TC: la primera, cuando el tribunal consideraba este derecho como una especificación del derecho a la intimidad (visión anglosajona formal y material), la segunda cuando lo consideraba un derecho autónomo unido a la privacidad (visión anglosajona material, pero no formal) y una tercera, a la que todavía no ha llegado, en la que se supera la mera privacidad y se avanza hacia un control absoluto de nuestros datos (visión germana): la autodeterminación informativa». POLO ROCA, Andoni. «El derecho a la protección de datos y su reflejo en el consentimiento del interesado». *Revista de Derecho Político*. Núm. 108. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2020, p. 178

tiempo a la acción protectora de otras entidades supranacionales como el Consejo de Europa o la Unión Europea de las que España forma parte<sup>2</sup>.

De un lado, la meritoria jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho avanzar durante estos años a nuestro Tribunal Constitucional en la buena dirección. Y decimos meritoria, porque el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como instrumento principalmente aplicado por esta Corte internacional, no contiene un asiento tan claro como el de la Constitución Española sobre la protección de los derechos digitales, por lo que su protección ha sido incluida por este tribunal en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar, contenido en el artículo 8 del Convenio. Por su parte, han resultado absolutamente fundamentales para la evolución de esta protección en España la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la eficaz actividad legislativa de la Unión que, mejorando la protección dispensada a estos derechos por las legislaciones nacionales, ha culminado con la promulgación del hoy vigente Reglamento Europeo de Protección de Datos de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Ha sido pues en un contexto fuertemente internacionalizado y abierto normativa y jurisprudencialmente al exterior donde nuestro Tribunal Constitucional ha tenido que desenvolverse, transformando su jurisprudencia desde la inclusión de las garantías digitales en el seguro mundo del derecho a la intimidad hacia la necesidad de construir conceptos más novedosos y autónomos de este derecho<sup>3</sup>, como las libertades informáticas o el derecho de control de cada ciudadano sobre sus propios datos incluidos en bases informáticas, conocido como *habeas data*. Derecho de control cuyos parámetros de garantía y autodeterminación personal sin duda se ampliarán en el futuro para consolidar una mayor protección y garantizar a cada ciudadano un efectivo control sobre los mismos.

---

<sup>2</sup> «Si algo caracteriza al Derecho internacional de la segunda postguerra mundial es el haber irrumpido en un ámbito material hasta entonces privativo de los Estados: los derechos fundamentales. Es verdad que, en sus albores, el Estado liberal habíase construido sobre una concepción universalista de los derechos ya que éstos se presuponían no sólo del ciudadano, sino del ser humano en general. Recuérdesse el glorioso título de proclamación francesa de 1789: «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano». Este cosmopolitismo era la consecuencia inevitable de las tesis iusnaturalistas de los derechos naturales; y a la misma naturaleza del ser humano respondía esa universalización de la libertad». CANOSA USERA, Raúl. «Del orden interno al orden internacional. (Los derechos sociales en el orden internacional)». En GAGO GUERRERO, Pedro Francisco (Coord). *Cuestiones de Derecho internacional y Política*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 2007, p. 18.

<sup>3</sup> «Resumiendo, podemos establecer que el derecho a la protección de datos personales en el Derecho español se configura como un derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad, cuya finalidad, objeto y contenido difieren, habida cuenta de los distintos riesgos que ambos derechos fundamentales han de enfrentar en las sociedades actuales». GARRIGA, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del big data y de la computación ubicua*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, pp. 95-96.

### III. Una mirada al futuro: la explosión de la era digital y un futuro incierto

#### 1. LA PUNTA DEL ICEBERG

La sensación que hoy nos queda es, sin embargo, que vivimos en nuestros días un vertiginoso avance de la tecnología y que la venturosa penetración de una trepidante revolución digital en todos los órdenes de la vida cotidiana, no ha alcanzado ni mucho menos sus últimos objetivos. Y si bien este conflicto antiguo-moderno en que el viejo paradigma (analógico) aún no ha muerto y el nuevo paradigma (digital) no se encuentra totalmente desarrollado es propio de todas las edades de la historia, no es menos cierto que el último impulso de la revolución digital ha acelerado de forma inesperada los acontecimientos y ha transmutado como casi no hay memoria los espacios tradicionales de convivencia social, creado otros espacios nuevos y originando un sinfín de retos al Derecho, ante los que el jurista no debe permanecer indiferente.

Solo tenemos una cosa segura: el rápido desarrollo tecnológico digital va a seguir afectando de forma notable al futuro a la sociedad, a sus espacios de convivencia y a los derechos fundamentales, y sin duda requerirá de enormes esfuerzos de adaptación a este nuevo entorno para protección de los derechos fundamentales. Este proceso requerirá a buen seguro la adaptación de las instituciones tradicionales y la construcción de otras nuevas para hacer frente a los próximos retos de la era digital con el ánimo de asegurar lo que siempre ha preocupado al Derecho constitucional: la eficacia normativa de la Constitución y, con ella, la garantía real y efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también en la era de internet. Por todo ello, sin conocer los detalles del futuro sí podemos apostar por una segura consolidación de la revolución digital durante los próximos años y, asimismo, sabemos con seguridad que en el futuro próximo necesitaremos un Derecho constitucional dotado de instituciones firmes en la protección de los derechos, pero también dotado de herramientas de suficiente flexibilidad que puedan adaptarse a la nueva realidad, persiguiendo eficazmente los veloces avances de la técnica digital para que su progresiva implantación social no se transforme en una reducción de la eficacia normativa de la Constitución, ni en un retroceso de los derechos fundamentales. Todo lo contrario, ahora que sin poder prever el futuro sí podemos pronosticar su seguro desarrollo tecnológico, debemos convertirlo en una oportunidad para el avance de los derechos, la consolidación de las libertades y la creación, la adaptación y el desarrollo de aquellas instituciones que resulte preciso potenciar para garantizar el alcance protector de la Constitución como norma fundamental del Estado.

## 2. LA NECESIDAD DE NUEVOS CONSENSOS INTERNACIONALES

Dentro de lo que el futuro permite prever, la primera exigencia del nuevo Derecho constitucional de la era digital será su internacionalización. En el seno de un mundo global, casi diríamos de un mundo unificado como es el espacio virtual, se precisará de enormes consensos internacionales para asegurar la protección de los derechos digitales. No va a existir en el futuro ningún Estado que por su propia fuerza y mediante el empleo de sus propios recursos, vaya a ser capaz de garantizar la protección aislada de los derechos digitales de sus ciudadanos<sup>4</sup>. Van a resultar más que precisos, imprescindibles, nuevos consensos globales para que los espacios digitales sean seguros y respetuosos con la dignidad de las personas.

En realidad, tímidos avances en esta dirección ya se han observado con la integración regional de muchos de estos mecanismos de protección como, por ejemplo, ha ocurrido en los Estados miembros de la Unión Europea mediante una amplia comunitarización de la regulación y protección de estos derechos o en las transferencias internacionales de datos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, estrechando aún más el vínculo transatlántico de protección de los derechos digitales. No obstante, estos consensos no van a ser ni mucho menos suficientes para el futuro. Otros importantes actores mundiales deberán incorporarse a ellos y nuevos consensos transnacionales más amplios deberán alcanzarse en la materia<sup>5</sup>, bien sea en el seno de las organizaciones internacionales tradicionales, bien sea en organizaciones nuevas. Ahora bien, sin una adecuada regulación internacional de este fenómeno global inspirada en los derechos del hombre y de la mujer y fundada en amplios acuerdos globales, muy probablemente, la protec-

---

<sup>4</sup> En realidad esta es una faceta más de una realidad ya advertida hace tiempo por la doctrina. Por ejemplo, por Jáuregui cuando señalaba que: «*Con ello no pretendo defender la validez de los estados como estructura central o nuclear del nuevo orden mundial. El epicentro de ese nuevo orden no lo van a constituir los estados sino las instituciones transnacionales. Una cosa es aprovechar la experiencia y el grado de integración logrados por los estados a la hora de organizar las todavía débiles estructuras transnacionales. Otra, muy diferente, considerar a los mismos como el eje nuclear del nuevo orden mundial. Los estados pueden constituir, ciertamente, un punto de apoyo imprescindible pero, al mismo tiempo, uno de los principales obstáculos para la adecuada consolidación de las nuevas instituciones transnacionales*». JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia planetaria*. Ed. Nobel. Oviedo, 2000, p. 74.

<sup>5</sup> «*La internacionalización del Derecho forma parte de esa globalización jurídica que afecta directamente a los Estados, pero la globalización es un fenómeno de mucho más alcance social, que en modo alguno puede ser ordenado exclusivamente por los principios del Derecho internacional moderno. «Se internacionalizan los Estados, se globaliza la sociedad», podría decirse. La crisis conceptual del Derecho internacional deriva de su pretensión por ordenar la globalización sin alterar los principios que lo informan, fundados en una estructura obsoleta y en una doctrina trasnochada, inaceptable para una sociedad de vocación universal y solidaria. Las vestes del Derecho internacional se han quedado viejas, apolilladas e inservibles para una sociedad global*». DOMINGO OSLÉ, Rafael. ¿Qué es el Derecho global?. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 106-107.

ción se dificultará enormemente. Del mismo modo, esta regulación para ser eficaz deberá en el futuro si no apoyarse, sí al menos contar con la complicidad y con la responsabilidad de aquellos actores y corporaciones globales que constituyen y constituirán los gigantes operadores de la actividad informática.

### 3. LA RELEVANCIA DE TODOS LOS DATOS

Otra faceta que deberá revisarse para una adecuada protección jurídica de los derechos de los ciudadanos será, muy probablemente, el nivel de protección dispensada al conjunto de los datos derivados de la conducta individual. En el mundo del *big data* ya no existen datos irrelevantes. Hasta hace relativamente poco tiempo, existían datos dotados de una especial protección jurídica por su carácter eminentemente personal como, por ejemplo, los datos de identificación personal o de salud, junto con otros datos dotados de una menor relevancia como por ejemplo, los datos de contratación o de consumo. Hoy en día y más aún en el futuro, todos los datos serán de carácter sensible<sup>6</sup> porque su relevancia no se encuentra aislada en cada dato sino en su relación agregada.

Los patrones de consumo, de información, de ocio y otros similares adecuadamente relacionados, son hoy en día gracias a la inteligencia artificial suficientes para trazar un preciso perfil de cada usuario digital que permite formar un patrón sobre sus gustos y preferencias que puede afectar individualmente a su intimidad personal y a otros derechos fundamentales, así como inducirle a determinados comportamientos no solo de tipo comercial, sino también de tipo político. La cuestión ha saltado jurídicamente, por tanto, del ámbito —y del riesgo— de los derechos de consumo al de los derechos democráticos fundamentales. Por ello, una desatención a la protección de datos aparentemente irrelevantes puede condicionar de forma agregada la conducta colectiva, por ejemplo, del cuerpo electoral,

---

<sup>6</sup> Como se ha destacado, este elenco se amplía progresivamente por la jurisprudencia. Por ejemplo, «Según el TJUE, por otro lado, el concepto de dato personal es muy amplio, son datos personales, entre otros: nombre y número de teléfono o información sobre condiciones de trabajo y/o aficiones, datos bancarios (ingresos, etc.), datos personales que obran en poder del municipio, perfiles de usuario de las redes sociales, datos conseguidos por un detective privado, datos del registro de trabajo (periodos de trabajo, descanso, etc.), la imagen de una persona grabada por una cámara, los datos fiscales, las respuestas escritas de un examen y las anotaciones del examinador; los que figuran en una minuta (nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, sexo, etnia, religión e idioma), etc. También según el TEDH, las comunicaciones escritas o habladas e imágenes, las filmaciones o sonidos de circuito cerrado de televisión, etc. Los datos personales objeto de tutela, por lo tanto, serían todos aquellos datos sobre una persona física identificada o identificable, es decir, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona». POLO ROCA, Andoni. «El derecho a la protección de datos y su reflejo en el consentimiento del interesado». Revista de Derecho Político. Núm. 108. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2020, pp. 181-182.

captando o induciendo indebidamente la voluntad de un alto número de electores a los que deliberadamente se podría manipular, proporcionándoles información falsa o privándoles de informaciones sensibles para la libre determinación de su voluntad. Este hecho podría producir desde una indeseable fragmentación o atomización social del electorado hasta una auténtica manipulación política del cuerpo electoral.

#### 4. LA NECESIDAD DE NUEVAS LEYES, INSTITUCIONES Y PROCESOS

Otra faceta que sin duda se verá afectada por el nuevo entorno tecnológico, será la aparición de nuevas regulaciones del fenómeno digital. Indudablemente la legislación actualmente en vigor en materia de tratamiento masivo de datos, inteligencia artificial, metaverso, realidad virtual aumentada, internet de las cosas y otras nuevas aplicaciones digitales<sup>7</sup> a la vida cotidiana de los ciudadanos no se encuentra adaptada a las necesidades que el futuro va a demandarnos. Por ello, va a resultar imprescindible una intensa actividad legislativa que refuerce el sometimiento a Derecho, la sujeción y el control jurídico de estos nuevos espacios digitales y de las relaciones jurídicas que se van a establecer en ellos. Esta actividad normativa sin duda va a requerir un importante esfuerzo de creatividad y una importante actualización de las instituciones e instrumentos jurídicos para intervenir en ella.

Es precisamente en la creación de estos instrumentos donde el Derecho se juega una buena parte de su eficacia protectora. No es esta breve intervención el lugar, ni el momento, para abordar con el suficiente sosiego la cuestión de la protección apriorística de los derechos digitales. Ahora bien, parece que existe un consenso cada vez más amplio en torno a la idea de que el futuro va necesitar no solo mecanismos de control judicial de naturaleza restauradora con efectos *a posteriori*, sino también mecanismos de control de naturaleza administrativa exigibles *a priori*. Ello va a implicar la creación de una delicada zona colindante entre la actividad administrativa de control previo y el ejercicio de determinados derechos<sup>8</sup>, en ocasiones fundamentales; por lo que la actividad legislativa deberá

---

<sup>7</sup> «De este modo, nos encontramos en los primeros días de la cuarta revolución industrial, revolución que se caracteriza por la confluencia simultánea de numerosas tecnologías exponenciales como el big data, la inteligencia artificial, el blockchain, la computación cuántica, el Internet de las cosas (Internet of things o IOT), la robótica, la realidad virtual, la ciberseguridad y biometría, la nanotecnología, la biotecnología, la impresión 3D, el building information modeling (BIM), los vehículos autónomos y los drones, entre otras». SERRANO ACITORES, ANTONIO. *Metaverso y Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 2022, p. 55.

<sup>8</sup> «Existen indicios de que los gobiernos perciben los riesgos de Internet y tratan de asumir sus responsabilidades con mejor o peor fortuna. El reciente Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, sobre medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital contratación del sector pú-

hilar muy fino para asegurar la debida conciliación entre el libre ejercicio de los derechos y las libertades y el aseguramiento de entornos digitales libres y seguros para el ejercicio de los derechos fundamentales.

La creación o desarrollo de estos mecanismos administrativos de control no debería en el futuro, en absoluto, evitar un control jurisdiccional sobre la actividad administrativa como en cualquier otra faceta de ejercicio de poder público. Ahora bien, este control judicial deberá adaptarse a la era de la internet avanzada. En algunos casos —relativos asuntos generales o en los que estén implicados operadores digitales globales— es más que seguro que la jurisdicción deberá recaer en tribunales de naturaleza internacional, pues es improbable que un órgano jurisdiccional nacional pueda impartir una justicia eficaz y ejecutable sobre un gran operador global. Es por ello que la jurisdicción muy probablemente internacionalizará su actividad para lograr someter a control jurídico estas actividades de una forma eficaz.

En el caso de las jurisdicciones nacionales, la cuestión no va a ser tampoco sencilla. Resulta más que previsible la necesidad de que el futuro traiga consigo si no la creación, sí el perfeccionamiento de los procesos judiciales de protección de datos, cuyo efecto de *habeas data* permita el ejercicio rápido y eficaz de este derecho fundamental de manifestación de datos por parte de los ciudadanos<sup>9</sup>, ya sea en sus facetas de acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición o portabilidad de datos. Sin una garantía jurisdiccional rápida y eficaz de estos derechos —o de otras facetas de protección que el futuro pueda demandar— y sin una implicación de los poderes judiciales nacionales que facilite la exigencia de estos derechos y la ejecución de sus resoluciones en materia de datos<sup>10</sup>, probablemen-

---

*blico y telecomunicaciones ejemplifica esta idea. (...) Con carácter excepcional y transitorio, se podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa o la de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas».* RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael. *Retos jurídico-políticos de internet*. Ed. Dykinson. Madrid, 2019, p. 168.

<sup>9</sup> «Pero, el derecho a la protección de datos es, sobre todo, un derecho con un contenido predominantemente positivo. Éste se concreta en un conjunto de instrumentos que garantizan a las personas la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre el uso y destino de sus datos, permitiéndole saber, quién, dónde, cuándo y para qué ha obtenido y registrado informaciones que les conciernen. Sin estos derechos subjetivos que formarían el elemento positivo del derecho a la protección de datos personales, los principios anteriores —elemento negativo— quedarían vacíos de contenido y el titular de los datos desamparado ante su tratamiento». GARRIGA, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del big data y de la computación ubicua*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016, p. 97.

<sup>10</sup> «En definitiva, el nuevo Internet proporcionará una experiencia de navegación más personal y hecha a medida, un asistente de búsqueda más inteligente y humano, y otros beneficios descentralizados que se esperan ayudarán a establecer una web más equitativa. Esto se logrará empoderando a cada usuario individual para que se convierta en el soberano de sus datos, y creando una experiencia general más rica gracias a la infinidad de innovaciones que se producirán una vez que se haya implementado». SERRANO ACITORES, Antonio. *Metaverso y Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 2022, p. 44.



te se genere una desprotección que podría afectar de una forma concreta al ejercicio de otros derechos fundamentales además de al derecho a la intimidad personal, tales como la libertad ideológica y religiosa, la libertad asociativa, la libertad de afiliación política o la libertad sindical. Resultará por ello imprescindible construir estos nuevos procesos que prevean nuevas acciones para la tuición eficaz de los derechos fundamentales relacionados o indirectamente afectados por la protección de datos.

## 5. LA NECESIDAD DE AUMENTO DE LA TRANSPARENCIA

Otra demanda del futuro muy relacionada con todo lo anterior —y con el título de esta mesa redonda— viene constituida por la necesidad colectiva de aumentar la transparencia de los ciudadanos en el acceso a la información. Paradójicamente, en el mundo digital que viene, el acceso transparente a la información será más necesario que nunca<sup>11</sup>. Los rumores, las *fake news*, los bulos virales y otras formas de información sesgada o interesadamente manipulada, son especies que crecerán precisamente en aquellos lugares a los que no llegue la transparencia en el acceso a la información. La transparencia juega así un insustituible papel elusivo de la mentira y preventivo de la manipulación que el mundo que viene deberá potenciar. El mundo digital necesitará por ello una reduplicación de esfuerzos por el perfeccionamiento de los sistemas proactivos de acceso a la información que garanticen la seguridad de las informaciones que se reciben. La capacitación digital de los ciudadanos y su participación servirán así como elemento de cohesión democrática y pacificación social, en lugar de ser medio de agitación y manipulación. Con estos parámetros y mediante la construcción de nuevos canales rápidos, seguros y eficaces de transparencia y acceso a la información en el mundo digital, se evitará la existencia de numerosos riesgos para los regímenes democráticos.

## IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El aporte de esta breve intervención en este prestigioso congreso internacional, soy consciente, no es demasiado relevante. Pero comenzar reconociendo que

---

<sup>11</sup> «La transparencia en el ámbito público se configura hoy como un componente indispensable para la construcción de nuevos modelos de gobierno que permitan, a partir de las necesidades y expectativas ciudadanas actuales, una nueva arquitectura del contrato social. La transparencia es hoy un verdadero termómetro del grado de realización efectiva del Estado democrático y de Derecho». RUBIO NÚÑEZ, Rafael y VALLE ESCOLANO, Raquel. «Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas». Dilema, núm. 27, 2018, p. 311.

tenemos un problema es un buen principio para empezar a construir su solución. Para alcanzarla debemos identificar las causas pero también construir nuevos paradigmas que nos ayuden a articular también para el mundo que viene los nuevos principios de interacción del Derecho en el marco digital, todo ello con el ánimo de que los nuevos retos de la revolución digital inspiren las mejores soluciones jurídicas en el contexto de una transformación tecnológica que no ha hecho más que comenzar. Todo ello si queremos conservar para el siglo XXI la Constitución como norma fundamental e inspiradora de la convivencia y el Derecho constitucional como su mejor aliado y garante. Muchas gracias.

## Referencias bibliográficas

- CANOSA USERA, Raúl. «Del orden interno al orden internacional. (Los derechos sociales en el orden internacional)». En GAGO GUERRERO, Pedro Francisco (Coord). *Cuestiones de Derecho internacional y Política*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 2007.
- DOMINGO OSLÉ, Rafael. ¿Qué es el Derecho global?. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008.
- GARRIGA, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del big data y de la computación ubicua*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.
- JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia planetaria*. Ed. Nobel. Oviedo, 2000.
- POLO ROCA, Andoni. «El derecho a la protección de datos y su reflejo en el consentimiento del interesado». *Revista de Derecho Político*. Núm. 108. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael. *Retos jurídico-políticos de internet*. Ed. Dykinson. Madrid, 2019.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael y VALLE ESCOLANO, Raquel. «Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas». *Dilema*, núm. 27, 2018.
- SERRANO ACITORES, Antonio. *Metaverso y Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 2022.

# CONTRIBUCIONES DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE AL PROCESO DE *HABEAS CORPUS*

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO  
*Profesor en la Universidad Mayor de San Marcos*

## I. A modo de introducción

Deseamos expresar nuestro agradecimiento al buen amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor por permitirnos asistir a tan magno evento: el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. La garantía jurisdiccional de la Constitución y, como tal, compartir afanes académicos con colegas distinguidos en la «Mesa 18: *Habeas Corpus, Habeas Data* y acceso a la información»: Hermógenes Acosta, José María Coello de Portugal y Sofía Sagüés, sin obviar a nuestro moderador compostelano José Julio Fernández Rodríguez.

De este modo, el doctor Ferrer Mac-Gregor nos ha dado la tarea académica de abocetar la ponencia «Contribuciones de Domingo García Belaunde al proceso de *Habeas Corpus*», y lo hacemos con el mayor beneplácito, más aún, siendo el secretario particular del constitucionalista peruano por un espacio ininterrumpido de 42 años.

## II. El *Habeas corpus* interpretado

Por lo dicho, desde su primer libro *El constitucionalismo peruano y sus problemas* (Lima, 1971, cap. 6.5. *Habeas Corpus*), García Belaunde se ha preocupado con creces por estudiar el *Habeas Corpus*, especialmente en lo tocante a la jurisprudencia.

Es bien sabido que, por aquel entonces, García Belaunde publicó una *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional* (I) de cuya lectura se desprende un anclaje bibliográfico de libros y artículos referenciados con el *Habeas Corpus* (*vid.* Derecho, n.º

29, Lima, 1971, pp. 172-173). En tal sentir, según García Belaunde, «El *Habeas Corpus* en el Perú, así como en otros países latinoamericanos, ha sido extendido a la protección de derechos no relacionados con la libertad física» (Lima, febrero, 1971).

Ahora bien, en el libro *El Habeas Corpus interpretado (1933-1970)* (PUCP, Lima, 1971), García Belaunde, tras ofrecer una panorámica suficientemente amplia, se propone desarrollar una nueva línea de trabajo de investigación en el Perú, desde el punto de vista constitucional: recopilar de manera cronológica y sistemática la jurisprudencia ora, antes, en lo tocante al *Habeas Corpus*, proveniente del Poder Judicial.

Hasta la fecha de la publicación del libro en mención —1971— no se había implementado en el régimen constitucional peruano el Tribunal de Garantías Constitucionales, sino a partir de la Constitución Política de 1979.

Al inicio de la obra García Belaunde nos dice que el *Habeas Corpus* nació en el Perú a fines del siglo XIX: el 21 de octubre de 1897, con el propósito exclusivo de cautelar la libertad personal contra las detenciones arbitrarias de la autoridad. Luego se presentaron las siguientes secuencias: Ley n.º 2223, Ley n.º 2253, Constitución de 1920 (art. 24), Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 (art. 342 y ss.), Constitución de 1933 (art. 69), Código de Procedimientos Penales de 1940 (arts. 349-359) y Decreto Ley n.º 17803.

Junto a ello ha de tenerse en cuenta, también, que ante la normatividad citada nuestro autor inquiere lo siguiente: «¿Qué ha sucedido... en la realidad?». Y apoyado en el profesor francés Léon Duguit (1859-1928) acerca del divorcio entre los textos y los hechos, responde así: «Aunque las resoluciones judiciales han pretendido seguir la ley, muchas veces la han defendido o realizado verdadera labor creadora. Ello ha sido posible en gran medida por lo exiguo de la legislación y por la imprecisión de sus términos, lo que ha permitido su utilización abusiva en defensa de los intereses más inverosímiles. Todo esto que se sabe y que se ha dicho, no ha sido plasmado aún en un estudio orgánico que permita elaborar una explicación integral del *Habeas Corpus* en el Perú. El estudio mismo de este instituto ha despertado poco interés entre nosotros». Este aserto lo sostenía García Belaunde, con tino y diligencia, a inicios de los setenta del siglo XX.

Esquemmatizando, añadía García Belaunde que el *Habeas Corpus* en el Perú atraviesa por dos fases: *a)* de 1897 a 1920, que marca su nacimiento, aunque se mueve propiamente en la esfera del Derecho Penal, *b)* desde 1920 hasta nuestros días, cuando logra su ingreso en el texto constitucional y que comprende dos subperíodos: *i)* de 1920 a 1933 y *ii)* de 1933 al presente, es decir, en aquella época, hasta 1971. En la obra *El Habeas Corpus interpretado* García Belaunde reúne de manera exhaustiva 182 autos de *Habeas Corpus*, recordando que «Pese a todas sus vicisitudes el *Habeas Corpus* ha cumplido una importante labor en el constitucionalismo peruano. La experiencia acumulada desde 1933 a la fecha, permite extraer

ciertas conclusiones que deben ser tomadas en cuenta, ahora que se piensa dictar una nueva Constitución [realidad que se plasmó en 1979]. No solo es necesario implementar esta acción en el texto político, sino proveer los cauces procesales adecuados que superen las deficiencias de la legislación y que contribuyen a crear un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma».

Ahora bien, ¿qué derechos fundamentales afectados fueron materia de investigación en *El Habeas Corpus interpretado*? Veamos: I. Libertad individual. II. Libertad de reunión. III. Libertad de asociación. IV. Libertad de prensa. V. Libertad de trabajo. VI. Libertad de ejercicio profesional (abogacía). VII. Libertad de tránsito. VIII. Libertad de comercio e industria. IX. Libre tránsito de extranjeros. X. Reclamos sobre resoluciones judiciales. XI. Recursos contra los municipios. XII. Derecho de propiedad. XIII. Problemas universitarios. XIV. Diversos, y XV. Aspectos procesales del *Habeas Corpus*.

### III. El *habeas corpus* en el Perú

La segunda obra que da a la luz García Belaunde en lo tocante al proceso constitucional materia de análisis, es *El Habeas Corpus en el Perú* (UNMSM, Lima, 1979). Se trata de su tesis doctoral sustentada con brío en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 1974, y que está avalado con un prólogo de Darío Herrera Paulsen (1910-2001).

En el presente libro García Belaunde se propone desarrollar una exposición global del *Habeas Corpus* en el Perú desde diversos ángulos visuales: teórico, legislativo, jurisprudencial, social y político, centrandolo la investigación desde 1933 hasta 1973, acentuándola en la jurisprudencia proveniente del Poder Judicial. De su lectura se colige que es la continuación, a modo de eslabón de *El Habeas Corpus interpretado* (1971), citado en líneas anteriores.

Nuestro autor llega a la conclusión de que el *Habeas Corpus* es una institución que en el devenir histórico ha ido adquiriendo una fisonomía peculiar que la convierte, sin duda alguna, en un producto netamente peruano, diferente al modelo que le dio origen.

En ese orden expositivo, *El Habeas Corpus en el Perú*, analíticamente, se estructura de la siguiente manera:

#### **Capítulo I**

Los orígenes del *Habeas Corpus*

#### **Capítulo II**

Legislación peruana sobre *Habeas Corpus*

**Capítulo III**

Algunas características jurisprudenciales del *Habeas Corpus* (1)

**Capítulo IV**

Algunas características jurisprudenciales del *Habeas Corpus* (2)

**Capítulo V**

Algunas características jurisprudenciales del *Habeas Corpus* (3)

**Capítulo VI**

Algunas características jurisprudenciales del *Habeas Corpus* (4)

**Capítulo VII**

Declaraciones, derechos y garantías

**Capítulo VIII**

Concepto normativo del *Habeas Corpus*

**Capítulo IX**

Inconstitucionalidad y *Habeas Corpus*

**Capítulo X**

Aspectos procesales del *Habeas Corpus*

**Capítulo XI**

Vigencia del *Habeas Corpus* y situaciones de excepción

**Capítulo XII**

Vigencia del *Habeas Corpus* y subdesarrollo

**Apéndices**

*Habeas Corpus*: Índice cronológico: 1898-1973

Jurisprudencia de *Habeas Corpus*: 1971-1973

*Habeas Corpus* de R. Duharte

**Bibliografía**

IV. Conclusiones valorativas

1. Que no quepa duda alguna de que el *Habeas Corpus* es la criatura predilecta de Domingo García Belaunde o, para decirlo en otro giro, su criatura más querida a la cual ha dedicado, sin desmayo, 51 años.
2. Todo ello, complementándolo con otras disciplinas académicas relacionadas con el Derecho Constitucional: Derecho Electoral, Derecho Parlamentario, Derecho Procesal Constitucional, Historia Constitucional,

- Derecho Constitucional Comparado, sin obviar el cultivo de la filosofía jurídica y la teoría del Derecho.
3. Para lo anterior tiene un secreto a cuatro voces: la férrea disciplina que cultiva desde sus años juveniles hasta la actualidad, en donde está prácticamente llegando su existencia física a la octava decena de la vida, para orgullo y beneplácito de la comunidad constitucional iberoamericana.
  4. Demostración al canto: ahí están sus obras que circulan por escrito y por internet, especialmente las que están colgadas gratuitamente en su página web: (*vid.* <http://www.garciabelaunde.com/>), y que siguen y seguirán conservando un frescor de actualidad.

## V. Referencias bibliográficas

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

- *El Habeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971.
- *El Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979.
- «Guía bibliográfica de Derecho Constitucional peruano», en *Derecho* (editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú), número 29, 1971.
- «Los orígenes del *Habeas Corpus*», en *Derecho* (Universidad Católica), número 31, 1973.
- «Naturaleza jurídica del *Habeas Corpus*», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (editada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), número 2, 1973.
- «Legislación peruana sobre *Habeas Corpus*», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Univ. de San Marcos), números 1, 2 y 3, enero-diciembre de 1975.
- «El *Habeas Corpus* en la nueva Constitución», en *Revista Jurídica del Perú*, número III, julio-septiembre de 1980.
- «Amparo mexicano y *Habeas Corpus* peruano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 39, septiembre-diciembre de 1980.
- «La evolución legislativa del *Habeas Corpus* en el Perú (1897-1979)», en AA. VV., *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1980.
- «La acción de *Habeas Corpus*» (intervención), *Revista del Foro*, número 1, enero-junio de 1982.
- «La acción de *Habeas Corpus*», en *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías — Ley de Habeas Corpus*, Ministerio de Justicia, edición oficial, s/f (1984).

- «Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas», en AA. VV., *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Comisión Andina de Juristas, 1984.
- Prólogo a Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985.
- «Suspensión de garantías ¿o de derechos?», en AA. VV., *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo I, México, 1988.
- «Las garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, número 10, julio de 1994; y en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, apéndice, tomo VII, Buenos Aires, 1996.
- «Diferencias entre el *Habeas Data* y la acción de amparo o tutela constitucional en Perú», en *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, año 3, número 1, Talca (Chile), primer semestre de 1997 (con errores). La versión corregida, con el título «Sobre el *Habeas Data* y su tutela», en *Derecho-PUC* (Univ. Católica), número 51, diciembre de 1997; y en *Apuntes de Derecho*, año III, número 1, mayo de 1998.
- «El *Habeas Corpus* en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas», en AA. VV. *Influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano*, CCSDD, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2002; en *Foro Jurídico*, número 2, julio de 2003, y en *Iuris Dictio*, Quito, año III, número 7, diciembre de 2003.
- «Un *Habeas Corpus* insólito o cómo las dictaduras se las ingenian para darle la vuelta a la Constitución», en AA. VV., *Homenaje a Reynaldo Peters, autor del monumento jurídico: Habeas Corpus en papel higiénico*, Creativa Imp., tomo I, La Paz (Bolivia), 2012.



# EL *HABEAS CORPUS* COMO PROCESO ESTRUCTURAL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA

MARÍA SOFÍA SAGÜES

*Profesora de la Universidad de Buenos Aires*

## I. Planteamiento de la temática:

La grave situación de hacinamiento, precarias condiciones de salud e higiene, en definitiva, abandono estructural de personas detenidas en establecimiento penitenciarios de los países de la región, ha recibido atención de los órganos nacionales e internacionales, y calificada como condiciones inhumanas y degradantes vedadas tanto por los textos constitucionales como por los tratados de DDHH vigentes.

Esto ha decantado en una catarata de procesos constitucionales de diversa naturaleza (acciones de tutela, *habeas corpus* correctivos individuales, *habeas corpus* colectivos) que, a través de distintas vías, intentan se instrumenten medidas transformadoras de esta situación.

La complejidad del tema ha puesto en tensión la idoneidad de los remedios, cuya aplicación ha llegado a superar los cauces clásicos, y adoptar figuras innovadoras. En algunos casos, la experiencia comparada presenta procesos de *habeas corpus* que han adquirido la dimensión de litigio estructural, procurando atacar de manera amplia la causalidad compleja poli céntrica que presenta el fenómeno. La innovación procesal ha implicado un gran avance, aunque no siempre se ha obtenido el grado de ejecución procurado.

La presente ponencia se concentra en la experiencia Argentina de *habeas corpus* como litigio estructural, a partir de la cual brinda algunos elementos para su instrumentación de manera idónea y satisfactoria del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En adelante CADH.

## II. La Corte Interamericana de Derechos humanos frente a las violaciones estructurales de derechos

### a) PRIMERAS EXPERIENCIAS

El constitucionalismo y el orden internacional de los derechos humanos se han abocado prolíficamente a la igualdad y la veda de la discriminación, proclamada de manera enfática por constituciones, leyes, convenciones, declaraciones, etc. Sin embargo, no es necesario afinar la vista para confrontar una realidad plagada de grupos de personas marginadas, excluidas en el goce de sus derechos, e incluso perseguidas, hostigadas o ahogadas en la violencia o la miseria.

Ese escenario constituye una «discriminación estructural»<sup>2</sup>, es decir una «situación sistemática de exclusión, marginación o subordinación que le impide a un grupo de personas acceder a condiciones básicas de desarrollo humano.»<sup>3</sup>

Si bien tales situaciones de discriminación estructural no son novedosas, su conceptualización por el orden jurídico sí. La consideración del contexto estructural que acompaña y condiciona la violación de derechos encuentra sus primeras expresiones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup> a partir del año 2000, mediante la adopción de pronunciamientos que van más allá de la ponderación en concreto de las víctimas del caso, y que también valoran de aspectos estructurales, en particular una lectura amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Con relación a la noción de «discriminación estructural» me remito a un anterior trabajo, titulado «*Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico*», publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/5.pdf>, última consulta 16/9/2020. Vr, asimismo, Fiss, Owen, «*Groups and the equal protection clause*», 1976, «*A community of equals*», Beacon Press, Boston, 1999, Saba, Roberto, «*Más allá de la igualdad formal ante la ley*», Editorial siglo XXI, Buenos Aires, 2016 Liliana María Salomé Resurrección, «*el concepto de discriminación estructural y su incorporación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*», disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM\\_MEADH\\_Liliana\\_Salome\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y), última visita 16/9/2020— y Lucas Sebastián Grosman, «La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución», disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv\\_jurid/igualdad\\_estructural.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_estructural.pdf)

<sup>3</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Voto razonado en la sentencia dictada en la Causa «Trabajadores de la Facenda Brasil verde vs. Brasil», l 20 de octubre de 2016, Serie C, párr. 80. Respecto al desarrollo del concepto de «discriminación estructural» en la jurisprudencia de la CorteIDH, me remito a Paola Pelletier Quiñones, «*La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*», disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>, última consulta: 16/9/2020.

<sup>4</sup> En adelante CorteIDH.

<sup>5</sup> Ver en torno al punto a Claudio Nash y Rojas Constanza Núñez Donald, en «La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos el caso chileno y el contexto internacional», 28/10/2020 Editorial: Tirant lo Blanch, España.

En particular, un hito trascendente puede encontrarse en la OC-18/03 de 17/9/2003, conforme a la cual la «condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).<sup>6</sup>

## b) DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

El concepto convencional y constitucional de igualdad se ha robustecido. De la igualdad ante la ley que partía de la neutralidad del Estado, se evolucionó a la de igualdad sustancial, dando tutela preferente a sectores vulnerables. A su vez se incorporó la mirada hacia la realidad, y se prohibieron discriminaciones fácticas o indirectas dadas en la aplicación de normas en principio neutrales pero que tenían impacto desproporcionado en determinadas personas<sup>7</sup>. También se abarca la «discriminación múltiple» que implica la actuación conjunta de diversos supuestos de vulnerabilidad, y, finalmente, la «discriminación interseccional»<sup>8</sup> cuando confluyen varios factores de vulnerabilidad asociados a condiciones como edad, sexo, situación de pobreza, discapacidad, y otros, que interactúan entre sí de manera simultánea, desencadenando una forma específica de discriminación que no podría entenderse a partir de una visión aislada de cada factor.

Pero más allá del desarrollo de los nuevos contenidos de la igualdad, la realidad sigue demostrando la existencia de grupos de personas marginadas, que, sobre la base de prácticas sistemáticas generalizadas de exclusión social, llegan a constituirse como castas o parias.<sup>9</sup>

Este diagnóstico obliga a cuestionar aquellas leyes y prácticas que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento.<sup>10</sup> Así, la noción de «igualdad como no sometimiento» se presenta como una instancia superadora de la concepción individualista de la igualdad,<sup>11</sup> permitiendo acercar la tutela de los derechos a estos grupos desaventajados. Desde esta perspectiva la igualdad se con-

---

<sup>6</sup> vr. CorteIDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 112. Ver, asimismo, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Parr. 128

<sup>7</sup> CorteIDH, Caso Nadege Dorzema v. República Dominicana 2012, Serie C 251, entre muchos otros.

<sup>8</sup> Vr., por ejemplo, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de septiembre de 2015. Serie C No. Párr. 285, 288, 289 y 290, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351

<sup>9</sup> Vr. Fiss, Owen, *«A community of equals»*, Beacon Press, Boston, 1999.

<sup>10</sup> Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 7.

<sup>11</sup> Ver Saba, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

ceptualiza «como un principio opuesto a la opresión y la imposición de cadenas visibles o invisibles... La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o... exclusión, alude al imperativo moral de igual libertad como precondición para la autonomía de las personas.»<sup>12</sup>

En definitiva, es necesario evidenciar que el reconocimiento constitucional y convencional de la igualdad veda crear o perpetuar estructuras generalizadas de subordinación y exclusión, que se encuentran sostenidas y articuladas sobre múltiples causas que se mantienen de manera policéntrica.

Claro que ello implica reconocer la pluricausalidad policéntrica de estas situaciones de exclusión, donde la violación estructural de derechos no puede imputarse a una causa, sino a una multiplicidad de factores relacionados entre sí, de tal manera que cada núcleo de tensión impacta en los otros y colabora con su sostenimiento.<sup>13</sup> Por ello, el remedio debe atacar a todos.

#### c) GÉNESIS DEL RECONOCIMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

En el caso «Campo Algodonero»<sup>14</sup>, donde se sentaron las bases de la responsabilidad del Estado por riesgo creado en lo que refiere a violencia contra la mujer, la CorteIDH alertó sobre una «cultura de discriminación» que «contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes»<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Saba, op., cit., p. 28.

<sup>13</sup> Lon L. Fuller and Kenneth I. Winston, «The Forms and Limits of Adjudication», Harvard Law Review, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409

<sup>14</sup> CorteIDH, Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México, sent. del 16 de noviembre de 2009, Serie C-205.

<sup>15</sup> CorteIDH, Caso González y otras citado, Párr. 398. De allí se desprende la irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares.» En consecuencia, haciendo uso de la doctrina del «riesgo creado», que había sido aplicada en algunos casos llevados a cabo contra Colombia, cuyo conocimiento era predicable del Estado, el Tribunal concluye su responsabilidad internacional. Ver al respecto a Abramovich, Víctor, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso «Campo Algodonero» en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.pdf>, última consulta 16 de septiembre de 2020

Este escenario es definido expresamente por la Corte «discriminación estructural» en la sección reparaciones de dicho pronunciamiento, al señalar: «teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo».

La especificidad de los remedios es reiterada en «Atala Riffo»<sup>16</sup>, donde la corte identifica los elementos estructurales de discriminación en torno a minorías sexuales<sup>17</sup>, y requiere que algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.

En definitiva, dado que la discriminación estructural constituye el marco o encuadre que sostiene y perpetua la violación de derechos a escala, los remedios deben tener vocación transformadora de dicha situación. Este punto se vincula necesariamente con las potestades de los Tribunales constitucionales y organismos supranacionales como agentes de cambio social<sup>18</sup>, y los remedios procesales que habilitan esa acción.

#### d) CASO «TRABAJADORES DE LA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL»

El concepto<sup>19</sup> es utilizado y desarrollado en el pronunciamiento dictado en el año 2016 en el caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil»<sup>20</sup>, donde el Tribunal concluye, por mayoría de 4 sobre 5, que la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas «fue producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica».<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Corte IDH, «Atala Riffo y niñas vs. Chile», sent. 24 de febrero de 2012, Serie C, parr. 267

<sup>17</sup> *Idem*, parr. 239.

<sup>18</sup> Vr. Sagüés, Néstor Pedro, «*Los Tribunales constitucionales como agentes de cambio social*», ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, pp. 527-541, ISSN 1510-4974

<sup>19</sup> Cabe aclarar que en otros casos el Tribunal no hace uso expreso de la doctrina, como Corte IDH. Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, aunque sí a se mencionan condicionamientos estructurales del goce de derechos (párr. 273). Ver asimismo, Corte IDH, «Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana», 28 de agosto de 2014. Serie C.

<sup>20</sup> Corte IDH, Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil» 20 OCTUBRE DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) seriec\_318.

<sup>21</sup> *Idem*, Disiente el Juez Sierra Porto.

Basó su decisión en que «el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas<sup>22</sup>. Continúa diciendo el Tribunal «Esta discriminación se ve enmarcada en una «situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas».<sup>23</sup>

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, tras resaltar que la Corte consideró a la pobreza como un supuesto de discriminación por condición económica, aporta elementos técnicos interesantes para delimitar las aristas de la doctrina de la discriminación o desigualdad estructural. El juez parte de la generalidad de la tutela brindada por el instrumento internacional, señalando que «la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de qué grupos «son sometidos a discriminación».<sup>24</sup> A partir de allí, brinda «algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo más no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural»:

- La discriminación estructural siempre se plantea en clave colectiva ya que exige la presencia de un grupo de personas, o grupos de personas.

El Juez citado refiere a que tal grupo —que puede ser «minoría o mayoría»— debe presentar, en principio, las siguientes singularidades: a) «tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona, b) o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias.

- «estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano».

Este elemento apunta al núcleo central de la noción de discriminación estructural: la situación generalizada de desventaja, exclusión, subordinación, marginación o sometimiento.

Se presenta al elemento histórico como una pauta que permite identificar la discriminación estructural, pero que no es imprescindible, en la medida que se constate la sistematicidad o proyección generalizada de la marginación, subordi-

---

<sup>22</sup> *Idem*, Párr. 338.

<sup>23</sup> *Idem*, Párr. 339.

<sup>24</sup> *Idem*, Voto razonado Eduardo Ferrer Mac Gregor, párr. 5°.

nación o exclusión que actúa como valla u obstáculo para el goce de los derechos fundamentales. En efecto, la noción de discriminación estructural resulta apropiada para canalizar la situación de grupos históricamente excluidos, pero no se agota en ellos. Por el contrario, principio de no sometimiento «antisubjugation» se proyecta a todos los órdenes sociales<sup>25</sup>

En consecuencia, la multiplicación, generalización y sistematización de la marginación y exclusión en el goce de los derechos constituye el elemento determinante de la discriminación estructural, a lo que se suma en numerosas oportunidades el condimento histórico o cultural, aunque no como elemento indispensable.

- Seguidamente el voto aclara que no existe un condicionante geográfico para la aplicación de la doctrina.<sup>26</sup>
- Por último, puntualiza que la discriminación estructural encuentra su base en la noción de discriminación de facto, no de iure.<sup>27</sup>

El juez Eduardo Vio Grossi, en su voto razonado, enfatiza el carácter de «marco» o «encuadre» de la discriminación estructural, que constituye el contexto en que estos últimos tuvieron lugar y, en consecuencia y en cierta medida, los explica, más no los justifica.

Finalmente, el Juez Humberto Sierra Porto fundamenta su posición disidente concentrándose en las dificultades probatorias que implica el diagnóstico de una situación de discriminación estructural, expresando que la sola presunción de afectación por pobreza no puede tener como consecuencia automática que exista discriminación en contra de un grupo específico.<sup>28</sup>

La alerta del Dr. Sierra Porto resulta especialmente trascendente en virtud de las particularidades que cabe predicar en torno a la prueba de la situación de discriminación estructural, que analizaremos en los títulos siguientes.

---

<sup>25</sup> Fiss, Owen, «A community...», *op. cit.*, p. 15. La experiencia del sistema europeo de derechos humanos también permite acentuar el elemento de la generalización o sistematización en la exclusión de determinados grupos del goce de sus derechos, más allá de la existencia o no de discriminación histórica. De esta manera se vincula la doctrina en estudio con la exigencia de sistematicidad o «disfunción sistémica inadmisibles» o problema generalizado como elemento determinante de la adopción de sentencias pilotos por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos

<sup>26</sup> CorteIDH, caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil», *op. cit.*, voto razonado del Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, considerando 80.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> CorteIDH, caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil», *op. cit.*, voto razonado del Dr. Humberto Sierra Porto, párrs. 6, 8 y 10.

e) DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL, INTERSECCIONALIDAD E IGUALDAD MATERIAL

Un nuevo salto cualitativo se verifica en el fallo «Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil»<sup>29</sup>, que alerta «problemas estructurales que producen y reproducen el trabajo informal y precario de fabricación de bombetas o cohetes.»<sup>30</sup>

Explica expresamente el tribunal que la discriminación estructural se refiere a comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas. Estas prácticas pueden presentarse como neutras, pero tienen efectos desproporcionados en los grupos discriminados.<sup>31</sup>

Señaló que la situación de las víctimas implicaba discriminación interseccional y discriminación estructural, donde se combinaba una situación generalizada de situación socioeconómica desfavorable, con otros factores, dado que las personas se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes. A su vez, por la discriminación estructural por su condición de pobreza, no podían acceder a otra de fuente de ingresos y debían exponerse al aceptar un trabajo en condiciones de vulnerabilidad, que desconocía los mandatos de la CADH y que las expuso a los hechos victimizantes.<sup>32</sup>

De esta manera, se concluye que «se observa una confluencia de factores de discriminación»<sup>33</sup> a la par que se identifica una omisión del estado, que no adoptó ninguna medida que como una forma de enfrentar o de buscar revertir la situación de pobreza y marginación estructural de las trabajadoras de la fábrica de fuegos.<sup>34</sup> Es por ello que el Tribunal establece como remedio o medida de no repetición que el estado diseñará y ejecutará un programa de desarrollo socioeconómico, en consulta con las víctimas y sus familiares, con el objeto de promover la inserción de trabajadoras y trabajadores dedicados a la fabricación de fuegos artificiales en otros mercados laborales y posibilitar la creación de otras alternativas económicas.

Eduardo Ferrer Mac Gregor, en un voto razonado, enfatiza la necesidad del entendimiento conjunto del principio de igualdad y no discriminación, en espe-

<sup>29</sup> CorteIDH, caso «Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil», fecha 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, 407.

<sup>30</sup> *Id.* párr. 64.

<sup>31</sup> *Id.* cita 284.

<sup>32</sup> Párrafo 188.

<sup>33</sup> Párrafo 190.

<sup>34</sup> Párrafo 200.



cial desde el artículo 24 de la CADH, con un mandato de igualdad material, de tal manera que abona en gran medida a redimensionar los alcances que tiene la discriminación estructural (agravada cuando confluyen otros factores). Agrega que lo anterior no implica que, en la interpretación de la CADH, deba eliminarse la noción de igualdad formal o deba primar la igualdad material ya que las dos concepciones e interpretaciones coexisten, complementándose en los aspectos en que una de ellas resulte insuficiente.<sup>35</sup>

Así, concluye en que es necesario que las acciones para erradicar estas situaciones de exclusión o marginación adopten un «**enfoque diferencial**» para que en el diseño de las medidas se tomen en cuenta posibles particulares que puedan impactar en diferentes subgrupos de personas destinatarias de esas medidas (niñas y mujeres embarazadas).

Por su parte, el Juez Ricardo Pérez Manrique, también en voto razonado, toma en especial consideración que las víctimas sufrieron una discriminación estructural, en virtud de pertenecer a sectores históricamente marginados —cuyo origen está vinculado al fenómeno de la esclavitud— que se mantuvo en el tiempo más allá de los avances normativos que nunca tuvieron efectividad real. Además, sufrieron la discriminación interseccional producida por pertenecer a categorías consideradas sospechosas por la CADH. Concluye que la obligación positiva del Estado, ante la verificación de un patrón de discriminación interseccional y estructural como el descrito, consiste en el desarrollo de líneas de acción mediante el desarrollo de políticas sistemáticas que actúen sobre los orígenes y causas de su existencia.

#### f) UN REMEDIO IDÓNEO PARA TRANSFORMAR LA SITUACIÓN

Al constituir la discriminación estructural una afectación al derecho a la igualdad, es imprescindible desarrollar un remedio idóneo (art. 25 CADH), que debe tener una vocación transformadora de las situaciones generalizadas de exclusión o subordinación. En definitiva, la violación estructural de derechos demanda un remedio también estructural.

---

<sup>35</sup> Es relevante el Párrafo 109 que esclarece la orientación del Juez en estudio, al señalar que «en la medida en que exista un contexto de discriminación estructural, la expresión «sin discriminación» en el artículo 24 se debe leer en consonancia con el mismo enunciado contenido en el artículo 1.1; y, por ende, comprender que, desde el artículo 24 de la Convención, existe, para garantizar los derechos, obligaciones positivas. Esas obligaciones positivas se deben traducir, por ejemplo, en la: i) eliminación de normativa que pueda ser aparentemente neutra pero que tenga un impacto indirecto en determinados grupos, ii) adoptar normativa que responda a las situaciones particulares de hecho de grupos excluidos sistemáticamente o iii) adoptar medidas de compensación para que la normativa existente puede ser aplicable en la realidad y no tenga como resultado una ineficacia.

El concepto de remedio o proceso estructural puede recibir distinto predicamento, si bien todas confluyen en una eficacia expansiva de la tutela, como «intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales.»<sup>36</sup>

En cuanto al objeto del proceso, debe apuntar a revertir la causalidad policéntrica de tal discriminación, que puede englobar aspectos jurídicos, pero mayoritariamente estereotipos sociales. Es por ello que los procesos objetivos previstos en aquellos sistemas que siguen modelos concentrados o difusos, como aquellos que tienen por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de control de inconstitucionalidad por omisión no parecen ser plenamente satisfactorios frente a la discriminación estructural, ya que los elementos que la sostienen no son siempre jurídicos, normativos (ya que puede darse incluso con normas neutrales). En efecto, el remedio no puede solamente ser normativo, ya que, de limitarlo a soluciones de tal carácter, los estereotipos culturales que sostienen y petrifican la discriminación estructural se mantendrían incólumes, proyectándose en la aplicación práctica de las propuestas normativas, incluso siendo estas neutrales. Por su parte, los procesos subjetivos, deben ser idóneos para adaptarse al carácter estructural del conflicto.

### III. La violación estructural de los derechos de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios

A la luz del artículo 5 de la CADH toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En ese marco, el tribunal regional ha señalado que la dignidad personal de los detenidos forma parte del núcleo inderogable e insuspendible de los DDHH.<sup>37</sup> A ello ha sumado el carácter fundamente, o basal de la libertad física, es decir que su afectación se proyecta en la restricción de otros derechos, y puede redundar en menoscabo de múltiples garantías. Así, ha sostenido que las privaciones de la libertad implican un inevitable menoscabo, privación o alteración de derechos de las personas, e incluso las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios que deterioren la integridad física, psíquica o moral pueden llegar a constituir una forma de pena cruel, prohibida por el 5 inc. 2.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Mariela Puga, «*El litigio estructural*», disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho\\_Ano1\\_N2\\_03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf), última consulta 16/9/2020.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, Serie C, 160.

<sup>38</sup> Corte IDH, caso Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú 25 de noviembre de 2004, párr. 101serie C, 119.

Sin embargo, tales derechos enfrentan a una realidad plagada de precarias condiciones de salubridad e higiene, con sobrepoblación y hacinamiento extremos (en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %), abuso del encarcelamiento preventivo (que llega a cubrir el 60% de las personas detenidas), conflicto que se ha ahondado en el marco de la pandemia de 2019.

Entre las medidas inconventionales específicamente citadas en el caso «Penal Castro Castro»<sup>39</sup> se mencionan el hacinamiento, aislamiento prolongado, incomunicación coactiva (salvo por razones excepcionales), ausencia de ventilación y luz natural en las celdas, falta de higiene, restricciones indebidas al régimen de visitas., falta de agua potable, etc. A su vez, el Tribunal ha identificado como deber del Estado de proporcionar Salud, bienestar mínimo y asistencia médica, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre ellos.<sup>40</sup> La afectación de estos derechos, en numerosos casos, se ha planteado en clave estructural. Así, se ha puntualizado como existen factores culturales que condicionan la violación de los derechos en la magnitud identificada.<sup>41</sup>

Ha recibido atención especial la afectación interseccional de mujeres privadas de su libertad, en particular mujeres embarazadas y en lactancia, quienes deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. La Corte Ha señalado que el daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres.<sup>42</sup>

Todo ello reclama una tutela acorde, que, incluso, no puede verse limitada por aspectos económicos, ya que el estado no puede invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y no respeten la dignidad del ser humano<sup>43</sup>.

#### IV. Experiencias de tutela estructural

La problemática golpeó las puertas de la jurisdicción constitucional latinoamericana, recibiendo respuestas de diversas índoles, encabezadas por los casos pio-

---

<sup>39</sup> Vr. CorteIDH Caso Penal Castro Castro citado, párr.314, 316, 323, 325, Vélez Loor párr. 216, etc.

<sup>40</sup> Corte IDH, caso Caso Yvon Neptune Vs. Haití.Fondo, Reparaciones y Costas. 6 mayo de 2008 párr. 130, Vélez Loor 216 cit., párr. 218

<sup>41</sup> Corte IDH, caso CASO Velez Loor vs. Panama, 23 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 198, Serie C, 218.

<sup>42</sup> CorteIDH Caso Castro Castro, cit, párrs. 303 a 308.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso Velez Loor cit., 198, 2007

neros decididos por la Corte Constitucional Colombiana, y luego multiplicadas en diversos países, entre los que podemos citar incluso a Brasil, Uruguay<sup>44</sup>, etc.

En las sentencias T-153 y T-606 la Corte Constitucional, luego de describir un escenario generalizado de negación de derechos humanos básicos que se extendía a múltiples procesos y a varios establecimientos carcelarios («estado de cosas inconstitucional»), y de puntualizar la omisión por las autoridades responsables del cumplimiento de los deberes constitucionales, dictó decisiones de ejecución multisectorial en diálogo con éstas, incluso en materia presupuestaria.

En el primero de los procesos solo eran demandados el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y el Ministerio de Justicia, sin perjuicio de ello, la Corte, en miras a dotar de efectividad a su decisión, requirió a distintas ramas y órganos del Poder Público que tomen las medidas adecuadas en miras a la solución del problema «... con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política».<sup>45</sup>

Osuna ha señalado como notas comunes a este conjunto de decisiones, la verificación de los siguientes aspectos: 1) vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número masivo de personas, 2) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar esos derechos, 3) adopción de prácticas contrarias a la constitución, 4) omisión en la expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias, 5) existencia de un problema social que requiere la actuación articulada de diversas entidades, junto a medidas multisectoriales, que reclama un esfuerzo presupuestal importante, 6) que si se procurara la tutela mediante procesos individuales, se generaría congestión judicial.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Me remito en este punto a Risso Ferrand, Martín, (2015) en «Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado «Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia», en «La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales», Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Konrad Aenauer Stiftung, nro. 5. Ed. Victor Bazan, Colombia 2015, pp. 117 y ss

<sup>45</sup> *Idem*, p. 96. La Corte comunicó la existencia del estado de cosas inconstitucional constatado a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y jurisdiccional Disciplinaria del consejo Superior de la judicatura; al Fiscal Federal de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Entre las órdenes dictadas, figura la elaboración de planes, su supervisión por otros organismos (como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación), así como la instrucción al Ministerio de Justicia y al de Hacienda en miras a que tomen medidas presupuestales necesarias para superar la situación estructural a que refiere.

<sup>46</sup> Osuna, Néstor, (2015), «Las sentencias estructurales», Tres ejemplos de Colombia, en Bazán, Víctor, Coord. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, La protección de los Derechos sociales. Las sentencias estructurales*, nro. 5, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, p. 113.

De lo expuesto se concluye que, en principio, la doctrina del estado de cosas inconstitucional habilitó el control de inconstitucionalidad por omisión<sup>47</sup>, e implicó la adopción de fórmulas de diálogo inter poderes por parte del máximo intérprete constitucional del país.

Cabe puntualizar que en estos procesos también se han diseñado elementos deliberativos con la sociedad, no solo colaborativos inter poderes como las audiencias públicas y los «grupos de seguimiento» en los que participan varios grupos intermedios: «por medio de ellos, la participación de la población civil se incrementa y la democratización en la construcción e implementación de políticas públicas se convierte en realidad».<sup>48</sup>

En efecto, se ha señalado que «los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento... la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos».<sup>49</sup>

## V. La experiencia argentina de «*habeas corpus* estructural»

En el caso «Verbisky» el titular de una organización de la sociedad civil interpuso acción de *habeas corpus* colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, tanto aquellos superpoblados, como aquellos cuyo alojamiento debería desarrollarse en centro de detención especializados, señalando que tales condiciones no respetan las reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos<sup>50</sup>. Primera instancia y la Corte provincial rechazaron el planteo, por lo que el CELS recurrió a la Corte Suprema argentina.

---

<sup>47</sup> Tal aspecto es concluido de manera positiva por Risso Ferrand, Martín (2015), pp. 117 y ss.

<sup>48</sup> Osuna (2015), p. 112.

<sup>49</sup> Osuna (2015), p. 115, con cita a Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, «Cortes y Cambio Social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, Bogotá, Dejusticia, 2012, pp. 52 y ss.

<sup>50</sup> Entre ellas mencionó el cubaje mínimo por interno, las condiciones de aireación, iluminación, calefacción y sanidad, cantidad de camas, seguridad para el descanso, contacto diario con el aire libre, posibilidad de desplazamiento, acceso a servicio médico, educación y trabajo, circunstancias estas que el Estado provincial no satisfacerla siquiera mínimamente, lo cual incrementaba las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia

El tribunal dio curso a la acción de Habeas Corpus colectivo<sup>51</sup>, interpretando extensivamente el artículo 43 de la Constitución Nacional, admisorio del amparo colectivo, y dictó una sentencia aditiva considerando lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos de incidencia colectiva —discriminación, consumidor, ambiente—, «con igual o mayor razón la Constitución otorgaba las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla...».

En cuanto al fondo del asunto en análisis, la Corte verificó la existencia de una situación de superpoblación carcelaria atentatoria contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad, y que el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires eran «presos sin condena», atento no haberse dictado sentencia firme en sus procesos penales. Tuvo en cuenta además que en numerosas comisarías se encontrarían privados de su libertad menores y enfermos.

El Tribunal agregó que la legislación sobre prisión preventiva «prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional que sigue la legislación nacional». En consecuencia exhortó a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación. Asimismo, un criterio similar fue adoptado al exhortarse a los poderes de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación. Se trata al respecto de una decisión exhortativa, apelativa o «con aviso»: por constitucionalidad precaria, en su variable de normas aparentemente inconstitucionales.<sup>52</sup>

En definitiva, a la par de exigir se haga cesar la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos, requirió se informe periódicamente las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos, encomienda al mismo la convocatoria de una mesa de diálogo con el CELS, las ONG que son amicus y la sociedad civil, e instruye a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional. En el plano legislativo exhorta a los Poderes Legislativos y Poder Ejecutivo de la Provincia que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcela-

---

<sup>51</sup> CSJN, Fallos: 328:1146

<sup>52</sup> SAGÜÉS, Néstor P, Las sentencias constitucionales exhortativas («apelativas» o «con aviso»), y su recepción en Argentina, L.L. 2005 F 1461.

ción a los estándares mínimos internacionales. Como se ve, el caso presenta múltiples exhortaciones, que abarcan a un tribunal provincial, Poder Ejecutivo y Poder legislativo provincial, e incluso la creación de una mesa de diálogo, elementos propios de un proceso estructural.

Más de quince años después de la sentencia, la Corte Provincial sostuvo que el reclamo debía tenerse por satisfecho, y que los nuevos cuestionamientos debían dar a lugar nuevos habeas corpus. Ello que fue rechazado por el máximo tribunal argentino, entendiendo que, en términos fácticos, los derechos de las personas privadas de su libertad no se han respetado.

Explica el juez Rosatti se aboca a las dificultades de ejecución de las decisiones estructurales. Sostiene que debido a la naturaleza compleja y pluricausal de los conflictos, su solución demanda la modificación de políticas públicas y/o de prácticas institucionales. A ello se suma el tipo de obligaciones impuestas en estas decisiones, que no siempre se efectiviza en medidas concretas sino en la enunciación de objetivos generales. Agrega que la ejecución de esta clase de sentencias importe un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose —no obstante— el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva.

## VI. El proceso constitucional idóneo para la tutela estructural

En numerosos casos, los procesos tendientes a tutelar los derechos de personas frente a la discriminación estructural aparecen imbricados en pretensiones colectivas, individuales, e incluso de manera conjunta<sup>53</sup>. Esto repercute en que el andamiaje procesal que diseña tales procesos no responda de manera adecuada a la naturaleza estructural del conflicto.

Si la causalidad del conflicto tiene base estructural, el proceso individual o colectivo clásico, puede, en el mejor de los casos, paliar la situación de una, e incluso un grupo de personas, pero no va a poder revertir los factores estructurales de violación de derechos. Por eso tanto el debate como la decisión en procesos subjetivos bipolares clásicos no son, *per se*, idóneos. La falta de idoneidad del mecanismo procedimental de tutela impacta en que la decisión adoptada no siempre logra tener la efectividad buscada en términos de vocación transformadora de las

---

<sup>53</sup> Puede citarse como ejemplo el caso «Sisnero», Fallos: 337:611.

causales que confluyen, de manera policéntrica, en el sostenimiento de la discriminación estructural<sup>54</sup>.

La CorteIDH ha desarrollado las exigencias del derecho a contar con un remedio o garantía de tutela de los derechos (artículo 25 CADH), exigiendo que sea efectivo. En concreto, la efectividad tiene que ver con la capacidad potencial del recurso, en una dimensión jurídica (idoneidad procesal) y fáctica, de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho.<sup>55</sup> En tal entendimiento, un litigio estructural, que responda y se adapte, tanto procedimentalmente como en su decisión, a la naturaleza estructural del conflicto y de la causalidad compleja de la violación de derechos, puede satisfacer la idoneidad citada.

En cuanto al debate, el proceso clásico es bipolar, donde alternan frente al juez dos posiciones antagónicas (actor y demandado), es decir dos intereses unitarios diametralmente opuestos.<sup>56</sup> En contrario, el proceso estructural debe ser omnicompreensivo, policéntrico<sup>57</sup> multipolar, que permita integrar a todos los actores involucrados en la causalidad compleja propia de la violación estructural de los derechos. Las posiciones pueden no ser antagónicas, incluso el afectado puede haber contribuido a una causalidad.

Al ser un proceso de estructura flexible y con partes que actúan bajo el principio colaborativo, exige ser coordinado bajo una figura de un juez con fuertes potestades de gestión judicial (case management), con el recurso al principio de adaptabilidad de las formas<sup>58</sup>, que habilite abrir instrumentos que permiten escuchar a todas las voces, como la figura de los «amigos del tribunal», audiencias públicas, la participación potenciada.

Debe también otorgarse carácter dinámico del marco del debate (causa petendi) que pueda amoldarse a la película del conflicto, a las variantes dinámicas sociales de discriminación y las mutaciones en el colectivo involucrado.

Asimismo, la naturaleza del conflicto estructural exige la necesidad de considerar elementos extrajurídicos que evidencien, por ejemplo, la influencia de los estereotipos culturales, o patrones coyunturales que actúan como causa de la afec-

---

<sup>54</sup> Un ejemplo de las dificultades de adaptación de los procesos estructurales al diseño procesal bipolar clásico, incluso colectivo, puede encontrarse en los casos «Castillo» Fallos: 340:1795 y «Mendoza, Silvia», Fallos: 331:1622 donde la dinámica de la causa petendi exigió replantear en numerosas oportunidades la litis contestatio, entre otros aspectos.

<sup>55</sup> CorteIDH, OC 9/87,

<sup>56</sup> Me remito en torno al diseño del proceso estructural a Francisco Verbic, «Más allá del papel», Editores del Sur, capítulos obrantes en pp. 59, 117, y 205. Ver, asimismo, Sagüés, María Sofía, «Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico», op., cit.

<sup>57</sup> Puga, op. cit., p. 49.

<sup>58</sup> Vr. Rojas, Jorge, «Dimensión convencional de la Reforma Procesal Civil», disponible en <http://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2019/07/Dimensi%C3%B3n-convencional-de-la-reforma-procesal-civil.pdf>



tación estructural, lo que requiere la incorporación de datos extrajurídicos, especialmente económicos y sociológicos, por lo que el proceso debe permitir garantizar una perspectiva interdisciplinaria, en particular al introducir datos sociológicos. Esta referencia al dato sociológico encuentra basamento en la naturaleza del conflicto sobre el que se aboca la medida, ya que el enfoque de la desigualdad estructural.<sup>59</sup>

Un importante antecedente de utilización de evidencia sociológica es el caso «*Brown vs. Board of education*»,<sup>60</sup> donde la Suprema Corte estadounidense se basó en informes, cuasi experimentos, etc. para sostener su criterio de que la segregación es inherentemente desigualitaria.<sup>61</sup> Pueden también encontrarse ejemplos en el recurso al dato extra jurídico, en particular sociológico, en casos de litigio estructural desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema Argentina, en particular relativos a hacinamiento carcelario que hemos desarrollado, entre otros.<sup>62</sup>

Finalmente, con relación a la sentencia, frente a la nota retrospectiva propia del proceso clásico, el estructural debe ser prospectivo, es decir, mirar al futuro, abandonar una lógica adjudicativa y la idea de un proceso autosuficiente, donde el remedio se agota en reconocimiento del derecho invocado en la demanda, y proyectarse en órdenes de implementación continua y prolongada. Aparecen así los mecanismos de ejecución proyectados, que organizan de manera cooperativa múltiples agentes (mesas de diálogo), incluso delegando aspectos en actores claves (micro gestión), lo que permite dotar de efectividad a las políticas públicas sobre las que se proyecta.

La cosa juzgada debe ser dinámica, es decir, que habilite la adaptación continua de la sentencia a las necesidades de la micro gestión del caso, la fluctuación de la afectación estructural de derechos e incluso las mutaciones de las decisiones adoptadas por las políticas públicas del Estado.

Las características mencionadas permiten al proceso estructural dotar de idoneidad procesal y eficacia fáctica a la tutela judicial de esa vocación transformadora de la sociedad y, en definitiva, contribuir de una manera más eficiente en la construcción de una sociedad sin excluidos.

---

<sup>59</sup> Ver Saba, *op. cit.*, p. 30.

<sup>60</sup> 347 U.S. 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954). Vr. Sagüés, María Sofía, Dinámica política del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En la revista de la Universidad Complutense de Madrid, Nro. 5, pp. 125/195.

<sup>61</sup> High Court Case Summaries, Constitutional law, West Group, 2001, p. 84.

<sup>62</sup> Me remito a este punto a Sagüés, María Sofía, «*Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana*», en «El constitucionalismo transformador en el siglo XXI», en homenaje a Humberto Nogueira Alcalá, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, que está en prensa.

## VII. Inconvencionalidad por omisión de remedios estructurales idóneos

Ahora bien, no existen antecedentes de previsiones legislativas de procesos estructurales, y de habeas corpus estructural en particular. Frente a la falta de legislación, ¿pueden los magistrados para brindar una respuesta idónea en la tutela de la discriminación estructural?

La respuesta no debe decantar en la no tutela. La falta de desarrollo por el poder legislativo de una ley formal que reglamente la figura del proceso colectivo, no puede conllevar la frustración del derecho de igualdad (comprendido de la veda de discriminación estructural) y el derecho a su tutela judicial efectiva. Nos encontramos frente a un supuesto de inconvencionalidad e inconstitucionalidad por omisión, que exige una respuesta por parte de los operadores jurisdiccionales que garantice la plena vigencia de los derechos.<sup>63</sup>

Ello se desprende necesariamente, tanto de la noción de «fuerza normativa de la Constitución» como de las obligaciones asumidas por los Estados que suscribieron la CADH.

En efecto, la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución, predica de ella su vigor normativo, y, en consonancia, su vocación de efectividad.<sup>64</sup> En tal sentido «para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.»<sup>65</sup>

Tal ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, señalando que «la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional

<sup>63</sup> Respecto al control de la inconstitucionalidad por omisión, me remito a Sagüés, María Sofía, *Las Garantías del Control de la Inconstitucionalidad por Omisión*. «Garantías y Procesos Constitucionales», en María G. Ábalos, Coord. Ed. Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389 a 425.

<sup>64</sup> Hesse, Konrad, «*Escritos de derecho constitucional*», traducido por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 61.

<sup>65</sup> Bidart Campos, Germán, «*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*», Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 21, citado expresamente por la CSJN en el fallo dictada en la causa CSJ 5207/2014 «P. S. M. y otro s/ homicidio simple», dictada en fecha 26 de diciembre de 2019, Fallos: 342:2389.

no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental...»<sup>66</sup>

A su vez, esta orientación es consistente con la exigencia convencional establecida en el artículo 2° de la CADH, al regular las obligaciones de los estados consagradas en dicho instrumento, estableciendo 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».

En efecto, la Corte IDH ha sido clara en indicar que en el marco de tales medidas «legislativas o de otro carácter» que debe adoptar el Estado, se encuentran no solo las legislativas y administrativas, sino también las decisiones y prácticas jurisdiccionales. Así, por ejemplo, ha señalado que «en cumplimiento del referido artículo 2 el Estado debe garantizar [ ] la aplicación de las normas existentes en el ordenamiento y, en caso de que éstas sean insuficientes, adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras — que sean eficaces para garantizar la protección contra dicha violación».<sup>67</sup>

En mérito a lo expuesto, la ausencia en la previsión legislativa de normas procesales que permitan el desarrollo de un proceso estructural conllevaría la negación de brindar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas (artículos 25 y 8.1, CADH) de un derecho constitucional y convencional como la igualdad y la no discriminación, de los que cabe predicar operatividad. En ese entendimiento, los tribunales se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el bloque de constitucionalidad, aun ante omisiones de las normas legislativas necesarias para su operatividad.<sup>68</sup>

En definitiva, consideramos aplicable al conflicto estructural lo sostenido en general por Antonio A Canção Trindade: «... el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo —sino creativo— que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección.»<sup>69</sup>

<sup>66</sup> CSJN, Ekmekdjian, Miguel Ángel, Fallos: 315:1492; «Badaro, Adolfo Valentín», Fallos: 329:3089 y Fallos: 342:2389, citada precedentemente, considerando 9°.

<sup>67</sup> Corte IDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, Párrafo 244, vr. arg. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, Párrafo 235, citadas por CSJN, Fallos: 342:2389, considerando 10°.

<sup>68</sup> Arg. CSJN, Fallos: 342:2389 citado, considerando 11.

<sup>69</sup> Canção Trindade, Antonio A, «*El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*», Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001

## VIII. Conclusión

Las condiciones inhumanas en que las personas se encuentran privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios es un elemento que confronta de manera palmaria con las exigencias convencionales y constitucionales relativas a sus derechos. La jurisdicción constitucional en Latinoamérica se ha preocupado de manera enfática en este tema, no siempre con éxito.

El mayor desafío es que los elementos que condicionan esta realidad se encuentran imbricados estructuralmente en la sociedad, por lo que, para su superación, es necesario la instrumentación de remedios idóneos, que puedan comprender la magnitud del conflicto y responder con vocación transformadora de las prácticas, estereotipos y otros elementos estructurales, a fin de revertirlos: el *habeas corpus* estructural.

Frente a estas exigencias, la respuesta no puede frustrarse por la omisión de previsión de instrumentos procesales idóneos. En todo caso, la fuerza normativa de la Constitución, y los compromisos internacionales adoptados en el marco de la CADH, aportan a los jueces de principios idóneos para aportar una respuesta efectiva en miras a la construcción de una sociedad más justa, sin exclusión.

Anexo  
Programa del XII Encuentro Iberoamericano de  
Derecho Procesal Constitucional



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES  
SENADO  
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



SENADO



Con la colaboración de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW



MAX PLANCK INSTITUTE  
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW  
AND INTERNATIONAL LAW

CONVOCAN AL

***XII ENCUENTRO IBEROAMERICANO  
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL***

**LA GARANTÍA  
JURISDICCIONAL  
DE LA CONSTITUCIÓN**

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

**Madrid, 9, 10 y 11 de marzo de 2022**

# PROGRAMA DE ACTIVIDADES

**Miércoles 9 de marzo de 2022**

**Senado**



## ACTO INAUGURAL

### Palabras de bienvenida

16:00-16:45

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*

Mariela Morales Antoniazzi, *referentin para América Latina del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*

Ricardo Alonso García, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*

Pedro Salazar Ugarte, *director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

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

Ander Gil, *presidente del Senado*

Mensaje inaugural del presidente del Tribunal Constitucional, Pedro González-Trevijano

Presentado por Yolanda Gómez, *directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

### Conferencia inaugural: "La Costituzione è il nostro compito"

17:00-17:45

Gustavo Zagrebelsky, *presidente honorario de la Corte Costituzionale de Italia*

Presentado por Javier García Roca, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

### Mesa 1: Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional

18:00-20:00

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 1992-1995*

Álvaro Rodríguez Bereijo, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 1995-1998*

Pedro Cruz Villalón, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 1998-2001*

María Emilia Casas Baamonde, *presidenta emérita del Tribunal Constitucional 2004-2010*

Pascual Sala Sánchez, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 2011-2013*

Francisco Pérez de los Cobos, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 2013-2017*

Juan José González Rivas, *presidente emérito del Tribunal Constitucional 2017-2021*

Modera Ricardo Alonso García, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*



## Jueves 10 de marzo de 2022

### Centro de Estudios Políticos y Constitucionales



#### Mesa 2: In memoriam Héctor Fix-Zamudio (1924-2021): legado al derecho procesal constitucional

9.00-9:45

Manuel Aragón Reyes, *catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*  
Carlos Ayala Corao, *profesor de la Universidad Central de Venezuela*  
Allan Brewer Carías, *profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*  
Domingo García Belaunde, *profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú*  
Cecilia Mora Donato, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*  
Néstor P. Sagués, *profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires*

Sala de tapices (Plenaria)



Modera Pedro Salazar, *director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

#### Mesas simultáneas

10.00-12:00

#### Mesa 3: Tribunales constitucionales y democracia

Sala de tapices

Manuel Aragón Reyes, *catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*  
Allan R. Brewer Carías, *profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*  
Laurence Burgogue-Larsen, *profesora de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
Pedro Salazar, *director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Modera Yolanda Gómez Sánchez, *directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

#### Mesa 4: Nombramiento de jueces constitucionales: sistemas y procedimientos

Capilla

Germán Fernández Farreres, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*  
Rubén Hernández Valle, *profesor de la Universidad de Costa Rica*  
Andrea Pozas Loyo, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*  
Roberto Romboli, *profesor de la Università di Pisa*

Modera María Roca, *catedrática de la Universidad Complutense de Madrid*

## Mesa 5: Interpretación constitucional y convencional

Sala de juntas

José Luis Caballero, *profesor de la Universidad Iberoamericana*

Raúl Canosa, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Eduardo G. Esteva Gallicchio, *director del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay*

Francisca Pou Giménez, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Modera Javier García Roca, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

12:00-12:30 Pausa para café

## Mesas simultáneas

12:30-14:30

## Mesa 6: Control de convencionalidad en América Latina

Capilla

Carlos Ayala Corao, *profesor de la Universidad Central de Venezuela*

Ernesto Rey Cantor, *profesor de la Universidad Libre de Colombia*

Pablo Saavedra Alessandri, *secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Daniela Salazar, *jueza de la Corte Constitucional de Ecuador*

Modera Néstor P. Sagués, *profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires*

## Mesa 7: Independencia judicial: desafíos en los sistemas democráticos

Sala de tapices

Paloma Biglino, *catedrática de la Universidad de Valladolid*

Rafael Bustos Gisbert, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Hugo Concha Cantú, *investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Juan Silva Meza, *expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*

Modera Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *magistrado del Tribunal Supremo*

## Mesa 8: Amparo constitucional

Sala de juntas

José Manuel Chozas Alonso, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Gerardo Eto Cruz, *exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú*

María Elisa Franco Martín del Campo, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Fernando Rentería Barragán, *investigador de posdoctorado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Modera Faustino Cerdón Moreno, *catedrático de la Universidad de Navarra*

14:30-16:30 Receso para almuerzo

## Mesas simultáneas

16:30-18:30

### Mesa 9: Órganos y sistemas de justicia constitucional en Europa y América

Sala de tapices

Karina Ansolabehere, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Humberto Nogueira, *profesor de la Universidad de Talca*

Néstor P. Sagués, *profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires*

Alejandro Saiz Arnaiz, *catedrático de la Universitat Pompeu Fabra*

Moderar Encarnación Roca Trías, *vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional*

### Mesa 10: Protección de los derechos sociales

Capilla

Juan Manuel Acuña, *profesor de la Universidad Panamericana*

Víctor Bazán, *profesor de la Universidad Católica del Cuyo*

Rodrigo Gutiérrez, *investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Juana María Ibáñez Rivas, *investigadora del Groupe d'Études en Droit International et Latino-américain de La Sorbonne*

Luis Jimena Quesada, *catedrático de la Universitat de València*

Moderar Encarnación Carmona Cuenca, *profesora de la Universidad de Alcalá*

### Mesa 11: Acción de inconstitucionalidad de leyes y conflictos competenciales entre órganos y poderes del Estado

Sala de juntas

Joaquín Brage Camazano, *magistrado*

Ana Carmona, *catedrática de la Universidad de Sevilla*

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *magistrado del Tribunal Constitucional del Perú*

Marcos del Rosario, *coordinador general de la Escuela de Derecho del ITESO*

Moderar Emilio Pajares Montolío, *subdirector del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

## Mesa 12: In memoriam Pablo Pérez Tremps (1956-2021): legado a la justicia constitucional

18:45-19:30

Luis Aguiar de Luque, *catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*  
Ricardo Alonso García, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*  
Itziar Gómez Fernández, *letrada del Tribunal Constitucional*  
Rubén Hernández Valle, *profesor de la Universidad de Costa Rica*  
Ana Ovejero, *asesora del Defensor del Pueblo*  
Alejandro Saiz Arnaiz, *catedrático de la Universitat Pompeu Fabra*  
Miguel Revenga Sánchez, *catedrático de la Universidad de Cádiz*  
Roberto Romboli, *profesor de la Università di Pisa*  
Salvador Vives, *director de la editorial Tirant lo Blanch*

Moderar Luis López Guerra, *catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Sala de tapices (plenaria)





GOBIERNO DE ESPAÑA  
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES



SENADO



HDPC  
INSTITUTO HIBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



MAX PLANCK INSTITUTE  
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW  
AND INTERNATIONAL LAW

XII ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España

## Viernes 11 de marzo de 2022

### Centro de Estudios Políticos y Constitucionales



#### Mesas simultáneas

10.00-12:00

#### Mesa 13: Control de convencionalidad y control de europeidad

Capilla

Ricardo Alonso García, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*

Francisco Balaguer Callejón, *catedrático de la Universidad de Granada*

Itziar Gómez Fernández, *letrada del Tribunal Constitucional*

Luis López Guerra, *catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Moderar Raúl Canosa, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

#### Mesa 14: Covid-19, parlamento y justicia constitucional

Sala de tapices

Piedad García-Escudero, *catedrática de la Universidad Complutense de Madrid*

Alfonso Herrera García, *profesor de la Universidad Panamericana*

Cecilia Mora Donato, *investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*

Rafael Rubio Núñez, *profesor de la Universidad Complutense de Madrid*

Moderar Paloma Biglino, *catedrática de la Universidad de Valladolid*

#### Mesa 15: Sentencia constitucional y convencional: contenido, efectos y ejecución

Sala de juntas

Giovanni Figueroa Mejía, *profesor de la Universidad Iberoamericana*

Javier García Roca, *catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Osvaldo Alfredo Gozaíni, *profesor de la Universidad de Buenos Aires*

Argelia Queralt, *letrada del Tribunal Constitucional*

Moderar Francisco Javier Díaz Revorio, *catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha*

12:00-12:30 Pausa para café

#### Mesas simultáneas

12:30-14:30

#### Mesa 16: Igualdad, no discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad

Sala de tapices

Encarnación Carmona Cuenca, *profesora de la Universidad de Alcalá*

Laura Clérico, *profesor de la Universidad de Buenos Aires*

Ricardo Ortega, *director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*  
Flávia Piovesan, *profesora de la Universidade de São Paulo*  
Fernando Rey, *catedrático de la Universidad de Valladolid*

Moderadora Mariela Morales Antoniazzi, *referentin para América Latina del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*  
Morales Antoniazzi, *investigadora del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*

## Mesa 17: Libertad de expresión, intimidad y nuevas tecnologías

Capilla

Rogelio Flores Pantoja, *director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*  
Ignacio García Vitoria, *profesor de la Universidad Complutense de Madrid*  
María Garrote de Marcos, *profesora de la Universidad Complutense de Madrid*  
Sabrina Ragone, *profesora de la Università di Bologna*  
Miguel Revenga Sánchez, *catedrático de la Universidad de Cádiz*

Moderadora Cristina Izquierdo Sanz, *profesora de la Universidad Autónoma de Madrid*

## Mesa 18: Hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información

Sala de Juntas

Hermógenes Acosta, *exmagistrado del Tribunal Constitucional de República Dominicana*  
José María Coello de Portugal, *vice decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*  
José Palomino Manchego, *profesor de la Universidad Mayor de San Marcos*  
Sofía Sagués, *profesora de la Universidad de Buenos Aires*

Moderador José Julio Fernández Rodríguez, *catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela*

## CEREMONIA DE CLAUSURA

14:45

Sala de tapices (plenaria)

Ricardo Alonso García, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*  
Pedro Salazar Ugarte, *director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*  
Yolanda Gómez Sánchez, *directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

## **Para asistir presencialmente o seguir en línea el encuentro**

Cualquier persona interesada podrá participar en una u otra modalidad en las actividades del encuentro, conforme a la disponibilidad de los aforos (limitados por razones sanitarias y de seguridad) y a los medios de las instituciones que las organizan.

En relación con el acto inaugural, que tendrá lugar el miércoles 9 en el Senado, será retransmitido por los servicios de la Cámara y se podrá seguir desde [https://www.senado.es/streaming/emisiones\\_streaming\\_5.html](https://www.senado.es/streaming/emisiones_streaming_5.html)

Para asistir presencialmente es necesario enviar antes del lunes 7 un correo electrónico a la dirección [direstudios@cepc.es](mailto:direstudios@cepc.es) indicando apellidos, nombre y número de su documento de identidad.

En relación con las mesas que tendrán lugar el jueves 10 y el viernes 11 en el Centro de Estudios Políticos y Constituciones, es imprescindible la previa inscripción en la página del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (<http://www.cepc.gob.es/agenda>), escogiendo en el formulario correspondiente la modalidad que se desee. Al concluir ese proceso se recibirá un correo electrónico de confirmación que contendrá tres enlaces, cada uno de los cuales permitirá seguir en línea todas las mesas que tengan lugar esos días en cada uno de los espacios previstos (Sala de tapices, Sala de juntas y Capilla), conforme a las previsiones de este programa.

**LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.** Los dos volúmenes de esta obra reúnen las ponencias presentadas con ocasión del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado el 9, 10 y 11 de marzo de 2022 en las sedes del Senado de España y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid. Dicho congreso tuvo como eje temático *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, conmemorando el centenario del Verfassungsgerichtshof Österreich y los cuarenta años del Tribunal Constitucional español.

Se divide en dieciocho capítulos, relativos a temas clásicos y desafíos contemporáneos de la justicia constitucional. Contienen las reflexiones de los presidentes eméritos del Tribunal Constitucional español (reunidos por primera vez) y de más de ochenta constitucionalistas provenientes de 14 países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. A manera de homenaje póstumo, la obra destaca la aportación de dos juristas, muy queridos y respetados en ambos lados del océano, para la consolidación de las ideas de la justicia constitucional y la construcción científica del derecho procesal constitucional iberoamericano: los doctores Héctor Fix-Zamudio (1924-2021) y Pablo Pérez Tremps (1956-2021).

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor.** Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que ha sido presidente y vicepresidente. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor titular por oposición de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor visitante en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor adjunto de la Academia de Derecho Internacional y Derecho Humanitario de la American College of Law (Washington, D.C.). Ha sido investigador o profesor visitante en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania) y en las Universidades de Stanford y Notre Dame, en Estados Unidos. Miembro de más de veinte asociaciones científicas. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* y de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Coordinador de la colección Justicia Interamericana de Tirant lo Blanch, de cuyo consejo científico forma parte.



**MAX PLANCK INSTITUTE**  
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW  
AND INTERNATIONAL LAW

