

Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

Tomo I

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Juan Antonio MAGAÑA DE LA MORA
Emmanuel ROA ORTIZ
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Poder Judicial del Estado de Michoacán



Eduardo

FERRER MAC-GREGOR

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Investigador Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Presidente de los Institutos Iberoamericano y Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* y de la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*.



Juan Antonio

MAGAÑA DE LA MORA

Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido juez de primera instancia y magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; procurador de justicia del estado de Michoacán y presidente del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la misma entidad federativa. También se desempeñó como vicepresidente de la Zona Centro de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA
HISTÓRICA

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

Tomo I

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 818

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales

TOMO I

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
JUAN ANTONIO MAGAÑA DE LA MORA
EMMANUEL ROA ORTIZ
Coordinadores



PODER JUDICIAL | 

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN
MÉXICO, 2018

Primera edición: 30 de abril de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-30-0074-1

ISBN tomo I: 978-607-30-0075-8

CONTENIDO

Presentación	XI
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	

TOMO I

El <i>amparo Justo Prieto</i>	1
Juan Manuel ACUÑA	
El derecho de réplica: una aproximación teórica	17
Juan Ángel ARROYO KALIS	
La evolución del constitucionalismo y las modulaciones constitucionales	35
Boris BARRIOS GONZÁLEZ	
Reflexiones sobre Emmanuel Joseph Sieyès y su obra <i>Qué es el Tercer Estado</i> , así como sus otros aportes a la forja del Estado constitucional	63
Ernesto BLUME FORTINI	
El juicio de amparo a través de su jurisprudencia (1936-2017)	117
Edgar S. CABALLERO GONZÁLEZ	
Panorama general de los antecedentes remotos de la esencia del control constitucional de la ley	129
José Miguel CABRALES LUCIO	
La Constitución de Cádiz como fuente del derecho constitucional de Venezuela	149
Jesús M. CASAL H.	

La reforma constitucional en materia de juicio político	177
Edgar DANÉS ROJAS	
Consideraciones sobre la protección no jurisdiccional de los derechos humanos y la figura del Ombudsman en México.....	183
Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE	
La justicia constitucional local y el control constitucional y convencional	205
Sonia ESCALANTE LÓPEZ	
La convencionalización del derecho en la encrucijada: reflexiones en torno a una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.....	221
Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	
2010: Doscientos años de una nación que no sabe que lo es	235
Rafael ESTRADA MICHEL	
Juicio de amparo mexicano y proceso constitucional de amparo peruano. Sus antecedentes novohispanos: los amparos coloniales ..	253
Gerardo ETO CRUZ	
Sobre el “derecho a la educación” y el “derecho a la salud”. (A propósito de la “interseccionalidad” de la discriminación y de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).....	273
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Devaneos de la jurisprudencia constitucional peruana: a propósito de la “sentencia interlocutoria denegatoria”	293
Domingo GARCÍA BELAUNDE	
Selección y revisión de tutela por la corte constitucional: ¿nuevo litigio constitucional?	303
Ana GIACOMETTE FERRER	

TOMO II

Los antecedentes de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	1
Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ	
La evolución del control abstracto de constitucionalidad de la ley en México: el nacimiento de la acción de inconstitucionalidad	19
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Historia del derecho procesal constitucional en México: el origen del juicio de amparo en Yucatán en 1840	49
José Ramón NARVÁEZ H.	
Derecho a la jurisdicción, tribunales independientes y jueces imparciales como estándar mínimo de respeto de los derechos de las personas en la Constitución y en el sistema interamericano.	75
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
La primera sentencia de amparo en México (un antecedente de historia constitucional)	105
José F. PALOMINO MANCHEGO	
Perspectiva histórica de la reforma y la teoría constitucional en México ¿Cómo replantear el camino?.....	117
Isaac DE PAZ GONZÁLEZ	
Retos y perspectivas del derecho procesal constitucional local en México	139
Júpiter QUIÑONES DOMÍNGUEZ	
Notas sobre la justiciabilidad y construcción jurisdiccional del derecho a la protección de la salud en México	155
Laura RANGEL HERNÁNDEZ	

Jueces, derechos humanos y responsabilidad institucional	185
Luis Fernando RENTERÍA BARRAGÁN	
¿Justicia constitucional en Apatzingán y Cádiz?.....	219
Mauro Arturo RIVERA LEÓN	
El juicio de amparo: origen y evolución hasta la Constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configura- ción.....	239
Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	
Dos experiencias constitucionales argentinas sobre la transición ha- cia la democracia.....	255
Néstor Pedro SAGÜÉS	
El brigadier Francisco de Arroyave y Beteta: hombre de rayos y de luces (1766-1814)	267
Alberto SAÍD	
Acceso ciudadano a la jurisdicción constitucional especializada . .	283
Jorge SILVERO SALGUEIRO	
El Supremo Tribunal de Justicia. Un acercamiento a su regulación y a la concepción de la justicia en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Española	299
Elisa SPECKMAN GUERRA	
Evolución de los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la justiciabilidad del juicio político ..	311
Makawi STAINES DÍAZ	
¿Para qué ha servido la acción de inconstitucionalidad (1995- 2015)?.....	232
Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA	

PRESENTACIÓN

En el marco de los festejos conmemorativos de los doscientos años del Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana (1815-2015), con sede en Ario de Rosales, Michoacán, se llevó a cabo el VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional en Morelia, del 27 al 29 de octubre de 2015, en el Auditorio “José María Morelos” del Palacio de Justicia.

Teniendo en consideración esta fecha emblemática del bicentenario de la instalación del Tribunal de Ario de Rosales, considerado el primer tribunal federal del país, el congreso precisamente tuvo como eje temático *la perspectiva histórica del derecho procesal constitucional*, sin descuidar aspectos de actualidad en la materia. La presente obra reúne las ponencias que en su momento fueron presentadas, siguiendo con la tradición de los seis congresos mexicanos anteriores, celebrados en Monterrey, Nuevo León (2005); Ciudad de México (2007); Ciudad Victoria, Tamaulipas (2009); Tepic, Nayarit (2011); Toluca, Estado de México (2013), y Hermosillo, Sonora (2014); estando en preparación el VIII Congreso Mexicano que tuvo lugar en Querétaro (2017), en ocasión del centenario de la Constitución federal de 1917.

El mensaje inaugural estuvo a cargo del ilustre investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctor Héctor Fix-Zamudio; seguido de once mesas de trabajo, con la participación de más de cincuenta reconocidos juristas nacionales e internacionales especialistas en la materia, provenientes de Argentina, Bulgaria, Chile, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

A nombre de los Institutos Iberoamericano y Mexicano de Derecho Procesal Constitucional agradezco a las y los ponentes; a los más de cuatrocientos asistentes, y muy especialmente al Poder Judicial del Estado de Michoacán, por su invaluable apoyo para la realización de este magno evento, cuyas memorias hoy aparecen gracias al esfuerzo conjunto entre dicho tribunal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Estamos seguros que los trabajos aquí reunidos contribuirán al fortalecimiento en los estudios y buenas prácticas de esta apasionante disciplina del derecho procesal constitucional, fundamental para la protección de los

derechos humanos y la consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

*Presidente de los Institutos Iberoamericano y Mexicano
de Derecho Procesal Constitucional*

Ciudad Universitaria, febrero de 2017

EL AMPARO JUSTO PRIETO

Juan Manuel ACUÑA*

I

Cuando a mediados de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el ya famoso y multicitado expediente varios 912/2010 produjo una modificación de gran envergadura en nuestro sistema de control jurisdiccional; los jueces del orden común podrían inaplicar leyes por considerarlas incompatibles con el llamado bloque de regularidad constitucional. Por razón de haber reconocido esta facultad a los jueces locales, nuestro sistema de control jurisdiccional adquirió un perfil difuso que convive con el perfil concentrado que se aprecia en el control que el Poder Judicial federal realiza a través del juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

La historia previa es conocida también. Antes de esta resolución tal posibilidad estaba vedada para los jueces locales, si bien este criterio no había sido consistente a lo largo de los años. Lo cierto es que la discusión al respecto se encontraba clausurada por jurisprudencia de la Suprema Corte. Así se había pronunciado en una resolución que generó la tesis 74/99,¹ en la que confirmó la prohibición del control llamado difuso y reiteró el criterio sen-

* Universidad Panamericana. Ciudad de México.

¹ Véase la tesis P.J. 74/99: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les

tado en la tesis 73/99² en la cual había determinado que el control judicial de la Constitución era atribución exclusiva del Poder Judicial federal. Poco tiempo después especificó esta prohibición para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la tesis 23/2002.³

Sobre la improcedencia del control difuso muchos y serios argumentos se han esgrimido, sin embargo, debemos señalarlo, ninguno ha sido decididamente convincente. Por otro lado, en la ejecutoria de la tesis 74/99, la Corte trajo a colación varias tesis pronunciadas con anterioridad en el

permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna al efecto”.

² Véase la tesis P./J. 73/99: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquella. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional, impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí, y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda , en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación”.

³ Véase la tesis P./J.: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado que el Tribunal electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación , cuya competencia es la de garantizar la especialización objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de medios de impugnación en materia electoral, y por otro, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le corresponde en forma exclusiva, conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna, está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral solo puede manifestarse respecto a algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de la ley electoral con el propio ordenamiento supremo, ya que de lo contrario, estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde”.

mismo sentido e hizo suyos los argumentos que sostuvieron la tesis que comentamos, algunos de ellos resultan particularmente interesante a efectos de comprender por qué, como luego analizaremos, a pesar de haberse abandonado esta línea jurisprudencial y haber admitido el control difuso, nos encontramos ante pronunciamientos reticentes o cuidadosos en exceso sobre esta nueva competencia de los jueces mexicanos. En su oportunidad dijo la Corte:

Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para los jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en el juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales.⁴

Para robustecer sus argumentos, la Corte citó una tesis de la Séptima Época:

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA, IMPROCEDENCIA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino, solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal, se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con el 128, que impone a los jueces de los Estados, la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando una Ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que conforme al principio de división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre con la Constitución Federal, cuando dota al Poder judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.

Para clarificar estas ideas procederemos a identificar los argumentos totales vertidos en las resoluciones mencionadas mediante los cuales se sostuvo la prohibición del control difuso: 1) el artículo 133 constitucional parece

⁴ Véase la tesis P.J. 74/99. Ejecutoria.

permitir el control constitucional a los jueces ordinarios; 2) la Constitución ha establecido de manera expresa el control de constitucionalidad depositándolo en el poder federal a través del juicio de amparo; 3) en virtud del sistema de división de poderes, el Poder Judicial está impedido de intervenir en la calificación de constitucionalidad de los actos de los otros poderes (esta sería la regla), a menos que la Constitución de manera expresa lo permitiera. Esto es lo que ocurre con el Poder Judicial de la Federación y su facultad de ejercer el control a través del juicio de amparo; 4) tomando en cuenta la concesión expresa que la Constitución hace al Poder Judicial de la Federación a través de los artículos 103 y 107 constitucionales y sumado al principio implícito por el cual la regla en México es que el Poder Judicial no puede controlar los actos de los demás poderes, el artículo 133 constitucional debe ser interpretado en el sentido de no permitir el control constitucional a los jueces ordinarios; 5) el permitir el control a los jueces locales implicaría la anarquía en la organización y distribución de competencias.

Lo hasta aquí narrado es historia. Al resolver el expediente apuntado se generó la siguiente tesis:

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de un modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar todas las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr la protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.⁵

⁵ Tesis: P. LXX/2011 (9a.).

Lo que contaremos a continuación también es historia pero no una que dejemos atrás, como la que acabamos de contar, sino una que se corresponde con un pasado que se rehabilita.

II

Lo resuelto por la Corte acerca del deber de todos los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución tiene un importante antecedente en el *amparo Justo Prieto*, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la presidencia de Ignacio L. Vallarta, el 17 de septiembre de 1881.

Antes de abordar el estudio de este importante antecedente es preciso realizar algunas aclaraciones acerca del sistema de control jurisdiccional instaurado en México con el acta de reformas de 1847 y la Constitución de 1857. Es a partir de la entrada en vigor de dicha Constitución que se puede afirmar que en México se adoptó un modelo de control jurisdiccional en reemplazo de las anteriores fórmulas de control legislativo. De acuerdo con lo establecido por los artículos 25 del acta de reformas y 101 de la Constitución del 57, los tribunales de la Federación resolverían toda controversia que se suscitara por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran garantías individuales, por leyes o actos de autoridad federales que vulneraran o restringieran la soberanía de los estados y por leyes o actos de las autoridades de los estados que invadieran la esfera de la autoridad federal.⁶

Por diversas razones sobre las que no viene al caso ahondar en este trabajo, el control constitucional se redujo al juicio de amparo, competencia de los tribunales federales claro está, y comenzó a tomar forma la idea de acuerdo con la cual los jueces estatales carecían de competencias en materia de control constitucional pues éstas habían sido establecidas a favor del Poder Judicial federal y mediante un proceso particular.

Como sea, el control constitucional de tipo jurisdiccional comenzó a desenvolverse a través del juicio de amparo. Durante los primeros años de desarrollo del juicio constitucional, no estaba claro si en su marco, los jueces debían o podían realizar control judicial sobre las leyes aplicables al caso. Esta cuestión al parecer comienza a esclarecerse en el famoso *amparo Vega* que es preciso comentar aunque sea someramente por considerar que de alguna manera y en lo relativo al rol del Poder Judicial en materia de control

⁶ Para un estudio pormenorizado véase Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 31 y ss.

de leyes, es un hito precedente del camino que luego siguiera y expandiera el *amparo Justo Prieto*.

El *amparo Vega* es conocido por varias razones. En primer lugar, es recordado por haber sido la primera resolución en la cual la Suprema Corte admitió la procedencia de amparo contra negocios judiciales en contra de lo previsto por el artículo 8o. de la ley de amparo vigente en ese entonces que negaba tal procedencia. Pero el *amparo Vega* debe ser recordado también porque fue con ocasión de ese caso que la Corte ratificó, por un lado, su independencia ante el poder político y, por otro, estableció su facultad de ejercer control constitucional sobre leyes.⁷

El amparo en cuestión versó sobre los hechos que de manera breve a continuación reseñaremos. Miguel Vega era juez en Sinaloa. El Tribunal Superior del estado le revocó una sentencia y en la misma resolución revocatoria le impuso dos penas, por un lado lo suspendió para el ejercicio del cargo de juez por un año y lo inhabilitó para el ejercicio de la profesión de abogado por igual tiempo. Se trató de una doble sanción administrativa que fue impuesta de acuerdo a lo establecido por una antigua ley de las Cortes de Cádiz aún vigente en aquel tiempo para el caso de haber dictado un fallo en contra de ley expresa.⁸

El juez Vega interpuso amparo contra la resolución del Tribunal Superior del estado, a pesar de que el artículo 8o. de la ley de amparo vigente entonces prohibía la procedencia del mismo contra negocios judiciales. Es discutible si la decisión del tribunal de Sinaloa fue un acto judicial. Podría ser considerado formalmente judicial aunque materialmente fue un acto administrativo. Como sea, el juez de amparo entendió que se trató de un acto judicial y en consecuencia desecharon el amparo. Miguel Vega apeló y la Corte, en decisión dividida, revocó el auto del juez. La decisión de la Corte no hizo mención alguna acerca de los motivos de fondo para haber decretado la revocación del auto del juez. La decisión causó gran revuelo y tuvo gran impacto político. A los pocos días de conocida la decisión, el gran jurado del Congreso de la Unión acusó a los miembros de la Corte que votaron a favor de la revocación del auto. La acusación no prosperó pero en las diferentes comunicaciones entre el Gran Jurado y la Corte, este alto tribunal afirmó argumentos que no había explicitado en su sentencia, entre

⁷ Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1988, p. 195.

⁸ Síntesis de los hechos según la narración que ofrece Cabrera Acevedo, *op. cit.*, pp. 195 y ss. Para un estudio pormenorizado de este amparo véase también: González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 290 y ss.

ellos: que el artículo 8o. de la ley de amparo era contrario al artículo 101 constitucional que ordena que sea oída en juicio toda queja por violación de garantías que cometa cualquier autoridad.⁹ Y dijo:

Ahora bien, para nadie puede ser dudoso que cuando una ley pugna con la constitución, los tribunales deben sujetarse a esta y desechar aquella... la Corte tiene la facultad constitucional de declarar en un caso dado que no se aplique una ley del congreso por que es contraria a la constitución. Entonces sería un contrasentido que el congreso juzgara a la corte por esas declaraciones.¹⁰

La resolución del *amparo Vega* es un hito importante en el desarrollo del control constitucional en México. Se trata de un antecedente de la mayor relevancia pues sostiene las prerrogativas de la Corte Suprema en materia de control constitucional de leyes. Entonces, si bien debe ser considerado un antecedente del control judicial de leyes en nuestro país, no lo es de la comprensión de esa misma facultad para los jueces locales. La expansión de la facultad de control judicial a los jueces locales vendría unos años después al resolver el alto tribunal el *amparo Justo Prieto*.

III

El *amparo Justo Prieto* estuvo motivado en los siguientes hechos. El 19 de febrero de 1881, un grupo de sirvientes de un señor llamado Tomás Núñez, presentaron un escrito al juez primero de Hidalgo, Chihuahua, aduciendo que trabajaban desde hacía más de 10 años para este señor, que sus condiciones de trabajo se asemejaban a una situación de esclavitud, y que el patrón les estaba reclamando una deuda muy grande de dinero. Solicitaron que el señor Núñez comparezca para justificar en juicio esas cantidades. El apoderado del señor Tomás Núñez, Miguel Núñez, presentó una queja contra el juez y con

⁹ El artículo 101 de la Constitución Federal de 1857 dispuso: “Los tribunales de la Federación, resolverán toda controversia que se suscite: I- Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados. III- Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal”. En *Colección de las Leyes Fundamentales que han regido en la República Mexicana y de los Planes que han tenido el mismo carácter 1821-1857. Edición Facsimilar Ignacio Cumplido. 1857*, México, Miguel Ángel Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006.

¹⁰ Para un estudio detallado del tenor de las comunicaciones entre la Suprema Corte y el Congreso véase Cabrera Acevedo, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

ocasión de esta presentación de los trabajadores ante el Tribunal Superior de Chihuahua. En esa queja sostuvo que el juzgado se había comportado con morosidad respecto de estos deudores y sirvientes prófugos. El Tribunal Superior, mediante orden del día 12 de marzo, declaró prófugos a los sirvientes y ordenó al juez que los asegure de inmediato. Sus deudas los convierten en reos de hurto. Que en consecuencia deben volver a trabajar para pagar sus deudas, esto, de acuerdo a lo establecido por la Ley 7 sección 11 del estado. El juez, en cumplimiento de esta orden mandó a detener a los sirvientes con fecha 18 de marzo. El día 22 del mismo mes, los sirvientes mediante escrito solicitan al juez los deje en libertad por llevar cinco días detenidos sin auto de formal prisión. Sobre este escrito, el juez solicita consulta al asesor, licenciado Justo Prieto, “quien dijo al Juez que no puede proceder penalmente contra estas personas por solo deber dinero, ni obligarlos a trabajar contra su voluntad, que lo que procede es ponerlos en libertad, sin perjuicio de los derechos de ambas partes”. Prieto sustentó esta opinión en la inconstitucionalidad que apreció en la ley del estado que se estaba aplicando por ser contraria al artículo 5o. de la Constitución federal que prohibía la esclavitud y los trabajos forzados.¹¹

El Tribunal Superior, al enterarse de este dictamen, y con base en el artículo 697 de la ley reglamentaria de justicia del estado, acordó el 19 de abril suspender por dos meses las labores de asesor de Justo Prieto por su desacato de cumplir la orden del 12 de marzo y que se pasen los autos a la Sala Primera del Tribunal para que ésta indague si el asesor ha actuado contra ley expresa. El 24 de mayo, esta Sala determinó que el licenciado Prieto ha consultado contra lo establecido en una ley del estado. En consecuencia, ordenó que se suspendan sus derechos de ciudadano y que se remitan los autos a la Segunda Sala para ser juzgado por el delito de no aplicar la ley expresa.

El licenciado Prieto solicitó amparo a la justicia federal y con fecha 12 de julio el juez de distrito se lo concedió por haber sido violado en su perjuicio el artículo 24 constitucional, a causa de haber sido castigado dos veces por la misma falta, una vez al ser suspendido y la otra al ser consignado ante la primera sala y luego a la segunda. En el caso, Justo Prieto alegó también que en su contra había sido violado el artículo 126 constitucional que establecía el deber de los jueces de aplicar la Constitución a pesar de lo que establezcan las Constituciones y leyes de los estados. El juez no entendió

¹¹ Una síntesis de los hechos del caso puede encontrarse en Vallarta, Ignacio L., *Votos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005, t. III, pp. 384 y ss.

que este artículo hubiera sido violado, entre otras razones, por no contener una garantía individual que pudiera ser violada.¹²

La Corte, al revisar esta resolución del juez de distrito, extendió la protección a Prieto y se pronunció por primera vez a favor de la revisión judicial de leyes por parte de los jueces locales. Veamos.

Dos fueron los argumentos torales de la resolución de la Corte en los cuales se funda este reconocimiento de la revisión judicial para los jueces locales. En primer lugar, la Corte entendió que existió un error por parte del Tribunal Superior de Chihuahua por comprender que el asesor del juez de Hidalgo hubiera revisado su fallo del 12 de marzo. Se trató de una excitativa de justicia para el juez. Por su parte y respecto a lo realizado por Prieto, la Corte señaló que él estaba en toda libertad de manifestar que el procedimiento que el juez estaba llevando adelante era inconstitucional porque se fundaba en una ley, la 7 sección 11 que era contraria al artículo 5o. constitucional y que por imperio del artículo 126 de la misma Constitución, los jueces de cada estado deben arreglarse a la Constitución y no a las leyes que la contradigan.

Había sido apuntado que la razón de ser de la sanción contra Prieto fue la ley de justicia del estado que faculta al tribunal a sancionar a los jueces que desobedecieran sus órdenes o fueran morosos en el cumplimiento de sus resoluciones. A juicio del tribunal local, esto había hecho Prieto. Aquí deben distinguirse dos cuestiones para su análisis: por un lado, qué dijo la Corte sobre el consejo de Prieto al juez para desaplicar la ley de sirvientes y, por otro, qué sostuvo la misma Corte sobre la ley local que mandaba castigar a los jueces desobedientes. Ambas cuestiones están íntimamente vinculadas. El asiento de la nueva facultad al juez se encuentra en uno de los argumentos por los cuales la Corte sostiene la inexistencia de delito en este caso.

Sobre la situación específica de Prieto, sostuvo la Corte que no había causa para penarlo, siquiera encausarlo, pues no se verificó el delito de desobediencia al que aludió el Tribunal Superior cuando un asesor emite opinión que eventualmente acepta el juez. Y que aunque se quisiera suponer que existió el delito indicado, los acuerdos del tribunal que suspenden al licenciado Prieto y ordenan encausarlo, violaban el artículo 24 de la Constitución pues suponen perseguir dos veces el mismo delito. Aquí la Corte sostuvo la inexistencia de delito alguno en que en definitiva el que actuó fue

¹² Las transcripciones de la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Chihuahua y de la sentencia del Juez de Distrito pueden consultarse en: Bolaños Cacho, Miguel, *Los derechos del hombre (integridad personal y real)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, t. II, pp. 209 y ss.

el juez.¹³ Y por otro lado ratificó la decisión del juez de instancia que había concedido el amparo por esta misma causa.

Pero a efectos de nuestro tema, lo más importante es lo que estableció la Corte de manera breve, casi lacónica pero firme y consistente en cuanto a la facultad de los jueces de revisión judicial. En el considerando segundo sostuvo la Corte:

El licenciado Prieto estuvo en su derecho de hacer lo que hizo por cuanto fundó su dictamen en la inconstitucionalidad de la ley de sirvientes en relación al art. 5 constitucional y que de acuerdo al art. 126 de la constitución, los jueces de cada estado deben arreglarse a ella. Esa conducta no puede ser considerada subversiva o anárquica pues si un juez funda una resolución en la anti-constitucionalidad de una norma que la parte pretende se aplique, esta tiene la vía recursiva para que el superior corrija o enmiende el error del inferior.¹⁴

Poco más adelante, en el considerando tercero reafirmó la idea anterior:

Que aun cuando la ley local califique de delito el desobedecimiento de los jueces a los acuerdos u órdenes de los superiores, en el caso no habría delito, porque los jueces no tienen el derecho, sino la estricta obligación de observar preferentemente los preceptos constitucionales cuando las órdenes que se les imparten sean contrarias a esos preceptos.¹⁵

Aquí la Corte sostuvo el deber de los jueces de desobedecer leyes contrarias a la Constitución. De esta forma amplió la protección por entender que se había violado el artículo 126 en perjuicio del juez. El cumplimiento de un deber no puede ser razón para la comisión de un delito. El deber de aplicar la Constitución y no aplicar leyes que la contradigan no puede generar la comisión de un delito, por ello en el caso no hay delito. Hasta aquí la resolución de la Corte.

En esta decisión fue preponderante el pensamiento del presidente del alto tribunal, Ignacio Vallarta, quien emitió un voto particular, más detallado que el fallo, en el cual se encuentran las fuentes de las cuales abrevió la Corte para esta resolución.

¹³ Sostuvo la Suprema Corte en su fallo: “Que por lo expuesto se comprende que no hubo causa legal para penar al Sr. Prieto y mandarlo encausar, puesto que no hay delito de desobediencia que perseguir, cuando un asesor emite su opinión revisable en grado, por haberla aceptado el juez...”. Vallarta, Ignacio L., *op. cit.*, p. 428.

¹⁴ Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Vallarta, Ignacio L., *op. cit.*, p. 427.

¹⁵ *Ibidem*, p. 428.

En su voto particular Vallarta se propuso responder a tres interrogantes:

- 1) ¿Puede la ley secundaria erigir en delito la obediencia de los jueces al artículo 126 de la Constitución?
- 2) ¿Cometen delito alguno el juez o asesor que fallan en contra de ley alguna por considerarla inconstitucional?
- 3) ¿Esta facultad concedida a los jueces locales trastorna la jerarquía judicial e invade competencias de los federales?

En definitiva, con las respuestas a estas preguntas Vallarta procuraría dar fundamento al deber de los jueces de preferir siempre a la Constitución sobre las leyes que la contradigan, es decir, de dar asidero al control judicial por parte de todos los jueces.

Vallarta se encontró con un primer problema que debió abordar antes de dar respuesta a las preguntas que guiarán sus argumentos, pues en el sistema jurídico mexicano tal práctica no tenía precedente. Para superar tal escollo recurrió a las fuentes norteamericanas en las que en aquellas tierras se sustentó la revisión judicial de las leyes y para realizar tal ejercicio de trasplante jurídico necesitaba encontrar la conexión entre ambos sistemas. Tal conector fue el artículo 126 de la Constitución que, en su opinión, era una copia literal de la cláusula de supremacía constitucional contemplada en el artículo 6º. de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁶ Hallada tal conexión, resultó preciso para Vallarta recurrir a la doctrina norteamericana que ha explicado las consecuencias de aquella cláusula de supremacía, no porque nuestro foro deba respetar tal autoridad —dijo Vallarta— sino porque es allí donde podemos encontrar la explicación científica y filosófica —y por ende universalizable— de tal institución y sus consecuencias.¹⁷ Vallarta recurrirá entonces a los fundamentos conocidos: por un lado, a los argumentos vertidos por Hamilton en *El Federalista* 78 y por supuesto a la reiteración que de esos argumentos realizara Marshall al resolver el famoso *caso Marbury vs. Madison* en 1803. Recordemos los argumentos torales apor-tados por estas fuentes:

Sostuvo Alexander Hamilton en *El Federalista* 78:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su

¹⁶ *Ibidem*, pp. 394 y 395.

¹⁷ *Idem*.

significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posea fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, debe preferirse a la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.¹⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó en *Marbury vs. Madison*:

Sin ningún género de dudas, la función y responsabilidad del Poder Judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso. De ese modo, si una ley está en contradicción con la constitución, y si ambas, la ley y la Constitución se aplicarán a un caso particular, entonces el tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la ley rechazando la constitución, o de conformidad con la constitución rechazando la ley. El tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Este es el verdadero sentido de la función judicial. Si los tribunales deben tomar en consideración a la Constitución y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida ley, la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.¹⁹

Sobre la migración válida de tales argumentos para nuestro sistema Vallarta afirmó:

Son de tal modo aplicables esas teorías a nuestro derecho constitucional, que bien se puede tenerlas como su racional y filosófica exposición: abstracción

¹⁸ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, El Federalista LXXVIII, p. 332.

¹⁹ *Marbury v. Madison* (1803) 5 US (1 Cranch) 137. La influencia de este caso en el pensamiento de Vallarta se puede consultar en: Mirow, M. C., “Marbury in Mexico. Judicial Review’s Precocious Southern Migration”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, núm. 1, otoño de 2007, pp. 41-117; *Florida International University Legal Studies Research Papers*, núm. 07-3, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=989973 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2016).

hecha del nombre de los publicistas americanos, sus razonamientos son tan apremiantes, que, aceptado el texto del art. 126 de nuestra Constitución, es necesario llegar hasta las consecuencias que ellos sostienen: la ley es igual aquí y en los Estados Unidos, su filosofía, su inteligencia, debe, en ambos países ser la misma: la autoridad científica de los textos que he citado es irrecusable entre nosotros.²⁰

Una vez defendido el recurso a las fuentes extranjeras, Vallarta procedió a responder a los interrogantes planteados. Sobre las dos preguntas iniciales acerca de si una ley secundaria puede erigir en delito la obediencia a la Constitución y la cuestión vinculada acerca de si un juez comete delito al obedecer a la Constitución, Vallarta respondió de manera rotunda que no:

Si es máxima indisputable la que establece que el juez juzgue de la ley, para no aplicar la inconstitucional, que se arregle a la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que contengan las leyes de los Estados, decidido está que el juez que eso hace, lejos de cometer un delito, cumple con su deber, decidido está que la ley que, confundiendo las irreconciliables nociones de delito y de deber, castiga éste, como pena a aquél, es una ley que se rebela contra la Constitución, que se subleva contra el sentido común.²¹

Por último, Vallarta afrontó la última objeción que a su juicio debe ser confrontada, consistente en el argumento de acuerdo al cual, si se diera a los jueces esta facultad, la anarquía y el desorden reinaría en la administración de justicia. Debe recordarse que este mismo argumento, fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis que muchos años después generarían la jurisprudencia que negó esta facultad para los jueces y que fueran comentadas en la primera sección de este trabajo. Pues bien, Vallarta respondió a estos cuestionamientos más de cien años atrás. Primero, procedió a fijar los términos del cuestionamiento:

La administración de justicia, se dice, se haría imposible con el hecho de someter al criterio de cada juez local, sin exclusión de los de ínfima categoría, cuestiones tan graves y a veces tan difíciles como lo son las constitucionales; desde el momento en que a los jueces sea lícito desobedecer impunemente las leyes, la anarquía se apodera de los tribunales, se relaja la obediencia que los inferiores deben a los superiores, y las doctrinas de la jurisprudencia, la autoridad de las ejecutorias son sustituidas por opiniones divergentes, contradicitorias del libre examen; tanto más infundada debe ser teoría tan peligrosa,

²⁰ Vallarta Ignacio L., *op. cit.*, pp. 402 y 403.

²¹ *Ibidem*, p. 407.

cuanto que la ley suprema encomienda su interpretación, no a los jueces locales, sino a los federales en los juicios de amparo, no pudiendo ni aun estos fijar la inteligencia de un texto constitucional, sino cuando la Suprema Corte ha pronunciado la final y última palabra sobre las cuestiones que él suscite.²²

Las respuestas de Vallarta a este cuestionamiento fueron las siguientes: en primer lugar, pareciera advertir una confusión en quienes defienden el argumento de la anarquía, confusión que nuestro sistema jurídico arrastraría por muchos años, consistente en sostener que como la Constitución encarga el control judicial a los jueces federales a través del juicio de amparo, los jueces locales lo tendrían vedado. Esto es un error, argumentó, por cuanto implica desconocer la literalidad del artículo 126 que refiere expresamente a los jueces de los estados y al deber de estos de preferir a la Constitución contra las Constituciones y leyes de los estados que la contravengan.²³ Asimismo, la defensa del argumento de la anarquía, implicaría asentir que los jueces estatales se conviertan en instrumentos de la tiranía al verse obligado a aplicar leyes inconstitucionales. Lejos de ello, defendió Vallarta la idea de acuerdo a la cual, el Poder Judicial se concibe como un poder independiente que debe “negar su obediencia a las leyes inconstitucionales”.²⁴

Ahora bien, acto seguido, Vallarta apuntará sus argumentos de lleno a la cuestión de la anarquía que los detractores de la facultad de control judicial de los jueces locales señalan que se generaría. No es el caso, sostiene Vallarta, pues las vías recursivas harían posible que las decisiones de estos jueces no quedaran sin revisión y pudieran ser enmendadas por los tribunales superiores. Considerando con acierto que las contradicciones entre las leyes y la Constitución constituyen una antinomia, se preguntó Vallarta por qué razón la solución de esta antinomia generaría anarquía y no se señala la posible actualización de tal nefasta consecuencia cuando esos mismos jueces resuelven cotidianamente antinomias entre leyes. La solución de antinomias no es algo ajeno a la labor judicial y no debería generar la apuntada anarquía.²⁵ La vía recursiva está, entre otras cosas, para solucionar las disparidades de criterios o errores que se pudieran presentar en el ejercicio de dicha labor.

Sobre este punto, Vallarta identifica una falencia en el sistema recursivo vigente en ese momento. En su opinión, el sistema jurídico mexicano

²² *Ibidem*, p. 408.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 410.

²⁵ *Ibidem*, p. 411.

debería incorporar un recurso similar al *writ of error* norteamericano para atender aquellas cuestiones constitucionales que no pudieran ser objeto de tratamiento por la vía del juicio de amparo. Sin embargo, creemos que esta cuestión no resta fuerza a los argumentos defendidos por Vallarta acerca del deber de los jueces locales de realizar el control judicial de leyes.²⁶

IV

La doctrina asentada en el *amparo Justo Prieto* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los argumentos desarrollados por Vallarta en su voto particular no lograron aceptación, y con el tiempo se fortaleció la opinión contraria. De esta forma, los jueces locales fueron privados de la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. El control judicial fue entendido como una atribución exclusiva del Poder Judicial federal que sería ejercida a través del juicio de amparo.

Este derrotero tuvo consecuencias negativas para el desarrollo de la labor de interpretación constitucional en el ámbito de los estados y, con el tiempo, afectó el desarrollo del federalismo judicial. Tuvieron que pasar 134 años desde la resolución de este amparo para que los argumentos de Vallarta fuesen rehabilitados y se admitiera el control judicial de los jueces locales tal como se comentó al inicio de este trabajo; sin embargo, muchas de las prevenciones, temores y prejuicios esgrimidos en los tiempos de Justo Prieto, mantienen cierta presencia.

²⁶ *Ibidem*, pp. 413 y ss.

EL DERECHO DE RÉPLICA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

Juan Ángel ARROYO KALIS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto.* III. *Contenido.* IV. *Objeto.*
V. *La exigibilidad del derecho de respuesta: análisis de la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* VI. *Conclusión.*
VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se exponen los elementos esenciales del derecho de réplica, lo que permitirá comprender el significado y naturaleza de esta relevante figura. En este sentido, dentro del primer apartado se formula una propuesta de concepto; posteriormente, se explican tanto el contenido como el objeto del derecho de réplica, al conformar éstos sus principales piezas estructurales; por último, se realiza una sucinta revisión de la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la que se establecen importantes directrices en torno a la exigibilidad de dicha figura jurídica.

II. CONCEPTO

El derecho de réplica constituye un valioso instrumento para la defensa de la esfera jurídica de las personas frente al poder de los medios masivos de comunicación. Particularmente, se erige como una pieza clave en la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen ante los abusos en los que, en no pocas ocasiones, incurren los medios de difusión en desempeño de su labor informativa, indispensable ésta para el funcionamiento del sistema democrático.

* Maestro en derecho constitucional y derechos humanos por la Universidad Panamericana.

En México, desde 2007, el derecho de réplica (también llamado derecho de rectificación o derecho de respuesta) se encuentra previsto en el párrafo primero del artículo 6o. de la Constitución federal, bajo el siguiente enunciado: “El derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley”.

Como puede observarse, el órgano revisor de la Constitución decidió plasmar en ésta una reserva de ley a fin de diseñar los términos en que el derecho de réplica debe ser ejercido. En otras palabras, la Constitución ordena que sea exclusivamente en una ley en sentido formal donde se regule la instrumentación de este derecho.¹

En el ámbito internacional, el derecho de réplica está contemplado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica), de la que forma parte el Estado mexicano. En este sentido, el referido precepto convencional dispone expresamente lo siguiente:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fúero especial.

Ahora bien, hechas estas breves consideraciones no se puede dejar de reconocer que existen diversas confusiones acerca del propósito que persigue el derecho de réplica, producto del desconocimiento de la naturaleza de esta figura jurídica.

¹ Después de una prolongada inactividad legislativa, el 4 de noviembre de 2015 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la “Ley Reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del Derecho de Réplica”. En términos generales, esta norma se traduce en una provechosa herramienta para hacer frente a la incertidumbre jurídica que imperaba en esta materia en el país, sin que ello impida reconocer que existen algunas cuestiones de la misma que preocupan o al menos generan dudas. Para un primer acercamiento al contenido de dicha norma, véase Arroyo Kalis, Juan Ángel, “Comentarios sobre la ley del derecho de réplica en México”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, fascículo 12, número especial, marzo de 2016, pp. 94-102.

Por ejemplo, se ha llegado a sostener que el derecho de réplica es en realidad una pena o sanción encubierta para los abusos de los medios de comunicación. Según esta postura, el derecho de réplica se traduce en un instituto destinado a restringir la libertad de expresión, dado que se aplica solamente con motivo de su ejercicio, con lo que se estimula una especie de autocensura en los medios de comunicación.²

Se trata de una afirmación errónea. A reserva de lo que se exponga más adelante, debe decirse que el derecho de respuesta existe para que la persona afectada por determinada información emitida por un medio de comunicación pueda acceder a éste con el propósito de defender sus derechos ante la opinión pública, lo que, a su vez, impulsa el equilibrio entre las partes del proceso informativo en aras de que los medios de comunicación no sean, en los hechos, poderes privados ilimitados.

De ahí la importancia de delimitar la naturaleza y alcances de esta figura, para lo cual resulta oportuno, en un primer momento, formular una propuesta de definición.

En este contexto, Francisco Sobrao Martínez apunta que el derecho de réplica es:

Un medio urgente de tutela del derecho al honor, otorgado a las personas naturales y jurídicas que sufren una lesión injusta en su prestigio o dignidad por haber sido citadas o aludidas en un órgano informativo, consistente en la facultad de exigir la inserción del escrito en que se aclaren o rectifiquen los conceptos indebidos, independiente de otras acciones civiles o penales que les pueden corresponder.³

Por su parte, Teodoro González Ballesteros propone definirlo como sigue:

[L]a facultad que se concede a una persona, física o jurídica, que se considere perjudicada en su honor, prestigio o dignidad, por una información, noticia o comentario, publicada en un medio de comunicación social y que le lleva a exigir la reparación del daño sufrido mediante la inserción de la correspondiente aclaración, en el mismo medio de comunicación e idéntica forma en que fue lesionado.⁴

² Cf. Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perron, 2002, p. 303.

³ Sobrao Martínez, Francisco, *Información y derecho de réplica*, Madrid, Editora Nacional, 1974, pp. 11 y 12.

⁴ González Ballesteros, Teodoro, *Los derechos de réplica y de rectificación en la prensa, radio y televisión*, Madrid, Reus, 1981, p. 30.

Finalmente, Humberto Nogueira Alcalá aduce que el derecho de rectificación puede ser entendido de la siguiente manera:

[U]n derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a demandar que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social en las condiciones que determina la ley, pudiendo accionar judicialmente para ello, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una información considerada inexacta, agraviante u ofensiva pueda irrogarle en su honra, vida privada u otro derecho o interés legítimo.⁵

Sobre la base de tales aportaciones doctrinales, así como por lo establecido en el citado artículo 14 de la CADH, el derecho de réplica, rectificación o respuesta puede ser definido como la facultad de toda persona, física o jurídica, que resulte afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de un medio de comunicación, para difundir gratuitamente, en condiciones semejantes y por el mismo órgano informativo, una pronta declaración en torno a tales hechos.

Precisado lo anterior, conviene ahora examinar el contenido y objeto del derecho de réplica, al ser éstos los principales elementos estructurales de dicha figura.

III. CONTENIDO

Es fundamental enfatizar que el derecho de réplica procede, en principio, sólo en contra de informaciones o hechos, y no ante opiniones, ideas o juicios de valor. Esto es así, dado que admitir que el derecho de respuesta sea aplicable a estos últimos provocaría la desnaturalización del mismo en perjuicio de la democracia. En otras palabras, consentir la posibilidad de que el derecho de réplica actúe ante opiniones, ideas o juicios de valor inhibiría su libre manifestación e intercambio en grave detrimento de la libertad de expresión y, por tanto, del sistema democrático.⁶

⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2001, p. 162.

⁶ Como excepción a esta regla, el derecho de réplica puede actuar en contra de opiniones, ideas o juicios de valor que sean formulados a partir de informaciones inexactas. Es menester apuntar que en este caso la réplica tendría que estar dirigida, esencialmente, a revelar la falsedad de los hechos en los que esas opiniones, ideas o juicios de valor se sustentaron,

En respaldo de lo anterior, Néstor Pedro Sagüés ha señalado que:

Es conveniente que el ejercicio del derecho de réplica no ataque juicios de valor, ya que, además de ampliar desmesuradamente al instituto, invitaría a evitar la emisión o publicación de tales apreciaciones, en desmedro de la libre expresión y circulación de ideas. Dicho de otro modo, permitir la réplica para impugnar opiniones, creencias o juicios de valor implicaría un fomento indirecto de la autocensura.⁷

En similar orden de ideas, Humberto Nogueira Alcalá afirma lo siguiente:

[E]l derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideraran controvertidos en sus convicciones por dichas opiniones.⁸

En efecto, en el terreno de las opiniones, ideas y juicios de valor no es deseable exigir siquiera un mínimo de veracidad, ya que ello resulta inviable al tenor de su propia naturaleza; se trata, como señala el autor, de manifestaciones subjetivas que, por definición, responden a una apreciación de la realidad a partir de las condiciones (sociales, culturales, económicas, etcétera) que rodean a quienes las emiten en un tiempo y lugar determinados. Aunado a lo anterior, también es importante precisar que el derecho de réplica no es un mecanismo que pretenda fomentar debates entre personas ni evidenciar la diversidad de opiniones sostenidas sobre un mismo tema.

En cuanto a opiniones, ideas y juicios de valor existen otras acciones específicas e independientes (de naturaleza civil, principalmente) a las cuales

por lo que en estricto sentido puede decirse que lo que en realidad se combate es de nuevo la información inexacta y no propiamente aquéllos.

⁷ Sagüés, Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 123.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 174.

acudir con motivo de las responsabilidades que pueda generar su exteriorización.

Ahora bien, la distinción entre hechos y opiniones no es, desde luego, un asunto sencillo. Como indica el Tribunal Constitucional español:

Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.⁹

Sin que conforme una respuesta definitiva a esta problemática, la jurisprudencia norteamericana ha propuesto que la distinción entre una afirmación de hechos y una expresión de opiniones deba realizarse a partir de los siguientes cuatro factores: la especificidad de los términos utilizados, la verificabilidad objetiva de los mismos, el contexto lingüístico donde fueron empleados y el contexto social en el que se difundió la manifestación.¹⁰ Precisando lo anterior, es debido ahondar sobre las características que debe poseer la información para que el ejercicio del derecho de réplica sea procedente.

El Pacto de San José es contundente en el sentido de que la réplica actúa ante “informaciones inexactas o agraviadoras” emitidas en perjuicio de una persona por un medio de comunicación. Por tanto, es dable asentar que el ejercicio del derecho se supedita a que se actualice alguna de las siguientes modalidades respecto a la información que se difunde: *a)* información inexacta, aunque no agraviante; *b)* información agraviante pero no inexacta, y *c)* información inexacta y agraviante.

En lo que atañe a la primera modalidad, es conocido que dentro del quehacer comunicativo se debe exigir que la información que se transmite a la opinión pública cumpla con el requisito de *veracidad*, concepto que no debe ser entendido como sinónimo de *verdad*. Por ende, veracidad en esta materia no equivale a información incontrovertible en su total exactitud, sino que apunta a aquella información obtenida con base en actos diligentes y responsables encaminados a verificar que los hechos que se comuni-

⁹ Tribunal Constitucional de España, sentencia 6/1988, 21 de enero de 1988, fundamento jurídico 5.

¹⁰ Cf. Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 79.

can coincidan plenamente con lo acontecido en la realidad, aun cuando su exactitud pueda resultar controvertible.¹¹

En rigor, no es posible demandar que toda la información que circule dentro de la opinión pública sea verdadera, ya que ello fomentaría que quien pretenda emitirla opte por el silencio ante el riesgo latente de ser sancionado por cualquier error detectado en lo que comunica, por mínimo que éste sea. Para decirlo con el Tribunal Constitucional español: “En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”.¹² Por tanto, el propósito, se insiste, radica en contar con información previa y rigurosamente contrastada con datos objetivos que, de esa manera, contribuya sustancialmente al fortalecimiento del sistema democrático.

En contraste, no merece protección jurídica la información presentada como cierta a sabiendas de que no lo es, o sobre la cual no se tuvo diligencia suficiente para averiguarlo, actuando con menosprecio de la verdad o falsedad de aquello que se comunica (real malicia). El orden constitucional de la generalidad de los países democráticos (incluido México, desde luego) no protege, con sobrada razón, la información producto de conductas negligentes e irresponsables, esto es, aquélla que, además de no ser verdadera, adolece de todo esfuerzo enfocado a garantizar su previa verificación, por lo que, en consecuencia, se traduce en un simple rumor, invención o señalamiento abiertamente infundado, sin sustento serio; para decirlo sintéticamente: en información falsa y no veraz.

Aunque esta circunstancia, en materia de derecho de réplica, no excusa al medio de comunicación de cumplir con la obligación de dar a conocer gratuitamente y en condiciones semejantes la rectificación respectiva, lo cierto es que sí matiza la situación siempre que dicho medio informativo la difunda espontáneamente, explicando las razones que propiciaron el error, pues de ese modo se evidencia el rigor ético que el mismo guarda en el ejercicio de sus funciones. Esta actitud, comprometida con un sensato ejercicio de la labor informativa, evita que la credibilidad del medio de comunicación se vea menoscabada, al tener éste la posibilidad de demostrar ante la opinión pública que la noticia fue difundida responsablemente, sin malicia,

¹¹ Al respecto, Néstor Pedro Sagüés considera que el deber de veracidad impone “la obligación de *procurar* razonablemente la verdad, pero no el *éxito* en tal empresa. Es una obligación de medios y no de resultado”. Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 2, p. 112.

¹² Tribunal Constitucional de España, sentencia 6/1988, 21 de enero de 1988, fundamento jurídico 5.

después de realizados distintos actos diligentes que le permitieron estar en condiciones de concluir que se trataba de información veraz.

En esta lógica, el derecho de réplica se configura como una herramienta idónea para corregir y aclarar oportunamente los errores informativos en que incurran los medios de comunicación, aun aquéllos cometidos de forma culposa, involuntaria e incluso inevitable respecto de la información obtenida y dada a conocer conforme al requisito de veracidad. Basta, pues, con que la información difundida por un medio de comunicación sea falsa (aunque no agravante), afectando a una persona en su esfera jurídica, para que se actualicen las condiciones que establece la CADH en aras de ejercer el derecho de rectificación.

Conforme a la segunda modalidad, la información, para estimarse agravante, requiere traducirse en una ofensa o insulto cierto que afecte a la persona a la cual involucra. Sobre este aspecto debe guardarse suma cautela con el objeto de no incurrir en interpretaciones inadecuadas que transgredan la naturaleza del derecho de réplica; por ejemplo, que cualquier noticia que informe sobre un hecho ilícito cierto pueda ser reputada por el autor del mismo como agravante, en el sentido de que vulnera su honra o reputación.¹³ Así, para habilitar el ejercicio del derecho de rectificación es necesario que exista “una ofensa de gravedad sustancial”,¹⁴ es decir, que la ofensa generada sea de tal dimensión que invada los sentimientos más íntimos de la persona sobre la cual recaiga.

Aunado a lo expuesto, resta indicar que, de acuerdo con la Convención Americana, el grado de inexactitud o de agravio que conlleven los hechos difundidos a través de medios de comunicación social debe ser de tal magnitud que afecte a la persona en su esfera jurídica. Esto significa que para que el ejercicio del derecho de réplica pueda llevarse a cabo es debido que las informaciones inexactas o agraviantes entrañen un perjuicio actual, objetivo y concreto en relación con la persona referida en las mismas, ya sea directa o de modo tal que sea fácilmente identificable.

La tercera modalidad de información que puede ser atacada a través de la réplica, según la Convención Americana, combina las dos modalidades descritas, esto es, información que además de ser inexacta o falsa resulte agravante para la persona, ocasionando un perjuicio en su esfera jurídica.

¹³ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, cit., p. 126.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 7 de julio de 1992, considerando 25.

IV. OBJETO

El derecho de réplica persigue un doble objetivo: el primero, denominado *individual o primario*, se dirige a garantizar la protección de la esfera jurídica de las personas, con particular atención a los derechos de la personalidad y, específicamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,¹⁵ frente a los abusos cometidos por los medios de comunicación en el ejercicio de su labor informativa; el segundo, nombrado *social o secundario*, resultado inevitable del primero, se aboca a promover un alto nivel de responsabilidad en los medios de comunicación a fin de que la información que hagan circular dentro de la opinión pública sea, si bien no absolutamente verdadera al ser ello inviable, cuando menos veraz. De esta forma, el derecho de réplica actúa, por un lado, como garantía de la esfera jurídica de las personas y, por otro, como garantía de veracidad informativa.¹⁶

Ambos objetivos, aunque destinados a atender cuestiones distintas, se encuentran estrechamente vinculados al responder a un mismo derecho que, con base en ellos, logra desplegarse dentro del entorno democrático. Por eso se puede estar de acuerdo con Lorenzo Córdova Vianello, cuando escribe lo siguiente:

El derecho de réplica ha sido asumido por sistemas democráticos como un mecanismo que impone a los prestadores de un servicio que tiene una naturaleza de interés público el ejercicio del mismo con responsabilidad y con respeto a los derechos. La posibilidad de ejercer la réplica se constituye así tanto en una garantía frente a información falsa o calumniosa como en un contexto de exigencia de responsabilidad para que la información que se difunde sea cierta y objetiva.¹⁷

La postura presentada en el párrafo inicial de este apartado se sustenta sobre todo en los argumentos formulados por el juez Héctor Gros Espiell dentro de su *opinión separada* a la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte IDH, objeto de estudio en el siguiente apartado de este ensayo.¹⁸

¹⁵ Sobre este tema, se sugiere consultar Arroyo Kalis, Juan Ángel, “Los derechos de la personalidad”, *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, año XIII, núm. 25, julio-diciembre de 2015, pp. 61-92.

¹⁶ Al hacer referencia a un objetivo primario y otro secundario no se pretende restar importancia a este último, sino enfatizar el propósito esencial del derecho de réplica: la protección de la esfera jurídica de las personas.

¹⁷ Córdova Vianello, Lorenzo, “Derecho de réplica”, *El Universal*, 15 de junio de 2011.

¹⁸ El texto completo de la Opinión Consultiva 7/86 (incluyendo el de la opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, el de la opinión disidente conjunta de los jueces Rafael

En su dimensión individual, el derecho de réplica, expone Gros Espiell, “garantiza al afectado por una información inexacta o agravante la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio”;¹⁹ ello, naturalmente, con la intención de aclararla o combatirla y proteger los derechos vulnerados por tal información. En su dimensión social, este derecho “permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agravante”.²⁰

Sobre esto último, es menester puntualizar que el derecho de réplica no pretende, sin más, la publicación de una versión simplemente distinta de los hechos difundidos por un medio de comunicación, sin que los mismos constituyan una información inexacta o agravante que afecte a una persona en su esfera de derechos.

La sola mención o alusión en un medio de comunicación no es, por tanto, requisito suficiente para ejercer el derecho de réplica; tampoco lo es el hecho de que la persona se diga afectada por una información difundida que *considera* inexacta o agravante, sin que acompañe su dicho con las pruebas que lo acrediten.

En otros términos, el derecho de réplica no es un derecho de acceso a los medios de comunicación por meras alusiones, ni protege la simple consideración subjetiva de una persona sobre determinada información, ya que para ejercer este derecho resulta indispensable verificar, primero, que los hechos difundidos por un medio de comunicación sean realmente inexactos o agraviantes y, posteriormente, que con la publicación de tales hechos se genere un perjuicio actual, objetivo y concreto respecto de la persona referida en los mismos.

De lo contrario, el derecho de réplica se alejaría gravemente de la función para la que está diseñado, convirtiéndose en un mecanismo intrascendente para la protección de los derechos de las personas, así como altamente nocivo para la función que ejercen los medios de comunicación en la democracia.

Nieto Navia y Pedro Nikken, el de la opinión disidente y concurrente del juez Thomas Buergenthal, y el de la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante) disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieA_07_esp.pdf.

¹⁹ Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell en la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte IDH, 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párrafo 5.

²⁰ *Idem*. Con base en ambas facetas, el juez Gros Espiell apunta que el derecho de réplica hace posible “el restablecimiento del equilibrio en la información, elemento necesario para la adecuada y veraz formación de la opinión pública, extremo indispensable para que pueda existir vitalmente una sociedad democrática”. *Idem*.

Admitir, por ejemplo, que se difunda mediante el ejercicio del derecho de réplica una información notoriamente falsa por el solo hecho de ser una versión distinta de la ofrecida por los medios de comunicación es un despropósito que en nada salvaguarda los derechos de las personas y en mucho socava la calidad de la información que circula dentro de la opinión pública, pudiendo incluso impactar negativamente en los derechos de terceros.

En afinidad con lo apuntado, el Tribunal Constitucional español ha determinado que el ejercicio del derecho de réplica:

...debe ajustarse a requisitos que, a su vez, ofrezcan al medio difusor de la información una garantía razonable de que la rectificación que se pretende se apoya en elementos de juicio que en alguna medida invalidan la que se hizo pública, está efectivamente destinada a impedir un daño que de otra manera sufriría el derecho o el interés legítimo de quien la solicita y no implica, a su vez, la difusión de noticias de dudosa veracidad o de las que se puedan seguir un perjuicio a la esfera jurídicamente protegida de terceros.²¹

Ni siquiera la urgencia con la que debe actuar el derecho de réplica es razón suficiente para que se deje de atender lo anterior a fin de determinar si su ejercicio es o no procedente. Nada, pues, impide que la autoridad encargada de calificar si se reúnen los requisitos para que el ejercicio del derecho se lleve a cabo, omita la investigación sumaria sobre la verdad de la información difundida o sobre si dicha información ocasiona una ofensa de gravedad sustancial, debiéndose producir en ambos casos una afectación directa a la persona en cuestión. En esta forma, se respeta la esencia del derecho y se brinda certeza en torno a su correcto ejercicio.

V. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO DE RESPUESTA: ANÁLISIS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 7/86 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Opinión Consultiva 7/86, dictada el 29 de agosto de 1986, fue solicitada por el gobierno de Costa Rica (Estado parte en la CADH y Miembro de la Organización de los Estados Americanos) respecto a la interpretación y alcance del artículo 14.1 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2o. del mismo tratado internacional.²²

²¹ Tribunal Constitucional de España, sentencia 35/1983, 11 de mayo de 1983, fundamento jurídico 4.

²² Para mejor referencia, el artículo 1.1 de la CADH establece: “Los Estados Partes en

En concreto, el gobierno costarricense formuló tres preguntas ante la Corte IDH. En la primera de ellas se planteó lo siguiente:

¿Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1o. de dicha Convención?²³

La Corte IDH consideró que esta pregunta comprendía un par de cuestiones con distinto significado: la primera, refería a la interpretación del artículo 14.1 en relación con el precepto 1.1; la segunda, apuntaba a la aplicación del artículo 14.1 dentro del ámbito jurídico interno de Costa Rica. En esta tesitura, la Corte IDH determinó que sólo podía pronunciarse sobre la primera cuestión, puesto que la segunda se situaba fuera de su competencia consultiva, según el artículo 64.1 de la CADH.²⁴

La segunda pregunta formulada por Costa Rica mencionaba:

De no ser así, ¿tiene el Estado costarricense el deber jurídico-internacional de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención, según las disposiciones contenidas en el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?²⁵

esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Por su parte, el artículo 2o. de la misma señala: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párrafo 13.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 14. El texto del artículo 64.1 de la Convención es el siguiente: "Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires" (énfasis añadido).

²⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, párrafo 16.

La Corte IDH resolvió que el propósito de la interrogante consistía en determinar cuáles eran, en su caso, las obligaciones impuestas a Costa Rica con base en el artículo 2o. de la CADH en aras de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 14.1 de la misma. Esto requería, necesariamente, que la Corte IDH interpretara la CADH, por lo que se determinó que la pregunta era admisible.²⁶

La tercera y última pregunta decía:

Si se decidiese que el Estado costarricense está en el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, ¿sería dable entonces entender que la expresión “ley” que figura al final del párrafo primero del mencionado artículo 14 está usada en sentido amplio o lato, lo que podría comprender entonces disposiciones de carácter reglamentario emitidas por decreto ejecutivo, teniendo en cuenta la índole más bien instrumental de tales disposiciones legales?²⁷

La Corte IDH resolvió que la pregunta era admisible, pues pretendía interpretar el significado de la palabra “ley” a la luz de lo previsto por el artículo 14.1 de la CADH.²⁸

Al ser admisibles las tres interrogantes formuladas por el gobierno de Costa Rica y no existir razones que pudieran llevar a la Corte IDH a abstenerse de emitir la opinión consultiva solicitada, ésta decidió entrar a examinar el fondo del asunto.²⁹

Por cuanto a la primera pregunta, la Corte IDH manifestó que era necesario determinar los efectos jurídicos del artículo 14.1 en relación con las obligaciones contraídas por un Estado parte en virtud del artículo 1.1, ambos de la CADH.³⁰ En esta dirección, se estableció que dichas normas debían ser interpretadas “utilizando los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena [sobre el Derecho de los Tratados de 1969], que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema”.³¹

Tales criterios, de acuerdo con la Corte IDH, se encuentran previstos en el artículo 31.1 de esta última Convención, que a la letra dice: “Un tratado

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem*, párrafo 17.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem*, párrafo 18.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 19.

³¹ *Ibidem*, párrafo 21.

deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Aunado a ello, también se destacó que el artículo 32 de la Convención de Viena permite acudir a otros medios de interpretación, siempre que la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 “deje ambiguo u oscuro el sentido” o “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.³²

Con base en dichos criterios, se señaló que la expresión “toda persona... tiene derecho”, contenida en el artículo 14.1, debía interpretarse de buena fe en su sentido corriente, lo que conduce a afirmar que la CADH consagra “un derecho” de rectificación o respuesta; interpretación que no guarda un sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.³³

Igualmente, la Corte IDH rechazó que la frase “en las condiciones que establezca la Ley”, utilizada asimismo en el artículo 14.1, faculte a los Estados parte a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin que puedan ser obligados a garantizarlo en tanto su ordenamiento jurídico interno no lo regule. Lo anterior, debido a que dicha interpretación no armoniza con el sentido corriente de los términos empleados ni con el contexto del Pacto de San José.³⁴

Reiterando, la Corte IDH aseveró lo siguiente:

El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.³⁵

Una vez que la Corte IDH arribó a esta conclusión, procedió a admitir que si bien es cierto que la CADH reconoce un derecho de rectificación o respuesta, también lo es que el artículo 14.1 no indica las condiciones de operatividad del mismo, tales como: la extensión de la respuesta, el momento en que ésta debe publicarse después de recibida, el plazo para ejercer el derecho, la terminología admisible, etcétera. Ante ello, se resolvió que tales condiciones serán las que “establezca la ley”; en otras palabras, el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de respuesta debe

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, párrafo 22.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 23.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 24.

efectuarse en una “ley”, cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la propia Corte IDH.³⁶

No obstante lo anterior, la Corte IDH también advirtió que:

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. En consecuencia, *si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.*³⁷

El texto del párrafo que se acaba de transcribir es de especial importancia; lo que en él se sostiene representa la pieza clave para comprender los alcances del derecho de respuesta dentro de los Estados parte de la CADH.

En palabras de Néstor Pedro Sagüés, este pasaje de la Opinión Consultiva es claro en el sentido de que, exista o no ley reglamentaria del Estado, la persona cuenta con el derecho operativo a plantear la rectificación, respuesta o réplica, por lo que, en consecuencia, el Estado debe implementar e instrumentar este derecho aun ante el silencio del legislador local.³⁸

Dicho de otro modo, los Estados parte en la Convención Americana están obligados a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de respuesta a toda persona sujeta a su jurisdicción, con independencia de que cuenten o no con la legislación interna que establezca los términos en que tal derecho deba ser ejercido, puesto que pueden acudir a medidas de otro carácter que, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno, resulten necesarias para dar cabal cumplimiento a dicha obligación. En caso contrario, como la propia Corte Interamericana reconoce, se estaría incurriendo en una clara violación de la CADH, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección que la misma contempla.

³⁶ *Ibidem*, párrafos 26 y 27.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 28 (énfasis añadido).

³⁸ Cf. Sagüés, Néstor Pedro, “Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Montevideo-Berlín, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 347 y 348.

Esta afirmación se fortalece al tenor de lo que dispone el artículo 2o. de la CADH.³⁹ Dicho precepto fue invocado para dar respuesta a la segunda pregunta formulada por el gobierno de Costa Rica, precisando que el mismo recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual “todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.⁴⁰

En síntesis, como apunta el juez interamericano Rodolfo E. Piza Escalante:

[D]e conformidad con el artículo 14.1 de la Convención, el de rectificación o respuesta es un derecho *per se*, que los Estados Partes están obligados, tanto a respetar y garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.1, como a desarrollar mediante las medidas, legislativas o de otro carácter, que resulten necesarias para hacerlo eficaz, o plenamente eficaz en su orden interno, de conformidad con el artículo 2 de la misma.⁴¹

En lo relativo a la tercera y última interrogante, alusiva al sentido de la expresión “ley” dentro del artículo 14.1 de la CADH, la Corte, reiterando la postura mantenida en la Opinión Consultiva 6/86, señaló que en cada ocasión en que se utilicen expresiones como “ley”, “leyes”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales” o “leyes internas”, su sentido ha de ser determinado específicamente. Asimismo, retomando lo dispuesto en la Opinión Consultiva 4/84, la Corte IDH destacó que “siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”.⁴²

En esta línea, se resolvió que el vocablo “ley” comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta,

³⁹ Véase, *supra* nota 22.

⁴⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, párrafo 30.

⁴¹ Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en la Opinión Consultiva 7/86, párrafo 21. En dirección análoga, Humberto Nogueira Alcalá argumenta que el derecho de respuesta tiene el carácter de derecho de ejecución directa o inmediata; por tanto, en su opinión, los Estados parte de la Convención Americana violan ese derecho si no dan ejecución directa e inmediata al artículo 14, como asimismo, vulneran el artículo 2o. cuando no establecen las regulaciones jurídicas necesarias para dar ejecución al artículo 14 de la CADH. *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 164.

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, párrafo 31.

aclarando que si se pretendiera restringir éste o cualquier otro derecho, será necesario hacerlo mediante una ley formal que cumpla con lo dispuesto por el artículo 30 de la CADH.⁴³

VI. CONCLUSIÓN

En una democracia ningún poder, tanto público como privado, puede ser absoluto. Todas las manifestaciones de poder, en protección de la vigencia de los derechos humanos y, por ende, en beneficio de la dignidad humana, requieren estar sujetas a límites razonables. En este orden de ideas es imprescindible que los individuos cuenten con herramientas jurídicas, como el derecho de réplica, que les permitan hacer frente a los excesos cometidos por los medios masivos de comunicación en el desarrollo cotidiano de sus labores informativas.

De ahí la imperiosa necesidad de conocer las características esenciales del derecho de réplica, que, lejos de limitarse a conformar una mera cuestión académica, se traduce, como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, en un instrumento significativo para la protección de la esfera jurídica de las personas en la actualidad, donde la presencia e influencia de los medios de comunicación dentro de las sociedades se encuentra en constante y acelerado crecimiento.

A este propósito han querido servir las líneas que integran el presente ensayo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO KALIS, Juan Ángel, *El derecho de réplica en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2002.
- BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 32. El artículo 30 de la CADH advierte: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

- BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, 2a. ed., México, Gernika, 2002.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro, *Los derechos de réplica y de rectificación en la prensa, radio y televisión*, Madrid, Reus, 1981.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o de rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2001.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Montevideo-Berlín, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- _____, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- _____, *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- SOBRAO MARTÍNEZ, Francisco, *Información y derecho de réplica*, Madrid, Editora Nacional, 1974.

LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

Boris BARRIOS GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Poder constituyente y poder constituido*. III. *Las transformaciones del “poder constituyente”*. IV. *El constitucionalismo de la segunda posguerra*. V. *Del Estado soberano a la soberanía de la Constitución*. VI. *Las modulaciones constitucionales*. VII. *La ductilidad constitucional*. VIII. *El fundamento ideológico de las modulaciones constitucionales*. IX. *Tipos de las sentencias modulares (o intermedias)*. X. *Conclusión*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento del control de constitucionalidad de las leyes conforme al modelo kelseniano del tribunal austriaco, estructurado de carácter concentrado, el cual fue adaptado por la Europa continental y luego por nuestros países latinoamericanos, planeó, desde un inicio, el dilema de su adaptación a las realidades, primero, de Europa central y, luego, de la América latina seguidora del modelo.

Una de esas realidades que aquí analizamos es la modulación de los efectos de las sentencias de control constitucional de la leyes, y es que el modelo kelseniano, inicialmente, planteó que la sentencia de inconstitucionalidad sólo podía darse en dos sentidos: constitucionalidad o inconstitucionalidad. Hoy esta realidad ha cambiado, incluso, en una orientación antikelsen; cuando los tribunales y cortes constitucionales han tenido que entrar a “modular” los efectos de las sentencias, procurando, de esta manera, adecuar los fallos a la realidad sobre la cual debe regir.

* Doctor en derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá. Catedrático de Derecho Procesal Constitucional y presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional.

Este es, entonces, nuestro propósito, hacer un breve análisis de la realidad de las modulaciones constitucionales, como vía utilizada por el juez constitucional para adecuar el fallo de inconstitucionalidad a la realidad de las sociedades complejas de la posmodernidad y contemporaneidad.

II. PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

La diferencia entre poder constituyente y poder constituido fue planteada, por primera vez, en el famoso ensayo *¿Qué es el tercer estado?* de Emmanuel Sieyès; de allí que la idea y concepto de poder constituyente tiene un origen francés.

En efecto, partimos del entendimiento que el concepto de “pouvoir constituant” aparece en la teoría política por introducción del Abate Emmanuel-Joseph Sieyès, en 1788, con su obra *Ou'est ce que le tiers Etat?* (*¿Qué es el tercer estado?*); ideario que viene a explicar las actuaciones del pueblo francés a partir de la expresión de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la primera Constitución francesa de 1790.

Sieyès emplea la expresión “pouvoir constituant”, en su libro *¿El tercer estado?*, para calificar el poder perteneciente al pueblo, de constituir la sociedad civil o Estado y de darse una organización política y jurídica;¹ tanta importancia tiene el vocablo introducido en la teoría política por Sieyès que, más tarde, en la Asamblea Nacional Francesa el mismo autor insistía en la explicación del poder constituyente y de los poderes constituidos, al fundamentar su proyecto de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, el cual presentó el 21 de junio de 1789.²

Escribió Sieyès:

Es imposible crear un cuerpo para un fin, sin darle una organización, unas formas y unas leyes propias para el cumplimiento de las funciones a las que ha sido destinado. Es lo que se denomina la “Constitución” de dicho cuerpo. Es evidente que no puede vivir sin ella. Es también evidente que todo gobierno comisionado debe tener su constitución; y lo que es válido para el gobierno en general, lo es también para las partes que lo componen. Así el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darles;

¹ Sanchez Viamonte, Carlos, “Constituyente”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1984, t. IV, p. 11.

² *Idem.*

éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna a través de ellas.

A esta necesidad de organizar el cuerpo gubernativo, si se quiere que exista o actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación por que el poder público delegado no puede llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes. De ello se deduce una multitud de precauciones políticas insertas en la Constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. Se percibe, pues, la doble necesidad de someter al gobierno a unas formas estables, sean interiores o exteriores, que al mismo tiempo garanticen su aptitud para el fin para el que ha sido constituido y su imposibilidad de separarse de él.

Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés habría podido otorgarse una Constitución a la nación misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes “constitucionales” que se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo “legislativo”; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas “fundamentales”, no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarse. En ambos casos, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.

Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo de las condiciones de su delegación. La leyes constitucionales son, en este sentido, “fundamentales”. Las primeras, las que establecen la legislatura, son “fundamentales” por la voluntad nacional antes de toda constitución; suponen su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa “especial”. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación.³

La fundamentación ideológica que hiciera el abad Sieyès sobre la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido” es el aporte más sustancial e imperecedero que contiene la obra *¿Qué es el tercer estado?*; aparte de su “Ensayo sobre los privilegios”, que es el fundamento ideológico de la prohibición constitucional de los fueros y privilegios que aparece en todas las Constituciones de corte liberal, incluso en las del Estado social de derecho, que es un legado del liberalismo político desde la Revolución francesa, y que estuvo originado en la crítica de Sieyès a los privilegios con que se arropaban la nobleza y al clero, que eran el primer y segundo Estado en la

³ Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, trad. de Marta Llorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 142-144.

concepción ideológica de Sieyès, y lucha que configuró el ideario del liberalismo político.

En la asimilación de la idea de “poder constituyente”, en la doctrina política, vamos a encontrar el conflicto de los sistemas francés y anglosajón, y es que el concepto sieyista de *pouvoir constituant* es traducido al italiano y al portugués como “constituyente”; no obstante, la lengua inglesa no reconoce ni traduce el vocablo francés de “*pouvoir constituant*” o el castellano de “poder constituyente” que derivan del ideario revolucionarios frances; por lo que en lengua inglesa no se define “poder constituyente”.

El fenómeno lingüístico es harto conocido en la teoría política y el derecho público, y entre otros exponentes es explicado en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* por Sánchez Viamonte, y dice:

Para los ingleses carece de importancia la ausencia de un vocablo que exprese con exactitud en su lengua lo que en castellano significa “constituyente”, o en francés “constituant”, porque la función de poder constituyente propiamente dicho, como cosa distinta de los poderes constituidos, no existe en Inglaterra, desde que el parlamento británico ejerce conjuntamente, y en idéntica forma, el poder constituyente extraordinario y el poder constituyente ordinario...⁴

Siguiendo las ideas de Sánchez Viamonte, vale comentar que en el caso de la doctrina política norteamericana, cuando un tratadista estadounidense se ocupa del poder de hacer Constitución y de imponerlas, o de la función específica de fijar en una Constitución escrita la forma en que se organiza política y jurídicamente un grupo social, tropieza con el problema lingüístico de usar la definición técnica correcta, porque, reiteramos, en la lengua inglesa no existe la traducción francesa de *pouvoir constituant* o del castellano “poder constituyente”.⁵

III. LAS TRANSFORMACIONES DEL “PODER CONSTITUYENTE”

Con la obra de Sieyès se dio inicio a un proceso de evolución ideológico del “poder constituyente”, que ha llegado hasta nuestros días y cuya última teorización la encontramos en la doctrina colombiana en la voz de Luis Carlos Sáchica, conforme al Estado social colombiano instituido en la Constitución de 1991, y que elaborara una nueva concepción de poder constituyente, a la que bien se puede denominar teoría bolivariana del poder constituyente.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

En efecto, la primera teoría que conoce la historia política y del derecho constitucional es la de Sieyès a la que se le ha llamado “Racional, Idealista”.

En los albores de la Revolución francesa, uno de los hombres ideológicamente más influyentes en la sociedad francesa fue el abate Emmanuel Sieyès, al punto de que fue electo como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente; su influencia ideológica se inicia con la publicación de su libro *¿Qué es el tercer estado?*, en 1788.

La concepción ideológica del racionalismo idealista de Sieyès parte del cuestionamiento al absolutismo monárquico a la vez que identifica la facultad o poder que reside en el pueblo soberano o la nación, y que como expresión política debe producir un conjunto de normas fundamentales que le dan forma y estructura organizativa al Estado. Los antecedentes ideológicos de Sieyès los encontramos en el pensamiento de Jean Boudin y Rousseau.

Según la teoría de Sieyès el poder constituyente deriva directa y naturalmente de la nación, del pueblo, que mediante ese poder declara y da legitimidad a la Constitución del Estado; porque es que mediante ese poder que se organiza el Estado, autorizando leyes que crean los órganos que representan al pueblo o nación, y el ejercicio de sus funciones queda sometido a las formas constitucionales, y es de esta manera como se legitima el ejercicio de las funciones que se cumplen en nombre del pueblo o nación; porque esos órganos y sus funciones quedan sometidos a la voluntad del pueblo que es el titular del poder soberano.

Para Sieyès la soberanía nacional reside en el poder constituyente, en ese poder que tiene la sociedad de darse una Constitución y organizar la estructura funcional del Estado; ahora bien, la nación, voluntariamente, delega parte de esa potestad constituyente en las autoridades constituidas y se reserva el poder constituyente originario.

Es así que la mayor influencia de la teoría de Sieyès es la sustentación que hace en *¿Qué es el tercer estado?* de la categoría conceptual de poder constituyente originario y poder constituyente derivado, y es que para los efectos, la nación, en quien reside la titularidad del poder soberano, y por tanto el poder constituyente originario, tiene la discrecionalidad del ejercicio del poder no sólo de darse una organización política mediante una constituyente sino de reformar la Constitución del Estado y, para los efectos, en la teoría de Sieyès, el ejercicio del poder constituyente no puede estar sujeto a ninguna forma pre establecida, y es que para éste la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente originario.

Muchas cosas han cambiado desde la teoría de Sieyès a nuestros días, y fundamentalmente la concepción de “poder absoluto” del poder constituyente, y es entendible, pues no sería justo juzgar a Sieyès con los ojos de

la contemporaneidad. Entender hoy el “poder constituyente” como “absoluto” es ignorar la “globalización”, los convenios y tratados internacionales sobre derechos civiles, políticos y sociales, las convenciones interamericanas y europeas sobre derechos humanos, el derecho penal internacional, la Convención de la Haya y el derecho de los tratados, y en fin los límites fácticos, jurídicos y axiológicos del poder constituyente en la contemporaneidad.

A la teoría de Sieyès, le sigue en sucesión evolutiva la “Teoría Existencial, Decisionista”, de Carl Schmitt. El ideólogo de la Constitución de Weimar, Carl Schmitt, expresa en su *Teoría de la Constitución* la idea de que la Constitución, como acto del poder constituyente, es una decisión política fundamental de su titular: el pueblo.⁶

En este sentido, entonces, para el existencialismo decisionista de Schmitt y para que se produzca la constituyente es indispensable la existencia de la voluntad política fundamental del pueblo, y los efectos no son sólo del establecimiento de la Constitución, sino también de su posterior validez.

Para Schmitt el ejercicio del poder constituyente implica la voluntad de una decisión política fundamental, porque es mediante esa voluntad que se constituye el Estado, se define su forma, se elige el modelo de gobierno, se crean los órganos para el ejercicio del poder constituido.

Uno de los aportes principales de la teoría de Schmitt es la sustentación de lo que él denomina la “decisión política fundamental”; concepción que ha superado los tiempos y sirve hoy para argumentar la legitimidad y el fundamento de la norma constitucional.

Le sigue, en el proceso de evolución histórica del Poder Constituyente, la teoría normativista o el positivismo jurídico de Hans Kelsen. Para el representante del Círculo de Viena y autor de la *Teoría pura del derecho* y la *Teoría general del derecho y del Estado*, la Constitución es una “norma fundamental”, y en tal sentido la legitimidad y el valor normativo del derecho deviene de la existencia de una “norma fundamental” que le da validez.

Para Kelsen:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez y de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de su orden.⁷

⁶ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 46.

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1985, p. 135.

Kelsen niega el valor intrínseco del poder constituyente como origen de la Constitución y parte de una pureza jurídica que crea la “norma fundamental” como origen de legitimidad para todo el ordenamiento jurídico.

Esta exposición de Kelsen es el fundamento del debate ideológico con la doctrina hermenéutica moderna, para quienes el fundamento constitucional no radica en una pureza metodológica sino en una argumentación multidisciplinaria que le da sustento.

Le sigue el materialismo histórico de Karl Marx, Vladimir Lenin y Ferdinand Lasalle. Si bien no existe una teoría comunista del poder constituyente, el marxismo-leninismo si se ocupa del poder constituyente originario. Para el marxismo-leninismo el problema del poder constituyente no es un problema de derecho sino de poder, por lo que esta corriente de pensamiento se soslayó del debate porque no interesa al materialismo histórico que se propuso como objeto de estudio la sustentación de los derechos del proletariado y la fundamentación ideológica de un gobierno proletario y no de los fundamentos del constitucionalismo; en este sentido, en los escritos del marxismo-leninismo, o materialismo histórico, o socialismo científico, como indistintamente se le suele denominar a esta corriente de pensamiento, lo importante es la identificación de los factores económicos y su control en la estructura social y no el ejercicio del poder político mediante constituyente.

Tiene sentido, entonces, afirmar con Duverger que para los marxistas, la teoría del Estado y del poder político es un proceso evolutivo; por lo que el Estado y el poder político son, por su misma naturaleza, un conjunto de medios de dominación (policía, ejército, tribunales, cárceles, etcétera) que oprimen al hombre; por ello debe ser observados desde tres fases evolutivas:⁸

- 1) El Estado como instrumento de dominación de clase.
- 2) El Estado como medio de construcción del socialismo.
- 3) La extinción del Estado.

Es entendible, entonces, que no encontraremos en el marxismo-leninismo una teoría sobre la evolución del poder constituyente, sino por el contrario, una antítesis o antiteoría puesto que la tercera fase del proceso de evolución del socialismo es, precisamente, la extinción del Estado.

Aparece también en la teoría política la teoría francesa, fundacional, revolucionaria, de Maurice Hauriou. Según éste la reforma a la Constitución viene a ser, frecuentemente, un hecho revolucionario en la forma, y siempre

⁸ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 410.

es así en el fondo y, según expone, las primeras Constituciones de los Estados modernos se establecieron en razón de crisis revolucionarias o mediante la influencia de ideas revolucionarias.⁹

Para Hauriou el poder constituyente es un poder revolucionario por la simple razón que opera con la participación de la soberanía nacional o poder mayoritario, y es que la constituyente implica un ejercicio del derecho revolucionario, esto es un rompimiento de la continuidad del derecho del Estado por medio de la intervención del poder mayoritario de los miembros de la sociedad y, para Hauriou, eso es el ejercicio de un poder revolucionario.¹⁰

Hauriou nos habla de una “súper legalidad constitucional”, en donde están inmersos los principios fundamentales del sistema de gobierno; pero además, estos principios están por encima de la Constitución escrita; por lo que esa súper legalidad constitucional debe presentar requisitos:¹¹

- 1) Organización de una operación constituyente, con un poder que se encuentre por encima de los poderes gubernamentales ordinarios o constituidos y con un procedimiento especial de revisión que le otorgue a la carta fundamental el carácter de rígido.
- 2) La organización de un control jurisdiccional de las leyes ordinarias. La operación constituyente es la suma del poder y del procedimiento, siendo el primero el que recibe el nombre de poder constituyente, porque es el poder fundador.

El establecimiento de las reglas de súper legalidad constitucional no es diferente, en su naturaleza, según Hauriou, de la forma en que se establecen las demás normas de derecho. Se trata de una operación de fundación que supone un poder fundador y un procedimiento de fundación, y es por eso que el poder fundador toma el nombre de poder constituyente; mientras que el procedimiento de fundación toma el nombre de procedimiento de revisión constitucional, y todo esto es así, según Hauriou, porque se supone que siempre subsistirá la misma Constitución y que sólo será necesario revisarla de vez en cuando.¹²

Hauriou está de acuerdo en que el poder constituyente le pertenece a la nación, no obstante, esta no lo puede ejercer directamente, sino por los re-

⁹ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1984, p. 310.

¹⁰ *Ibidem, op. cit.*, pp. 99 y 100.

¹¹ Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 1991, p. 296.

¹² Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 314.

presentantes que ha instituido para actuar a su nombre; así es que el poder constituyente no emana totalmente de la nación, situación ésta que atribuye al hecho de que en su origen el Estado fue constituido por un poder real;¹³ he allí la distinción entre poder constituyente y poder constituido (o legislativo); distinción que se produce por las materias que cada uno regula así como por la naturaleza de los poderes.

En el escenario latinoamericano se reconoce al autor colombiano Luis Carlos Sáchica la exposición de una teoría bolivariana con base en la cual se producen las independencias latinoamericanas y, por ende, un modelo de poder constituyente latinoamericano de caracteres distintos del poder constituyente europeo.

Según Sáchica fue Simón Bolívar, el latino que con su especial liderazgo en las gestas independentistas latinoamericanas, expone y practica una nueva concepción política sobre el poder constituyente, en las independencias latinoamericanas y el consecuente ejercicio del poder constituyente, las sociedades latinoamericanas se diferencian de las europeas, por lo que Sáchica toma como referencia para argumentar su teoría el modelo de poder constituyente que el libertador diseñó para dar a Bolivia una Constitución en 1826, ideada para una realidad compleja y distinta del modelo europeo, por la concurrencia de los terratenientes criollos, los comerciantes, la burocracia y el clero.¹⁴

La teoría de Sáchica expone que cuando devienen los movimientos independentistas latinoamericanos, los pueblos aún no habían alcanzado una unidad nacional, porque entre otras razones el proceso de mestizaje se encontraba aún en boga, imperaba una rígida estratificación social, un paternalismo absolutista e imperaba el caudillismo militar.

Estas circunstancias, en efecto, eran muy distintas a los Estados europeos ya mayormente formados desde hacia dieciséis siglos antes, por lo que los procesos constitucionales encontraron en Europa unos Estados maduros, homogeneizados y estables; no obstante, el ejercicio del poder político estaba en manos de una minoría y el sistema monárquico se encontraba en pleno apogeo.

Definitivamente que los escenarios eran diferentes, he allí la sustentación de la teoría bolivariana de Sáchica y, en consecuencia, las particularidades distintas del poder constituyente latinoamericano.

¹³ *Ibidem*, p. 317.

¹⁴ Sáchica, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, Bogotá, Temis, 1986, p. 27.

IV. EL CONSTITUCIONALISMO DE LA SEGUNDA POSGUERRA

Con el advenimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra se denota un cambio estructural y principalmente de fortalecimiento del carácter jurisdiccional otorgado a los poderes de control constitucional; por ello el cambio se puede advertir retrospectivamente mediante el análisis de la constitucionalidad de textos normativos, hasta el surgimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra mediante las proclamas constituyentes del Estado constitucional, social y democrático de derecho, primero, en la Europa continental por Francia, Italia y Alemania y, más tarde, Portugal y España, influencias que se notan en las proclamas constituyentes de Brasil en 1988 y Colombia en 1991, que inician las transformaciones constitucionales en Latinoamérica, nuestros países se habían limitado, mayormente, a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del texto cuya inconstitucionalidad fuera demandada.

No obstante, en determinados casos de declaratorias de inconstitucionalidad o constitucionalidad, lo cierto es que no se puede dar una solución eficaz a un problema de constitucionalidad; porque los efectos de la sentencia, sea que declare constitucional o no un texto normativo, pueden resultar más nocivos, o en afectación de derechos fundamentales, hasta de lo que se intenta evitar.

Vale indicar que bajo el modelo de constitucionalismo liberal, anterior a las proclamas constitucionales de la segunda posguerra y el Estado constitucional de carácter social, no era común que en nuestros países se concibieran algún tipo de “sentencia intermedia”.

En este sentido, ¿en qué consiste la modulación de las sentencias de control constitucional? La respuesta a esta pregunta nos plantea el tratar en torno a los tipos de sentencias que puede emitir un tribunal o corte constitucional una vez que se ha demandado la inconstitucionalidad de un texto normativo; pero, también, los posibles conflictos con el legislador; pero es que en el constitucionalismo contemporáneo el juez constitucional debe considerar a la “modulación de sus fallos” como una necesidad derivada de su función de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

V. DEL ESTADO SOBERANO A LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando luego de la segunda posguerra se hace la transición, primero, en la Europa continental y, más tarde, en América latina, del modelo de Estado liberal de derecho al modelo de Estado constitucional, social y democrático

de derecho, ello implicó una transición, también, de la idea de soberanía del Estado a la soberanía de la Constitución.

Desde una perspectiva interna la soberanía se refería a la fortaleza y supremacía del Estado frente a los demás sujetos de derecho interno; porque con el Estado soberano no podía haber relaciones jurídicas sino sólo relaciones de sujeción.¹⁵

Desde la perspectiva externa los Estados se constituían en fortalezas cerradas, protegidas bajo el principio de no injerencia, y bajo el amparo del principio de soberanía se construyó el derecho público del Estado moderno (Estado liberal de derecho), que en los siglos XIX y XX alcanzó su apogeo y declive que culminó bajo la idea del “Estado de fuerza”.¹⁶

Hoy, bajo la estructura del Estado constitucional, social y democrático de derecho, esa concepción de soberanía que imperó hasta mediados del siglo pasado y que su emblema final cayó con el muro de Berlín ya no representa la realidad política de los Estados posmodernos o contemporáneos, en efecto, con el armisticio de la Segunda Guerra Mundial se identifican fuerzas, tanto internas como externas, que desarticulan el viejo modelo de la soberanía basada en la “persona” soberana o estatal, y, siguiendo a Zagrebelsky, tenemos que hablar del pluralismo político y social interno, que confronta la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, y que a veces operan en dimensiones independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes de dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así de la disponibilidad de los Estados particulares; pero, además, el reconocimiento

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 11. Y dice Zagrebelsky que desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta “persona” venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la filosofía respecto de los cuerpos vivientes, pero que la ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas y sociales, etcétera, de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara. Pero desde el punto de vista jurídico, esa concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, es decir, operando como sus “órganos” (de aquí la metáfora de la “persona estatal”, que aún funciona), de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político.

o la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales y frente a los Estados a los que pertenecen, en su conjunto hacen hoy un cambio de paradigmas hacia una nueva concepción de la soberanía.¹⁷

VI. LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

La asimilación del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener Constituciones “abiertas”, Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos.¹⁸

Para darse cuenta de esta transformación ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La política constitucional mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva.¹⁹

En efecto, es a esta visión “abierta” de la Constitución, que se ha afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse —con arreglo a las distintas vías seguidas por cada uno de ellos y frecuentemente por cada jurisdicción constitucional nacional— a la organización de una autoridad y de una unión europeas cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal.²⁰

Lo cierto es que esa nueva tendencia de la concepción del Estado y su Constitución se asimila, también, en América Latina cuando se inician los procesos de reforma y modernización de los Estados latinoamericanos, ini-

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

ciado con Brasil en 1989 y Colombia en 1991, y que ha implicado cambios en los modelos de interpretación constitucional.

VII. LA DUCTILIDAD CONSTITUCIONAL

Para definir el carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, Zagrebelsky usa el concepto de “ductilidad”, porque según expone, la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.²¹

Los términos a los que hay que asociar la “ductilidad constitucional” de la que habla Zagrebelsky son la coexistencia de principios y el “compromiso de posibilidades” como reacción a un ordenamiento rígido, de manera que impere una visión de Constitución abierta; Constituciones que permitan, dentro de los límites interpretativos, el control de la espontaneidad de la vida social como la directriz de la vida política, pero desde la soberanía constitucional.

Ahora bien, la visión de la política que está implícita en la “ductilidad constitucional” no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva, de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.²²

VIII. EL FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

Cuando un tribunal o corte en función de control constitucional, siguiendo la concepción de Hans Kelsen, actúa como legislador negativo y resolviendo demandas decide que la norma enjuiciada está o no ajustada a la Constitución, nos encontramos frente a una “sentencia declarativa”; pero es que hoy la función jurisdiccional de quien ejerce el control constitucional debe decidir en función de garantizar la eficacia de las normas constitucionales, y en ocasiones es insuficiente la mera declaratoria de inconstitucionalidad o

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

constitucionalidad de un texto normativo, por lo que se hace necesario que el juez constitucionalidad rebase el papel de legislador negativo y entre a realizar “modulaciones constitucionales”.

Conocida es la posición de Hans Kelsen de defender la existencia de un tribunal constitucional especializado y que sus decisiones tuvieran efectos generales, como mecanismo indispensable para asegurar el principio de supremacía constitucional y regular la producción del ordenamiento normativo.

El problema que desde el constitucionalismo liberal ha preocupado a la jurisdicción constitucional es que sólo la existencia de un tribunal constitucional con específicas facultades de control de constitucionalidad sobre las leyes puede asegurar la vinculación del legislador a la Constitución, y con razón decía Kelsen que:

No es pues con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar de la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o tribunal construccional—.²³

Por eso “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria en sentido técnico”.²⁴

Es por esa razón que Kelsen propuso que el tribunal constitucional debería funcionar desde la perspectiva jurídica de un “legislador negativo”, es decir, que el parlamento ejercería la función de dictar las leyes (“legislador positivo”), y el juez constitucional la de anular aquellas que fueran contrarias a la Constitución y fueran acusadas en debida forma por quienes tuvieran la titularidad de la acción. El modelo kelseniano implicaba que el fallo sobre el control de constitucionalidad de las leyes, en principio, sólo debía tener efectos hacia el futuro, porque no se trataría de la declaración de nulidad de la ley, sino su anulación por quien tendría la competencia constitucional para hacerlo en interés de la seguridad jurídica; por lo que resultaba, bajo esa perspectiva, más adecuado el efecto estrictamente “hacia el futuro” y a partir de la publicación de la sentencia.

En este sentido, el Tribunal debía limitarse a anular la ley sobre la cual había recaído la acusación, y sin crear normas positivas; porque de lo contrario, el juez constitucional estaría invadiendo la función del parlamento o asamblea como legislador positivo.

²³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 490.

²⁴ *Ibidem*, p. 590.

Originalmente, el modelo kelseniano planteaba un control concentrado y con efectos *erga omnes*, lo que implicaba la creación de un tribunal con mera función de anulación, y al cual le estaba vedado crear derecho; no obstante, más tarde se reconoce la necesidad de que la anulación tuviera efectos hacia el futuro y a partir de la publicación del fallo, a razón de que debía determinarse a partir del momento que el fallo debía cumplirse.

Frente a este planteamiento abstracto resulta difícil aplicar el modelo kelseniano en los tiempos posmodernos y contemporáneos de sociedades complejas y hasta Kelsen admite que en su modelo, bajo ciertos supuesto, el Tribunal pudiera decretar una vigencia temporal de la ley anulada “aunque sólo fuera para dar al parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley permanezca sin regulación durante un periodo relativamente largo de tiempo”;²⁵ pero, además, en la revisión de su modelo Kelsen entendió que por vía de excepción podría aplicarse efecto retroactivo a la sentencia de anulación bajo supuestos de categoría de cosas.²⁶

Atendiendo a la función anuladora o de “legislador negativo” del tribunal el mismo Kelsen refiere que es ingenuo pensar que el tribunal no crea derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, porque al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema y dice que “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con un signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa...”²⁷

Es atendiendo a los efectos creadores de la función anuladora del tribunal constitucional que Kelsen se declara partidario de conferirle al Tribunal la facultad de diferir los efectos de la decisión de inconstitucionalidad o que se le permita restablecer y determinar cuál es la normativa en vigor que reemplaza a la ley anulada.

Pese a esas consideraciones Kelsen prefiere distinguir entre la “elaboración de la ley”, como función del parlamento y su “simple anulación” como función del tribunal constitucional, y es que para Kelsen la primera es una libre creación del parlamento, en tanto que “la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución”.²⁸

²⁵ *Ibidem*, 149.

²⁶ *Ibidem*, 125.

²⁷ *Ibidem*, 491.

²⁸ *Ibidem*, 492.

Las consideraciones del propio Kelsen, revisando su modelo concentrado, en el texto de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* es un ensayo referente para estudiar lo que hoy la justicia constitucional denomina “fallos intermedios” entre simple constitucionalidad o inconstitucionalidad que permitieran adaptar la Constitución a la realidad social y política sobre la cual debía caer el efecto de la sentencia, de allí que ahora se hable de la “modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad” y tengamos que hacer referencia a la experiencia jurisprudencial de países como Italia, Alemania y España, en donde la misma práctica ha obligado a los tribunales y Cortes Constitucionales a modular los efectos de sus fallos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, a efectos de entender las “modulaciones constitucionales” como efecto de las sentencias que se dictan sobre control de constitucionalidad, hay que advertir que en el escenario de la interpretación constitucional que realiza el juez constitucional se debe distinguir entre texto y norma a fin de una correcta interpretación constitucional.

Conviene señalar, entonces, que el texto hace parte del componente interpretativo pero que se distingue de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden, en efecto, por vía interpretativa de los textos.

Con razón decía Kelsen que “si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad no puede ser otro que la determinación del marco constitutivo de la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo”.²⁹

En este sentido, el texto es el enunciado o marco normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación; mientras que las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado del proceso interpretativo.

Debemos entender, entonces, que un texto puede tener diversas normas o proposiciones normativas, pero, también, una norma o proposición normativa puede estar contenida en diversos textos; ello implica ya que la relación entre texto y la norma no expone, necesariamente, un carácter único, sino que debe responder al marco constitutivo de la norma.

Distinguir entre texto y norma es lo que permite justificar y legitimar los tipos de modulaciones o sentencias intermedias; porque el control de constitucionalidad recae, por lo general, en las normas que derivan vía interpretación de los textos y no, necesariamente, de los textos mismos.

La modulación constitucional, entonces, es la actividad por la que mediante la interpretación el juez constitucional hace la adecuación constitutiva.

²⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987, p. 166.

cional a la realidad de la vida jurídica que pretende resolver, y es que en ocasiones, por la situación que se lleva a su decisión, se ve precisado a decidir sobre situaciones excepcionales; pero al tratarse, precisamente, de situaciones excepcionales la simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad daría lugar a resultados contrarios al ideal de control efectivo de la constitucionalidad; de allí que la modulación que se produce, primordialmente, en el campo del control de constitucionalidad de las leyes, y la cual lleva a decisiones distintas a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ocupando por lo tanto un lugar intermedio entre estos los dos modelos tradicionales de decisión.

IX. TIPOS DE LAS SENTENCIAS MODULARES (O INTERMEDIAS)

En la doctrina podemos encontrar una variedad de clasificaciones en torno a los tipos de sentencias modulares o intermedias, y así podemos identificarlas:

- De acuerdo a la modulación sobre el contenido o sus efectos.
- En la relación establecida entre el texto legal confrontado y la Constitución.
- Con base en las relaciones entre el juez constitucional y el legislador.

Por vía de jurisprudencia también se ha trabajado sobre clasificaciones. Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia que ha establecido diversos tipos de sentencias y ha sostenido que desde el contenido de la decisión las sentencias “condicionadas” pueden ser:

- Interpretativas.
- Integradoras.
- Sustitutivas.

Desde el punto de vista de sus efectos temporales:

- Retroactivas.
- Diferidas.
- Inmediatas.

No obstante, para hacer una referencia clasificatoria, en este ensayo jurídico constitucional, y con fines didácticos, queremos describir las modulaciones constitucionales más importantes y comunes bajo un enunciado de “tipos de sentencias intermedias”, que son:

1. *Sentencias interpretativas*

Son sentencias interpretativas, que también se denominan de interpretación conforme a la Constitución, aquellas que se fundamentan en la distinción que introdujera la jurisprudencia italiana distinguiendo entre texto y norma a que hemos hecho referencia con anterioridad; en este sentido es la sentencia que deriva del texto vía interpretación constitucional.

La interpretación conforme a la Constitución constituye un principio mediante el cual se emiten este tipo de sentencias que, en esencia, por vía de interpretación, evitan declarar la inconstitucionalidad de uno o varios textos legales impugnados, mientras pueden tener, dentro del marco normativo de la Constitución, una interpretación armonizable con el texto constitucional, siempre y cuando se puedan descartar todas las demás hipótesis interpretativas (normas) como contrarias a la Constitución.

Mediante la interpretación conforme se establece el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución. Bajo este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución lo que el juez constitucional debe procurar es respetar, hasta donde sea posible, el principio de presunción de constitucionalidad de las normas.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia número C-545/92, emitida por la Corte Constitucional Colombiana, cuando se demandaron los artículos 8o. y 16 de la Ley 38 que establecían la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación. La pretensión de los demandantes era que tales normas desconocían los preceptos constitucionales de la Carta Fundamental de 1991 que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohíben a la ley menoscabar los derechos de los trabajadores.

En esta referida sentencia de la Corte Constitucional colombiana el análisis giró en torno a temas tales como:

- Inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación.
- Efectividad de los derechos constitucionales.
- Derecho al trabajo.
- Derecho al pago oportuno de las pensiones legales.
- Garantía de los derechos adquiridos.
- Derechos de la tercera edad.
- Derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional colombiana, en este caso, acogió la demanda en atención a que la referida Ley 38 comprometía derechos fundamentales de los trabajadores, considerando inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a créditos laborales; sin embargo, el principio de inembargabilidad del presupuesto es también una garantía que es necesario preservar.

La Corte en el caso específico de los pensionados interpretó que la situación descrita comprometía adicionalmente la efectividad de otros derechos que merecían ser igualmente considerados; entre ellos los relativos al pago oportuno de las pensiones legales; a la protección especial de la tercera edad así como los resultantes de los pactos y convenios ratificados por Colombia.

El derecho al pago de las pensiones, como todo pago de orden laboral, se funda en la idea de retribución por el trabajo de que tratan los artículos 25 y 53 de la Constitución.

La inembargabilidad absoluta de los recursos del Presupuesto General de la Nación afecta particularmente el derecho que tienen las personas al pago de las pensiones legales.

En este sentido, revisó que el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución establece: “El Estado garantiza el *derecho al pago oportuno* y al reajuste periódico de las pensiones legales” (énfasis añadido). Y en el inciso final del mismo artículo agrega: “La Ley... no puede menoscabar... los derechos de los trabajadores”.

Incluso, entendió la Corte, los decretos con fuerza de ley dictados en los estados de excepción constitucional tampoco pueden menoscabar dichos derechos, de conformidad con el artículo 241.2 de la Carta, y uno de tales derechos, de orden constitucional —que es norma de normas, según el artículo 4o.—, es precisamente el derecho al pago oportuno de las pensiones. En esas condiciones, es claro entonces que la ley que viole este derecho adolece de vicio de inconstitucionalidad.

Es así que la Corte declara constitucional la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones en dinero a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, sólo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, caso en el cual éste será embargable.

Del ejemplo tenemos que las sentencias interpretativas buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico, mientras exista una interpretación de dicha norma que sea compatible con la Constitución.

2. *Sentencias aditivas o integradoras*

Las sentencias aditivas o integradoras son referentes en torno a revisar la ilegitimidad constitucional por la omisión de alguna previsión que el legislador debió haber incluido en su obra legislativa para que la ley o norma fuera conforme a la Constitución.

Mediante la sentencia aditiva o integradora el juez constitucional no anula la disposición acusada, sino que le adiciona o le integra un contenido que la hace constitucional, como vía de complementar la voluntad legislativa. Es así, entonces, que a la norma o ley acusada de inconstitucional, por vía de jurisprudencia y a manera de complemento, se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, especialmente, ampliando la norma mediante la adición de un supuesto de hecho no contemplado, inicialmente, por el legislador.

Ahora bien, la justificación ideológica de una sentencia aditiva o integradora no es legitimar una norma anulable, en el contexto de los parámetros tradicionales, sino identificar la omisión legislativa y complementarla conforme a la voluntad legislativa, y es que si bien la regulación, dictada por el legislador, es inconstitucional, la inconstitucionalidad no se produce en función de lo que expresamente ordena el legislador sino debido a que su regulación legislativa es insuficiente, a razón que el legislador no previó determinados aspectos, y, en efecto, el supuesto o los supuestos omitidos eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución, y que al no haberse hecho el juez constitucional, entonces, hace el complemento.

El sustento de las sentencias aditivas o integradoras radica en el valor normativo de la Constitución, en la integración de los principios y derechos consagrados en la Constitución y en la autoridad o función jurisdiccional del Tribunal o Corte Constitucional.

Conviene citar, del derecho comparado, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, del 10. de diciembre de 2003, en la que se expone que:

Los silencios constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efecto de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las normas reglas previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las normas principio contenidas en la propia Norma Fundamental.

Bajo la misma orientación, en derecho comparado, podemos hacer referencia a la Corte Constitucional colombiana, y a propósito de la senten-

cia C-690 de 1996, estudia la normativa de una ley tributaria que imponía severas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria.³⁰

El demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte consideró que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben “permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor”.

Vale destacar que, en efecto, las sentencias aditivas o integradoras son concurrentes en el supuesto de omisión relativa de carácter inconstitucional por violación del principio de igualdad o no discriminación arbitraria; al presentarse el reclamo de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional esa omisión inconstitucional obliga al juez constitucional a revisar los fundamentos de la constitucionalidad y realizar dos operaciones jurídicas, que pueden ser, primero, eliminar la norma del texto que excluye arbitrariamente a cierto grupo de personas de determinada regulación jurídica, pero además, debe hacer una reconstrucción para hacer posible la inclusión, en la hipótesis normativa, del grupo arbitrariamente excluido, extendiendo a éste los beneficios de la norma, y restableciendo el principio de igualdad.³¹

3. *Sentencias sustitutivas*

Las sentencias sustitutivas se aplican en los casos en que el juez constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo.

³⁰ Salas Parra, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, p. 1, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).

³¹ *Idem*.

Tomando del derecho comparado jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, podemos citar la sentencia número C-113 de 1993, que puso a la Corte a estudiar el estatuto que regula los juicios ante la propia Corte Constitucional, y declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. En este sentido, la Corte, emitiendo una sentencia sustitutiva, además de declarar inconstitucional el artículo referido, en atención a que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, estableció, además, conforme a la Constitución, que correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos.³²

En definitiva, se trata de una modalidad de sentencias que, en la práctica del control constitucional de leyes, llenan un vacío normativo; pero que se sustenta en la eficacia del orden normativo de la Constitución.

4. *Sentencias exhortativas*

Las sentencias exhortativas establecen recomendaciones o cominaciones al órgano legislativo, invocándolo a legislar sobre determinadas materias y bajo determinadas orientaciones o principios, de manera que la tarea legislativa sea conforme al marco constitucional.

La modulación exhortativa de la sentencia, en este sentido, puede variar desde una sugerencia al legislador hasta la imposición de fórmulas coactivas en la estructuración de la norma o ley; en efecto, mediante una sentencia exhortativa se llama al legislador a desarrollar ya sea un mandato expreso o un llamado a regulación establecida en la Constitución.

Ahora bien, un elemento que hay que atender en las sentencias exhortativas es que limitan la libertad de configuración que desarrolla el legislador; porque se advierte la existencia de un factor o estándar de situación jurídica que si bien al momento de la emisión de la sentencia exhortativa no se declara una inconstitucionalidad, implica que el legislador debe actuar diligentemente para superar el eventual estado de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas, en los actuales tiempos posmodernos o contemporáneas, resultan instrumento útil para orientar la tarea legislativa frente al desarrollo o evolución científico o técnico, que exige del legislador una adecuación a nuevas realidades que devienen de los constantes procesos de modernización tanto en el orden internacional como en el orden nacional.

³² Salas Parra, Nicolás, *op. cit.*, p. 1.

Es el caso, por ejemplo, de legislar sobre la libertad y seguridad personal, en torno a lo cual la Corte IDH ha establecido un estándar mínimo de protección, y ya desde el *caso Gangaram Panday vs. Surinam* (1994) la Corte IDH elaboró una doctrina jurisprudencial en torno a la configuración de privación de la libertad personal, y se advierte que en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007) la Corte IDH amplió los criterios ya establecidos en *Gangaram Panday* y realizó un análisis minucioso y diferenciado de cada numeral del artículo 7o. de la Convención. En concreto, en cuanto al artículo 7.2, la Corte determinó que: “Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal”.³³

Y en párrafo seguido de su sentencia la Corte se preocupa por dejar establecido qué entiende por “reserva de la Ley”, y dice que:

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.³⁴

Entonces, si la Corte IDH ha establecido que el artículo 7.2 de la Convención reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física, y que sólo conforme a la “reserva de la ley” puede afectarse el derecho a la libertad personal, por lo que entonces pasa a establecer que: “La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de (las víctimas) se realizaron conforme a la legislación”.³⁵

Ahora bien, cuando la Corte IDH deja por sentado que la función que le impone el artículo 7.2 de la Convención, consistente en verificar que las detenciones de las víctimas se realicen conforme a la legislación interna del Estado parte y, claro, siempre que no sea inconvencional, ello, en efecto, implica la determinación de ¿qué entiende la Corte por “ley” (legislación) interna?, y se explica que para la determinación del concepto de “ley” la Corte se remita a lo que anteriormente ha fijado en la Opinión Consultiva 6/86, esto es que “ley” es: “(una) norma jurídica de carácter general, ceñida

³³ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 56; también en concordancia el *Caso Yvón Neptune*, párr. 96.

³⁴ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 57; también en concordancia el *Caso Yvón Neptune*, párr. 96; y *Caso Bayarri*, párr. 54

³⁵ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 58, y también *Yvón Neptune*, párr. 96.

da al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.³⁶

Por otra parte, en materia de protección de los derechos humanos hay, en efecto, una limitación a la libertad de configuración que tienen el legislador nacional y que frente a legislar en torno a mecanismos que confronten el derecho fundamental y humano a la libertad y seguridad personal hoy se impone, incluso, la “inconstitucionalidad por omisión legislativa”, cuando el órgano legislativo legisla por debajo del estándar mínimo establecido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En derecho comparado vale traer a cita, también, la sentencia del 5 de abril de 1988, emitida por el Tribunal Constitucional Chileno, en la cual analiza el control preventivo de constitucionalidad, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, constató la existencia de importantes vacíos en dicha normativa legal. Al efecto, el tribunal constitucional señaló:

...algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional en su fallo determinó: “Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia”.³⁷

Mediante las sentencias exhortativas se puede advertir al legislador sobre deficiencias del ordenamiento jurídico para que sean corregidas, pero también son útiles para dar al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativos, de tal manera que el legislador pueda cumplir el ejercicio de la tarea legislativa bajo orientaciones en aquellos temas sensibles de la constitucionalidad y hasta bajo advertencias de supuestos inconstitucionales.

³⁶ La Expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párr. 38.

³⁷ Salas Parra, Nicolás, *op. cit.*, p. 1

5. *Sentencias prospectivas*

En la última o más reciente denominación de modulaciones constitucionales aparecen las “sentencias prospectivas”, y bajo esta denominación se quiere definir aquellas sentencias que modulan sus propios efectos en el tiempo. Los efectos de la sentencia pueden dividirse en el tiempo, personales, materiales y económicos.

Las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*, son constitutivas, por la cual la ley desaparece para el futuro como si hubiera sido derogada.

Para Kelsen la anulación de una ley por sentencia tiene el mismo carácter que una ley que abroga a otra ley. Es un acto de legislación negativa, pues la Constitución le concede al tribunal constitucional una función legislativa que en principio estaba reservada al Parlamento. Por tal razón los miembros del tribunal constitucional, a diferencia de los otros jueces que son nombrados por la administración, son elegidos por el Parlamento. Con este tipo de elección se le piensa dar independencia al tribunal constitucional, principalmente con relación a la administración, la cual dicta normas jurídicas y reglamentos con los mismos efectos legales de las leyes y por lo tanto con una fuerza de gran trascendencia política, sujeta al control constitucional del tribunal. Por el mal uso de ese poder la administración podría fácilmente suprimir al Parlamento y así eliminar la base democrática del Estado. Una prueba de tal afirmación fue la utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al gobierno a promulgar reglamentos y que fue el camino a través del cual fue destruido el carácter democrático de la República de Alemania y preparado el camino para el ascenso del nacional-socialismo al poder.³⁸

En el sistema difuso tradicional la sentencia de inconstitucionalidad es declarativa de la nulidad absoluta con efectos retroactivos, salvo sobre aquellos casos de situaciones dignas de protección.³⁹

Comenta Escobar que para evitar graves daños a la seguridad jurídica, la paz social y la justicia, se suaviza la retroactividad de la sentencia, excluyendo de sus efectos las situaciones siguientes: las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material; los derechos adquiridos de buena fe por la ley anulada; las relaciones jurídicas extinguidas por prescripción o caducidad.

³⁸ Kelsen, “La garantía...”, *op. cit.*, p. 84.

³⁹ Escobar Fornos, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999, p. 131.

dad; los hechos consumados material o técnicamente irreversibles. Tales límites se agrupan en la denominada teoría de las relaciones extrajudiciales.⁴⁰

Para Kelsen es difícil justificar la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, entre otra razón, por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo y porque la decisión recae sobre un acto del legislador que también interpreta la Constitución y tiene que ser respetada mientras no se declare su inconstitucionalidad. Se discute si la decisión de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de la ley tiene efecto de nulidad *ad initio* y, como consecuencia, esta nulidad afecta a toda la ley con efecto retroactivo de manera que todos los efectos que antes tuvo la ley son abolidos.

Mediante la emisión de una sentencia prospectiva se busca la solución considerada más justa para determinar los efectos en el tiempo de la sentencia que declara una inconstitucionalidad, y a tal efecto, la propia sentencia entra a determinar la fecha, en específico, desde la que ella producirá efectos.

Este tipo de sentencia, al determinar sus efectos en el tiempo, puede modular desde suspensión de efectos hasta el momento específico de producir sus efectos, y de esta manera se le puede permitir que el legislador pueda actuar antes de que la sentencia produzca sus efectos y, en tal previsión, adecuar el ordenamiento jurídico advertido de inconstitucional, entonces, al texto de la Constitución, y de esta manera se proyecta en la misma sentencia que sus efectos no son *ex nunc* sino *ex tuc* (pro futuro), evitando los efectos más dañinos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.

Valiéndonos del derecho comparado, vale citar la sentencia C-221 de 1997 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, en la que justificó las sentencias prospectivas que dicta esa corporación señalando que:

La aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.

Por otro lado, las “sentencias prospectivas” parecen tener su génesis axiológico en la valoración que hacen los tribunales y cortes constitucionales.

⁴⁰ Salas Parra, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).

les de no querer crear a través de la “sentencia estimativa” de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto a la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva ya que no existe una única regla que pueda deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, la que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles.⁴¹

Las sentencias prospectivas deben evaluar beneficios y perjuicios en tanto a sus efectos; deben ponderar los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos, porque esto puede producir un mal mayor que el que se busca evitar, y ésta es la razón por la que se concede un plazo razonable al legislador para que legisle en función de configurar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, dando así plena eficacia normativa a la Constitución.

X. CONCLUSIÓN

La idea de “poder constituyente” creado, originalmente, por Emmanuel Sieyès, en los albores de la Revolución francesa fue, definitivamente, el fundamento ideológico del constitucionalismo francés de los revolucionarios de 1789, y en ese ideario revolucionario se fijaron los roles del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

Esta fue la génesis del Estado liberal de derecho y aun cuando en su evolución se produjeron transformaciones del Estado y por ende en el modelo de administración de justicia, cuando Hans Kelsen le da forma a su modelo de control constitucional de las leyes, lo hizo en función del Estado liberal de derecho; es por ello que para el análisis del control de constitucionalidad hoy debemos distinguir entre el control constitucional bajo el modelo del Estado liberal de derecho y el control de constitucionalidad bajo el modelo de Estado constitucional, social y democrático de derecho, este último surgido luego del armisticio de la Segunda Guerra Mundial, y es sólo bajo este escenario de cambios de paradigmas que podemos entender el fenómeno de la modulación de las sentencias de control constitucional de las leyes.

Ya está superado el debate en torno a la legitimidad constitucional de las modulaciones constitucionales; no obstante, lo que hoy se debate son sus límites. Es por eso que en el presente trabajo expusimos cinco tipos de mo-

⁴¹ *Idem.*

dulaciones constitucionales: sentencias interpretativas, sentencias aditivas o integradoras, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas, sentencias prospectivas, y es que su identificación nos ha permitido exponer sus contenidos y su límites.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.
- HAURIQU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial REUS, 1984.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 1991.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, Bogotá, Temis, 1986.
- SALAS PARRA, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).
- SANCHEZ Viamonte, Carlos, “Constituyente”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1984, t. IV.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, trad. de Marta Llorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.

REFLEXIONES SOBRE EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y SU OBRA *QUÉ ES EL TERCER ESTADO, ASÍ COMO SUS OTROS* APORTES A LA FORJA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Ernesto BLUME FORTINI*

El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución francesa.

Paul BASTID, *Sieyès et sa pensée.*

Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789.

David PANTOJA MORÁN, *Escritos políticos de Sieyès.*

...habrá que reconocer en el abate Sieyès el espíritu inmortal de la Revolución Francesa en uno de sus aspectos más perdurables.

Comparados con él, desde ese punto de vista, los demás protagonistas solo ocupan el lugar de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos.

Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Poder Constituyente.*

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Magíster en derecho con mención en derecho constitucional y doctorando en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho constitucional y de derecho procesal constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO: I. *El tiempo de Sieyès.* II. *Reseña biográfica.* III. *Resumen de sus escritos políticos.* IV. *El significado general de su obra.*
V. *Bibliografía.*

Colaboro con gran satisfacción en la presente obra, producida a raíz del “VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. El derecho procesal en perspectiva histórica a 200 años del Tribunal de Ario de Rosales (1815-2015)”, realizado en Morelia, Michoacán, México, los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015, aportando el trabajo intitulado “Reflexiones sobre Emmanuel Joseph Sieyès y su obra *Qué es el Tercer Estado*, así como sus otros aportes a la forja del Estado Constitucional” que ofrezco tomando como base la ponencia que en su momento presentara al X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, la cual he revisado, remozado y ajustado para esta oportunidad.¹

Emmanuel Joseph Sieyès fue el personaje que produjo la más sólida construcción jurídica que completó y consolidó el pensamiento político de sustento de la Revolución francesa y marcó el inicio de la formación del Estado constitucional moderno en el mundo occidental; sin embargo, sin desmerecer sus extraordinarios aportes y coincidiendo con David Pantoja Morán, quien a su vez basa sus reflexiones en los indispensables trabajos sobre la vida y obra de Sieyès elaborados por Paul Bastid y Jean Denis Bredín,² es una figura:

...históricamente controvertida y llena de contrapuntos. Brillante redactor de Constituciones, pese a ello no pudo legar una sola a Francia pues sus numerosos proyectos se quedaron en borradores. Revolucionario intransigente en

¹ El trabajo fue presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), bajo el título “El aporte de Sieyès a la Forja del Estado constitucional” e incluido en su memoria, Lima, IDEMSA, 2009, t. I, pp. 17-48. Sobre la misma materia puede verse el trabajo titulado “Emmanuel Joseph Sieyès: Su tiempo, su vida y sus aportes” publicado en el número 3 del *Anuario 2009*, editado por el Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador, 2009, pp. 131-176.

² Al respecto, el propio David Pantoja Morán, quien es uno de los estudiosos de habla hispana que ha investigado más sobre Emmanuel-Joseph Sieyès sostiene, en nota de pie de página a la introducción de la obra que citamos, “Quienquiera profundizar en la vida y obra de Sieyès deberá consultar el indispensable trabajo de Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée, op. cit.* Un trabajo también ampliamente recomendable es el de Jean Denis Bredin, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Éd. De Fallois, París, 1988”. Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, introducción, estudio preliminar de David Pantoja Morán, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 17.

una primera hora como ideólogo, deviene más tarde en afanoso conservador del orden, de la seguridad y de la estabilidad. Enemigo mortal de la realeza, termina por instalar en el trono de Francia a una casa reinante sin tradición y sin leyes fundamentales. Combatiente sin tregua en contra de los privilegios de la nobleza, acepta recibir el título de conde. Teórico de la libertad, le abre la puerta a la dictadura. Constant mismo, su admirador y amigo, resume así su sinuoso destino: ‘Sieyès es uno de los hombres que hicieron el mayor bien a Francia en 1789 y que después de dos o tres épocas le produjeron el mayor de los males.³

Curiosamente, como afirma el mismo autor, en la línea de Pascuale Pasquino:⁴

Lo mismo calificado por sus contemporáneos como “Oráculo del Tercer Estado” que como “Topo de la Revolución”, cuenta con una paradoja más en su haber, pues el éxito y la difusión extraordinarios de su texto sobre el Tercer Estado, en cierta medida, deformaron su obra, ya que hicieron olvidar y casi borrar de la memoria colectiva sus escritos concernientes a la teoría política-constitucional que contiene unas de las contribuciones más significativas al derecho público y a la ciencia política de la Europea contemporánea.⁵

Sobre esto último, sostiene Bastid, citado por Pantoja:

...que la Teoría constitucional de Sieyès es uno de los productos más auténticos de la ideología nacional francesa. Sus ideas han sido una especie de botín del que se han apoderado generaciones enteras, sin el remordimiento de apropiarse de algo ajeno. De una pluma a otra y de una cabeza a otra pasaron las ideas del filósofo, mientras que solo se le consagraban algunas líneas desdeñosas o condenatorias al hombre político. Con todo, el pensamiento de este gran doctrinario penetró profundamente en el derecho político y se incorporó a las reflexiones de los juristas y politólogos que le sucedieron. He ahí su desquite: su actividad especulativa y su papel histórico se extinguieron después del brumario, pero es el gran clásico del derecho público francés que apenas empieza a ser reconocido.⁶

Y Pantoja agrega:

³ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

⁴ Cf. Pasquino, Pascuale, “Emmanuel Sieyès, Benjamín Constant et le «Gouvernement des Modernes», contribution à l’historie de representation politique”, *Revue Francaise de Science Politique*, abril de 1987, p. 218.

⁵ Pantoja Morán, David (comp.), *op. cit.*, p. 18.

⁶ *Loc. cit.*

Por lo demás, para el constitucionalismo latinoamericano reviste singular importancia la revisión de sus aportaciones, pues influyeron de manera decisiva en la conformación de las ideas-fuerza plasmadas en las constituciones que nos han regido. Esta influencia se dejó sentir directamente al ser recibida como legado de la Revolución Francesa en estas tierras, e indirectamente merced a la experiencia liberal española que la adaptó e hizo posible su trasplante.⁷

En la línea de hacer una revisión de sus aportes, el presente trabajo se inicia con una sucinta referencia a la época y al entorno en que vivió Sieyès, que en gran medida permite comprender su peculiaridad y su genialidad, para apuntar a continuación algunas pinceladas de su biografía y, seguidamente, empezar a revisar su producción político jurídica, en una suerte de breve extracto de lo que la doctrina ha dado en llamar sus escritos políticos, con énfasis en *¿Qué es el tercer estado?*, concluyendo con algunas reflexiones sobre el significado general de su obra; reflexiones que operarán como un proemio de sus ideas sobre el Estado plasmadas en su obra.

I. EL TIEMPO DE SIEYÈS⁸

Emmanuel Joseph Sieyès vivió entre 1748 y 1836;⁹ es decir, entre mediados del siglo XVIII y el primer tercio del siglo XIX, que fue un periodo esencial en el desarrollo de las ideas políticas y cambios sociales para la humanidad, en lo que respecta al mundo occidental, al punto que en él se completa y consolida el paso de la monarquía del derecho divino al inicio de la democracia moderna, cambiando el eje de la titularidad del poder político de Dios o la divinidad al pueblo; éste, como colectivo conformado por una sumatoria de individuos a los cuales les corresponde una alícuota de tal poder. Para dar ese paso y consolidarlo Sieyès y, más propiamente, sus ideas jugaron un rol

⁷ *Loc. cit.*

⁸ La información que se consigna a continuación respecto al tiempo de Sieyès está sustentada en la obra *La Revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*, de Georges Lefebvre, Santa Fé de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 7-169, y en Madelin, Louis, *Los hombres de la Revolución Francesa*, trad. de Amanda Fons de Gioia, Buenos Aires, Ediciones B Argentina, 2004, pp. 303-333.

⁹ Una excelente biografía de Sieyès puede encontrarse en idioma inglés en la obra de Glyndon Van Deusen, *Sieyès: His Life and his Nationalism*, Nueva York, Ams Press, 1968. Además, es útil la precisa y concisa reseña de David Pantoja Morán contenida en la introducción del libro: Sieyès, Emmanuel J., *¿Qué es el Tercer Estado? Seguido del Ensayo sobre los privilegios*, trad. de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989, pp. 7-49.

tan importante, que le ha valido perennizarse en la historia y merecer comentarios como los siguientes: “El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución Francesa”, “Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789” y “...habrá que reconocer en el abate Sieyès el espíritu inmortal de la Revolución Francesa en uno de sus aspectos más perdurables. Comparados con él, desde ese punto de vista, los demás protagonistas sólo ocupan el lugar de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos”. Comentarios que son de autoría de Paul Bastid,¹⁰ David Pantoja Morán¹¹ y Carlos Sánchez Viamonte,¹² respectivamente.

Comprender a este personaje implica explorar la época que le tocó vivir. Por ello, es conveniente recordar que en el siglo XVII el régimen absolutista se fortaleció en Francia, contrariamente a lo que aconteció en Inglaterra, en donde se había ido debilitando. Los hugonotes fueron vencidos en la Rochela y varias conspiraciones detectadas, controladas y finalmente desactivadas. Cayó derrotado el feudalismo estamentario, aunque quedaron algunos de sus rezagos completamente subordinados al poder absoluto del rey, quien reafirmó su autoridad y aumentó la exaltación de la teoría del derecho divino, que era el fundamento del absolutismo. Las ideas del rey como “príncipe cristianísimo y vicario de Cristo”, “cabeza de una parroquia de vasallos” y “salvador de la patria” recobraron plena vigencia.

Sin embargo, tal fortalecimiento, que tuvo una expresión importante en la política conquistadora llevada a cabo en Europa por Luis XIV, valiéndole el apelativo de “Rey Sol”, y que significó el mantenimiento de numerosos enfrentamientos armados, fue costoso y agravó la ya precaria situación del pueblo; especialmente del tercer estado o burguesía, que era la única obligada a pagar tributos y a proporcionar soldados al ejército francés. A la muerte de Luis XIV, producida a inicios del siglo XVIII, el pueblo francés se encontraba en una tremenda pobreza, a diferencia de la nobleza y del clero que vivían en la opulencia y en la abundancia; situación que se deterioró ostensiblemente, debido a los sucesores de aquel monarca, el Duque de Orleáns, que fue regente, y el rey Luis XV, quienes sin reparos consintieron abiertamente y a vista de todos la corrupción y el impudor de la nobleza y del clero. En el gobierno de Luis XVI, que sucedió a Luis XV, el empobre-

¹⁰ Bastid, Paul, *Sieyès et sa pensée*, París, Hachette, 1970. Citado por David Pantoja Morán en la Introducción del libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, cit.

¹¹ Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, cit., p.17.

¹² Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 240.

cimiento y la miseria aumentaron, se siguieron fomentando los privilegios en las minorías y a ello se sumó la debilidad del propio rey, quien lejos de enfrentar y superar la crisis, en la práctica, entregó la conducción de Francia a algunos de sus allegados de la nobleza y a la reina María Antonieta de Austria revelando la adicional grave crisis de mando existente.

En forma simultánea, se fue agudizando el enfrentamiento ya existente desde mucho tiempo antes entre la burguesía y la nobleza y el clero, que era, en el fondo, una confrontación de quienes soportaban el peso de la crisis y que, a pesar de todo habían desarrollado las manufacturas y el comercio (en lo que podría denominarse el capitalismo de la burguesía), y quienes representaban el feudalismo, los privilegios y la corrupción. No hay que olvidar sobre este particular que la nobleza y el clero poseían las dos terceras partes de las tierras en Francia, no pagaban impuestos y recibían pensiones y sinecuras, mientras que la burguesía, que llevaba bajo sus hombros el peso de la crisis y el costo del aparato productivo del país, poseía un mínimo de las tierras, pagaba elevados tributos y sufragaba los costos de las pensiones y sinecuras. A este preocupante escenario se sumó la reducción de la producción agrícola de alimentos para la población y de materias primas para la industria, a causa de prolongadas sequías, lo que además provocó una gran desocupación, que obligó al rey Luis XVI a exigir a la nobleza y al clero el pago de tributos, decisión que motivó resistencia y disgusto, debilitando la posición del monarca, al perder en significativa medida el respaldo que le habían dispensado.

En ese contexto de crisis a punto de un estallido social y político, los ministros Turgot, Necker y Brienne, que habían propuesto la imposición de tributos a la nobleza y al clero, recomendaron al rey que, como medida de solución, procediera a convocar a los tres estamentos de la sociedad francesa —la nobleza, el alto clero y el estado llano o tercer estado— a estados o Asambleas Generales, que no se habían reunido desde 1617, por la marcada tradición absolutista francesa, que minimizaba todo atisbo participacionista de la población. Luis XVI aceptó la recomendación y a fines de 1787 convocó a la nobleza, al alto clero y al estado llano; decisión que implicaba que se eligieran a los diputados de cada Estado general. Llevadas a cabo las elecciones producidas al efecto, la nobleza obtuvo 148 diputados, el alto clero 247 y el tercer estado o burguesía 500.

Al respecto, es necesario también apuntar que, en aquella época, cuando se convocaban a elecciones para elegir diputados del tercer estado, los electores acostumbraban redactar unos cuadernos denominados “Cahiers”, manifestando sus preocupaciones, sus problemas y sus reclamos, que se exponían en algunos lugares públicos para conocimiento de los candidatos.

De tales cuadernos se desprendía que los principales pedidos de los burgueses campesinos eran la supresión y la rebaja de los impuestos, mientras que los burgueses citadinos reclamaban la dación de una nueva Constitución para Francia y participación en la administración y conducción política del Estado. Y, así mismo, conviene recordar que el sistema establecido exigía que cada estamento —la nobleza, el alto clero y el estado llano o tercer estamento— se reuniera por separado y adoptara sus propias decisiones por mayoría de votos. Esto es, a razón de un voto por diputado; sin embargo, en la reunión de los tres estados generales cada estamento representaba un voto. Vale decir, que la nobleza tenía un voto, el alto clero un voto y la burguesía un voto, sin importar el número de diputados de cada estamento, lo cual colocaba siempre en desventaja al tercer estado, a pesar que tenía el mayor número de diputados y representaba a la gran mayoría del pueblo francés.

Ahora bien, volviendo a lo acontecido en aquel entonces, cabe señalar que, habiéndose realizado las elecciones internas con los resultados antes mencionados, el 5 de mayo de 1789 se reunieron los estados generales en Versalles, oportunidad en la que los diputados del tercer estado comprobaron que los representantes de la nobleza y del alto clero traían pre-acuerdos sobre la mayoría de las cuestiones económicas que se someterían al pleno, con el obvio propósito de asegurar la imposición de sus decisiones; comprobación frente a la cual los diputados del tercer estado propusieron que se modificara el sistema a un voto por diputado y no por Estado, recogiendo los planteamientos formulados por el diputado Emmanuel Joseph Sieyès.

Aquella propuesta de los diputados del tercer estado, basada como está dicho en el pensamiento de Sieyès, provocó dos hechos inéditos y de enorme trascendencia para Francia y el avance político social occidental: el primero, la propuesta se impuso a pesar de la tenaz oposición de los diputados de la nobleza y del alto clero; el segundo, el 17 de junio de 1789 los diputados del tercer estado, haciendo eco de las ideas de Sieyés y argumentando representar el 95% de la nación, se declararon en Asamblea Nacional y se señalaron como tareas enfrentar y resolver la grave crisis por la que atravesaba el país.

Como se sabe, enterado de la noticia, el rey Luis XVI mandó cerrar Versalles y trató de impedir que los diputados del tercer estado se volvieran a reunir, fracasando rotundamente en su empeño. En efecto, tres días después, el 20 de junio de 1789, se reunieron en la Sala del Juego de la Peñota de Versalles y juraron “no separarse jamás hasta no haber dado una Constitución a Francia”, argumentando que la nación requería un nuevo contrato social. El rey, después de presentarse ante la asamblea, dispuso que cada Estado se reuniera por separado y envío a un emisario a notificar a los diputados del tercer estado. La respuesta, manifestada por intermedio del

Conde de Mirabeau fue contundente: “Decid a vuestro amo que estamos aquí por la voluntad del pueblo y que no saldremos sino por la fuerza de las bayonetas”.

Ante la posición asumida por los representantes del tercer estado y la gravedad de la situación económica, social y política, Luis XVI se vio obligado a transigir. Dispuso la concurrencia de los diputados de la nobleza y del alto clero, a la sesión conjunta con los diputados del tercer estado convocada para el 27 de junio de 1789 y autorizó la conversión de los Estados Generales en Asamblea Nacional. Así se había producido el primer triunfo de la revolución de la burguesía. El triunfo de los principios liberales de la libertad, la igualdad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la propiedad.

Luego vendría un proceso revolucionario de varios años, que comprendió tres etapas claramente identificables:

- Una primera etapa, que abarcó desde la transformación de los estados generales en Asamblea Nacional hasta la conclusión de los trabajos de la Asamblea Legislativa, en la cual, entre otros episodios, se dio la famosa toma de la Bastilla (el 14 de julio de 1789), la abolición de los privilegios feudales (el 4 de agosto de 1789), la sanción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (el 26 de agosto de 1789) y la sanción de la Constitución de 1791, que estableció una monarquía constitucional.
- Una segunda etapa, que comprendió la aceleración de la revolución, la convocatoria a una Convención para revisar la Constitución, la dictadura jacobina y el periodo de la llamada “ley del terror”; etapa en la cual, entre otros episodios, se produjo el enfrentamiento del pueblo armado a los ejércitos extranjeros y la ejecución sumaria de unas mil personas entre el 2 y el 11 de septiembre de 1792, el procesamiento y la ejecución de Luis XVI en la guillotina el 21 de enero de 1793, el procesamiento y la ejecución de la reina María Antonieta en la guillotina en octubre de 1793 y la expedición de la mencionada “ley del terror”, que significó que entre septiembre de 1793 y julio de 1794 fueran guillotinadas mas de dos mil personas, acusadas de ser contrarrevolucionarias, y
- Una tercera etapa, de cierto deterioro de la Revolución, a partir del denominado golpe de Termidor y el gobierno del Directorio, en la cual, entre otros episodios, se dio el arresto de los jacobinos, la aprobación de la Constitución de 1795 y el descubrimiento de la conspiración de los iguales.

El proceso en cuestión, concluiría con el triunfo de Napoleón Bonaparte, la dación de una nueva Constitución y el establecimiento de la monarquía napoleónica absoluta, que en el fondo significó un Estado liberal-burgués, cuyo modelo esencial se ha prolongado hasta ahora en buena medida.

En el desarrollo de estos acontecimientos y, sobre todo, en la construcción de las ideas que dieron sustento a la Revolución francesa, a través de la estimación de la importancia y el auténtico rol del tercer estado como expresión del pueblo francés, jugó un papel trascendental el abate Emmanuel Joseph Sieyès, quien no sólo redefinió los conceptos de nación y de Constitución y concibió las categorías de poder constituyente y de poder constituido, así como sus características, diferencias y relaciones, sino que a partir de aquellas categorías creó la idea germinal del Estado constitucional y del control concentrado de la constitucionalidad. En tal sentido, conocer su vida contribuye a entender mejor la trascendencia y el significado de sus aportes.

II. RESEÑA BIOGRÁFICA

El 3 de marzo de 1748 vino al mundo en la localidad de Fréjus, ubicada al sur de Francia, Emmanuel Joseph Sieyès. El quinto de ocho hijos de la familia formada por Honoré y Anne Sieyés, quienes eran plebeyos, pero con cierto tinte de sangre noble en sus venas y de mentalidad conservadora. Honoré Sieyès tenía una renta independiente y un modesto ingreso como recaudador de impuestos.

Debido a la decisión de sus progenitores, a quienes amó y respetó muchísimo según su propia confesión, hasta que cumplió los 14 años de edad fue educado por un tutor, por los jesuitas y por los regentes del Colegio de los Doctrinaires de Draguignan, ingresando en 1762, también a instancias de sus padres, al Seminario de San Sulpice en París, apoyado por Césargues, Vicario General de Fréjus y amigo de su padre. Era en ese entonces un joven enfermizo y con marcada vocación por la carrera militar, pero aspirante, empeñoso y habilidoso para los estudios; atributos a los que sumaba una temprana vocación por la música.

Durante su preparación sacerdotal, que duró diez años, hasta 1772, estudió filosofía y teología, adquiriendo una reputación de hábil estudiante. También cultivó la música. Era notoria su especial inquietud por las ciencias y los nuevos principios filosóficos, así como por su racional rechazo a las ideas de la teología conservadora. Según el mismo Sieyès, fueron años de esfuerzos y de sacrificios, de estudio y de preparación con la rigurosidad que

imponía la formación religiosa de aquella época, y también años de amarguras y disgustos. Al concluir sus estudios contaba con 24 años de edad. En 1773 fue ordenado sacerdote. Sobre su estancia en el Seminario de San Sulpice en París, Pantoja comenta:

Diez años pasa Sieyès en el seminario, no para estudiar teología, ya que, contentándose con la licenciatura, desdeña el doctorado, tampoco para cumplir con los deberes del ministerio sagrado, pues ni ocupa el púlpito, ni imparte sacramentos, sino que su confinamiento tiene como móvil su aislamiento del mundo para dedicarse a la meditación. Sus superiores dejaron notas con observaciones sobre él, que testimonian el presentimiento de lo que algún día será: “el abate Sieyès, tan poco abate”, como lo concibe Chevallier, o “el Descartes de la política”, como lo llamará Saint-Beuve. Sin verdadera vocación para el ejercicio activo de su ministerio, pero compelido por lo exiguo de su fortuna, Sieyès debía encontrar sus medios de existencia en la profesión abrazada y, así, se consagra a los aspectos administrativos del clero...¹³

Vinieron tiempos duros; sin embargo, el novel clérigo siguió cultivando las investigaciones filosóficas y la música. El 20 de octubre de 1774, a raíz de los pedidos hechos por amigos influyentes y a la par del ascenso de Luis XVI al trono obtuvo la promesa de ser nombrado canónico en Bretaña, pero tal honor no le trajo ventajas pecuniarias hasta la muerte del titular. Recién a fines de 1775 recibió su primer real empleo, como secretario del monseñor Lubersac, obispo de Tréguier.

Transcurridos dos años, ya como diputado de la diócesis participó en los estados de Bretaña y observó con profundo disgusto el tambaleo de las clases privilegiadas. En 1780 acompañó a Lubersac como su vicario general, quien fue transferido a la diócesis de Chartres, convirtiéndose con el tiempo en canónico de la catedral y en canciller de la diócesis. En tal etapa formó parte de una comisión que cambió la vieja liturgia y actuó como representante de su diócesis en la Cámara Superior del Clero. Con este motivo vivió en París, disfrutando de la alta estima de su orden debido a su inteligencia y continuó con sus estudios filosóficos.

Sieyès mostraba una notoria seriedad y una impresionante agudeza intelectual, que se impusieron frente a su modesta y diminuta apariencia. Hombre simple, frágil y de insignificante contextura, aunque de rostro algo arrogante y de matiz intelectual, “...con su bien definida nariz y mentón, grandes y negros ojos, frente alta y tez pálida...”,¹⁴ que le daban “...la apa-

¹³ Pantoja Morán, David, “Introducción”, en Sieyès, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁴ Van Deusen, Glyndon G., *op. cit.*, p. 14.

riencia de un escolar en vez de la de un hombre de «*beau monde*».¹⁵ Tenía problemas con sus ojos, probablemente debido a la fragilidad de su salud y a la gran cantidad de tiempo que dedicaba a la lectura. Era de voz baja y carecía de facultades retóricas.

Paralelamente, mostraba una personalidad disconforme con el conservadurismo de algunos y era amante de la libertad. Era, tal como lo expresó en alguna ocasión, “...libre el mismo de todo sentimiento e ideas supersticiosas...”,¹⁶ pero de rápido progreso intelectual, lo cual en 1769 ya había llevado a Césarge a vaticinar, en carta dirigida a sus padres, “...este hombre joven les hará honor...”.¹⁷ Su ascenso a Chartres, confirmó esta predicción.

Fue peculiar su caso. A pesar de ser sacerdote su mente trabajó libre y poderosamente, sin ataduras, negándose a seguir cualquier escuela de pensamiento y aspirando a un sistema político y social perfecto, basado en el principio de la unidad armoniosa. Propugnó el concepto de unidad, defendiéndolo con pasión y soñando con la reunión del conocimiento humano en un solo y dulce acuerdo. En esa dirección solía manifestar: “Si falta ésto, solo hay mentes independientes, cuyo conocimiento es bueno para nada. No obstante que ellos pueden guardar mucho en sus memorias, son realmente ignorantes e inservibles”.¹⁸

Para conseguir el deseado estado de perfección y solucionar los problemas de los demás, se propuso la aplicación de los poderes mentales, afirmando que “Si el pensamiento se pierde, adiós a la humanidad”.¹⁹

Según Glyndon G. Van Deusen aparece en la correspondencia de Sieyès su espíritu de superación, como otro rasgo que perfilaba su especial personalidad, al extremo que si algo le fallaba lo invadía una gran amargura. “Yo me daré a mí mismo una vida digna o moriré”,²⁰ le escribió a su padre en 1773. Cuando en 1778 Lubersac falló en conseguirle una posición en la Corte, lo fustigó en los términos siguientes: “...Eso me hubiera podido llevar a Versalles. Mi Obispo me ha engañado; ...él quiere hacerme su ame déamnée ad Treger... no voy a poner mas fe en las promesas de este hombre que las que tengo respecto a las predicciones del almanaque. Yo lo pretendo, porque lo puedo hacer mejor”.²¹

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Ibidem* p. 16.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Loc. cit.*

Sus lecturas de Bonnet, Condillac y Locke le dieron grandes satisfacciones. A ellas sumó la lectura de otros pensadores; sin embargo, existen obvios puntos de similitud con Locke, desde que ambos consideraron la propiedad privada como un derecho natural e inalienable, ambos conceptuaron al pueblo como el auténtico titular del poder y ambos insistieron en un gobierno representativo, así como en la regla de la mayoría. Tampoco fue ajeno a Montesquieu y Rousseau, cuyas ideas complementaría.

No obstante que se tienen muy pocos datos de su vida durante los años anteriores a la Revolución, por lo que se presume que debe haber estado ocupado en sus trabajos administrativos en París y Chartres, se sabe que en 1780 escribió destacando la importancia de las asambleas provinciales —que venían fracasando—, sosteniendo que eran las únicas asambleas de propietarios y proponiendo su unificación, pergeñando las ideas que años mas tarde desarrollaría en defensa del tercer estado, y se conoce que 1787 fue un año de especial significación para el abate, ya que en ese año fue consejero del Parlamento de París e inició sus actividades políticas como representante del clero en la Asamblea Provincial de Orléanais, que sesionó sólo un corto tiempo —del 17 de noviembre al 22 de diciembre de dicho año—; asamblea de la que se publicaron algunos folletos de carácter anónimo, de los que probablemente Sieyès haya sido el principal inspirador, dado su sentido cuestionador y contestatario.

Entre los últimos meses del año siguiente, 1788, y los primeros de 1789, como ya se comentó antes, a raíz de la convocatoria a los Estados Generales realizada por el rey Luis XVI, aparecieron en Francia una gran cantidad de escritos con mensajes que cuestionaban el orden existente y planteaban lo que sus autores consideraban urgentes reformas para lograr salvar Francia. Uno de aquellos folletos, el principal y que sin duda alguna causó sensación, fue el elaborado por Sieyès bajo el título *¿Qué es el tercer estado? (Qu'est-ce que le Tiers Etat?)*, sobre el que Francisco Ayala afirmaría con todo acierto: “...ninguno impresionó de manera tan profunda y eficaz...”.²²

Se trataba, quizá, de su más importante creación, que sumada a sus precursoras ideas sobre control concentrado de la constitucionalidad, constituyen sus más extraordinarios aportes en la gestación del Estado constitucional. En esta línea, en lo que respecta a su trabajo rotulado *¿Qué es el tercer estado?*, debe apuntarse, siguiendo al mismo Francisco Ayala, que se trata de un texto que tiene un interés doble, por cuanto desde el punto de vista histórico constituye “...un documento vivo, inmediato y primordial del adveni-

²² Ayala, Francisco, “Introducción”, en Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, Madrid, Aguilar, 1973, p. XI.

miento de la clase burguesa al poder político”²³ y desde el punto de vista teórico “...contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo”,²⁴ que hace al núcleo del Estado constitucional.

Sobre lo afirmado en el párrafo anterior, se enfatiza que las ideas plasmadas con extraordinaria lucidez, sencillez, claridad y contundencia por el abate en el folleto en referencia dieron sustento y consistencia a la decisión de los diputados del tercer estado de exigir que los acuerdos de los estados generales se adoptaran por votación individual de los diputados de cada uno de los tres estados, así como a la trascendental e inédita decisión de convertir a los estados generales en Asamblea Nacional, materializada el 27 de junio de 1787, que, sin lugar a dudas, constituye el primer triunfo de la revolución burguesa.

En esta brevíssima reseña biográfica debe señalarse que, en la segunda etapa de su vida pública, el abate Sieyès se convirtió en un personaje discutido al apoyar activamente a Napoleón Bonaparte, llegando a ser uno de sus tres cónsules provisionales y, posteriormente, senador; falleciendo el año 1836 a la edad de 88 años.

No obstante su extraordinaria valía y sus aportes, Sieyès fue un personaje controvertido. Si bien, como se adelantó, David Pantoja Morán ha sostenido, siguiendo las ideas de Paul Bastid y Jean Denis Verdín,²⁵ que “Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789”, ha tratado de explicar esta aparente contradicción afirmando que “existen varias razones que en conjunto permiten elaborar una explicación, quizá plausible, del porqué este injusto trato a Emmanuel-Joseph Sieyès por la historia francesa”.²⁶ Esas razones pueden ser las que a continuación se refieren.

Una primera, recogida por el propio Pantoja apoyándose en Bastid consistente en que

...aunque su pluma no dejó territorio sin tocar en todo el derecho público, lo hizo de un modo sucesivo y en disperso, lo que permite afirmar que el plan general lo tenía solo en la mente. Sus escritos publicados no cuentan sino con algunas cuantas páginas en total y repartidas en discursos o folletos, marcados todos por la impronta de la coyuntura y ninguno de los cuales forma un tratado completo. Algunos de ellos están plagados de lagunas, de largas digresiones y redactados de manera oscura. Aunque otros, es verdad, fueron notables

²³ *Ibidem*, p. 13.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ Bredin, Jean Denis, Sieyès, *La clé de la Révolution française*, París, Éd. De Fallois.

²⁶ Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, *cit.*, p. 17.

por su eficacia y oportunidad políticas y le dieron enorme popularidad. El inventario mismo de lo impreso se presta a controversia, pues algunos escritos aparecieron en forma anónima y otros firmados por plumas ajena. Aparte de lo publicado, sus escritos personales inéditos podrían ser de enorme interés. Algunos extractos los recoge Saint-Beuve en sus célebres “Charlas de los Lunes”, pero hoy están perdidos.²⁷

La segunda, enraizada en lo que el mismo Pantoja describe como “...ese cataclismo histórico en el que le tocó jugar un papel central”,²⁸ que arrastró a todos sus protagonistas y testigos en el cúmulo de fuerzas centrífugas y centrípetas que en su interior anidaron, en el cual “Sus ideas jurídicas y políticas dieron sustento al trastocamiento de la idea de legitimidad del antiguo régimen por una nueva de diferente linaje, por lo que se le reputa como el partero de la nueva sociedad emergente”.²⁹ Empero, más tarde vota a favor de la ejecución del rey y culmina contribuyendo al golpe de Estado del 18 brumario, por lo que se le ha llamado nada menos que el “sepulturero del periodo revolucionario”.³⁰

III. RESUMEN DE SUS ESCRITOS POLÍTICOS

Antes de hacer referencia a la producción de Sieyès que se aborda de manera muy breve, es pertinente efectuar algunas precisiones como lineamientos bibliográficos. En ese empeño se recogen las orientaciones de Bastid³¹ y del propio Sieyès,³² en el sentido que debe distinguirse entre los escritos que se imprimieron, que no son muchos, de los escritos que no se imprimieron, comúnmente llamados manuscritos, que son numerosos y no presentan un orden determinado; así como entre los documentos protocolares, que se evacuaron por el ejercicio de las funciones oficiales que le cupo desempeñar y sus textos políticos, que son los realmente importantes, entre los cuales existen algunos de su indiscutible autoría y otros cuya paternidad se le puede atribuir fundadamente, por la imputación de sus contemporáneos o las expresiones

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ Bastid, Paul, *op. cit.*, pp. 313-339.

³² Sieyès, Emmanuel-Joseph, *Ecrits Politiques*, selección y presentación de Robert Zapponi, París, Ed. Des Archives Contemporaines, 1985, pp. 19-21.

que lo identifican. Son algunos de sus escritos políticos los que se comentan a continuación, en estricto orden cronológico.

1. *Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789 (Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789)*

Este texto político fue redactado en el verano de 1788, como un panfleto anónimo, pero se difundió recién a fines de ese año o a los inicios del siguiente, en una primera edición, que después fue seguida por una segunda. En el mundo hispano se publicó en 1989 por la Universidad Nacional Autónoma de México, precedido de un estudio preambular y una cronología cuya autoría corresponde a Raúl Cardiel Reyes. En 1993 aparece incorporado en la primera edición de la obra de David Pantoja ya citada, sobre los *Escritos políticos de Sieyès* auspiciada por el Fondo de Cultura Económica, trascrito literalmente en su versión en español desde la página 63 a la 114.

El abate en sus posteriores trabajos hará numerosas referencias a este texto, más que a ningún otro, en el cual da una fervorosa respuesta a la declaración formulada por el rey Luis XVI al lanzar la convocatoria a los Estados Generales para Asamblea Nacional, quien invocó como fundamento de su decisión la tradición histórica francesa, lo cual para Sieyès era una burda farsa, si se tiene en cuenta que los estados generales no se habían reunido desde 1617 (desde hacía más de ciento doce años) y que la nobleza y el clero eran abiertamente reacios a su funcionamiento. Considera que la convocatoria se había dado forzada por las circunstancias de crisis y caos por las que atravesaba Francia, pero no por una intención sana y sincera, que nunca existió, y desarrolla las tres condiciones que deben darse para que los estados generales sean grandes y útiles: el derecho de hacer; la libertad de hacer, y la permanencia de lo que se haga.³³

Así dirá con extraordinaria lucidez:

Los Estados Generales han sido convocados y se instalarán porque han llegado a ser necesarios; aun para aquellos que les temen más, y es el caso de decirlo, de publicarlo con todas nuestras fuerzas para no dejar que se pierda nuestro reconocimiento: la instalación de la Asamblea Nacional no será el

³³ Sieyès, Emmanuel Joseph, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès, cit.*, p. 65.

fruto de ninguna buena intención por parte del Ministerio. No la deberemos más que al exceso del mal. El exceso del mal lo habrá hecho todo.³⁴

El cuadro de lo que ha sucedido, en este sentido, lo debemos a nuestros nietos. Es necesario enseñarles que la gran máquina política fue establecida para proteger, pero que administradores incompetentes se volvieron contra su objetivo, arruinaron la fortuna y destruyeron la persona de los ciudadanos; ¡y que este juego cruel haya llegado a ser el curso ordinario de las cosas y que nosotros lo hayamos sufrido!... Esto se habría mantenido mucho tiempo si los ministros no hubiesen, en sus días de delirio, ellos mismos torcido o roto los resortes.³⁵

Así, el término de Estados Generales se coloca al fin en los labios de visir francés, sin que el odio haya podido abandonar su corazón. En el fondo del alma tenían aún esperanza en la hipocresía y en el tiempo. Su hipocresía ha sido descubierta y el tiempo no ha hecho más que impulsarlo imperiosamente hacia los temidos Estados Generales. Él los ve enfrente y olvida la necesidad que manda, sensible únicamente al propio peligro; utiliza, para alejarlo, todas las medidas y todas las maniobras; comete atentados como si ensayara expedientes.³⁶

En fin, los ministros han llevado su criminal audacia hasta sopesar fríamente y calcular en sus consecuencias el afrentoso de una terrible bancarrota o el proyecto más criminal aún de una guerra civil; y si esos execrables medios han terminados por ser rechazados, jolvídaos de tener reconocimientos!³⁷

Es que una vez examinados los han juzgado insuficientes. Es así como los amigos y enemigos de la nación deben por fin reunirse en el mismo punto, aunque sea por distintos caminos. El del interés nacional, que conduce a todos los buenos ciudadanos y el de los abusos y excesos que entraña al gobierno. Nunca pudo ser la Asamblea Nacional un proyecto franco y honesto de su parte; es solamente el término inevitable de sus depredaciones. Ah, ¿cómo no entregarse a una profunda indignación pensando que los Estados estarían, todavía, en el mundo de las quimeras, si los crímenes de los ministros no hubiesen sido más activos, más poderosos en sus efectos que el voto justo, necesario y, sin embargo, sin fuerza de 25 millones de hombres?³⁸

No se podrá evitar su instalación pues esta Asamblea Nacional que tantos votos la han pedido y que tantas esperanzas la acompañarán y cuyos frutos serán tantos más preciosos cuanto sabrá juntar a la fuerza de las circunstancias, una conducta ilustrada, valiente y equilibrada a la vez.³⁹

³⁴ *Ibidem*, p. 64.

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

³⁹ *Ibidem*, p. 65.

Muchos buenos patriotas denunciarán los vicios que deben reformarse e indicarán el bien que hay que hacer, propondrán sistemas de legislación llenos de medidas útiles. Para nosotros, persuadidos que contra la experiencia de los males, la mayor parte de los diputados reunirán la ciencia de los verdaderos remedios y el deseo real de la cura, suponemos que no solamente quieren hacer el bien sino que sabrán en qué consiste. Pero tan perfecto, tanto completo como se suponga el plan de aquello que quieran establecer para el interés del pueblo, no es más que la obra de un filósofo; solo un proyecto. Por su propio sentido, el administrador buscará los medios de ejecución. Se dará cuenta de la posibilidad de llevar a cabo las buenas ideas del filósofo, pero éstas son dos distintas maneras de pensar. ¿Dispondrán los Estados Generales de los suficientes medios de ejecución? ¿Los tendrán de una manera segura? Esta es la pregunta siguiente a la cual me limito. Por lo mismo este trabajo no puede ser visto más que como un suplemento del gran número de obras que las circunstancias van a hacer surgir.⁴⁰

Afirmamos que los Estados Generales no serán grandes y útiles por mucho saber y querer que se les atribuya. Reunirán el poder de derecho y de ejecución, ¿así será?⁴¹

Como se adelantó:

Tres condiciones constituyen este poder: la primera, el *derecho* de hacer; la segunda, toda la *libertad* al hacer, y la tercera, la *permanencia* de aquello que será hecho.⁴²

Esta división es clara. Para seguirla prevemos tres secciones: 1) Que los Estados Generales tienen el derecho de legislación. 2) Que no pertenezca más que a los Estados Generales el ejercer libremente el poder legislativo. 3) Que los Estados Generales puedan establecer y hacer permanente el resultado de sus deliberaciones.⁴³

Nótese que Sieyès, hábilmente, después de desenmascarar al rey en lo que hace a sus verdaderas motivaciones para convocar a los estados generales, que eran muy ajenas a tradición alguna y, por el contrario, estaban referidas a la búsqueda desesperada de una atenuación a la crisis existente, utilizando coyunturalmente y sin reparos la figura de los estados generales, rescata su importancia y les atribuye un rol salvador ante la crisis existente, sembrando esperanzas en el pueblo francés y ofreciendo la fórmula a aplicar

⁴⁰ *Loc. cit.*

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ *Loc. cit.*

para que se conviertan en órganos con verdadero poder y con facultad de ejecución, a través del ejercicio libre y exclusivo del derecho de legislación y el carácter coercitivo de sus decisiones. Dado el contexto precedentemente descrito, se trató de una actitud valiente, contestataria y juiciosa en aras de una reivindicación de los estados generales y del respeto a sus decisiones.

2. *Ensayo sobre los privilegios (Essai sur les privilèges)*

A pesar que fue producido terminando el verano de 1788, recién se conoció, como pamfleto anónimo, con motivo de la segunda asamblea de los notables, consultada sobre la convocatoria a los estados generales, y meses después apareció su segunda edición, a la caída de Loménie de Brienne y la llegada de Necker al ministerio cuando se abrió el frente antiabsolutista y se agudizaron los conflictos entre el tercer estado y la aristocracia.

En este ensayo Sieyès destruye los argumentos sostenidos por los privilegiados a favor de la jerarquía social existente, por ser incompatibles con los cambios que se venían dando. En esa línea, afirmó

Se ha dicho que “privilegio” es *una dispensa para el que lo obtiene y un desaliento para los demás*. Si ello es así, convengamos en que es una pobre invención ésta de los privilegios. Supongamos una sociedad perfectamente constituida y lo más dichosa posible. ¿No es cierto que para trastornarla por completo será suficiente dispensar a unos y desalentar a los demás?⁴⁴

E incitó la reacción de quienes vivían ese drama con estas reflexiones:

El pueblo cree, casi de buena fe, que no tiene derecho más que a lo que está expresamente permitido por la ley. Parece ignorar que la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas. El legislador ha sido establecido no para conceder, sino para proteger nuestros derechos. Si a veces limita nuestra libertad, lo hace en virtud de aquellos de nuestros actos que resulten perjudiciales a la sociedad y, por tanto, la libertad civil se extiende a todo aquello que la ley no prohíbe.⁴⁵

⁴⁴ *Ibidem*, p. 115.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 115 y 116.

Para abundar en el sentido que: “Conceder a alguno un privilegio exclusivo sobre lo que pertenece a todo el mundo sería hacer daño a todos en beneficio de uno solo, lo que representa a la vez la idea de la injusticia y de la más absurda sinrazón”,⁴⁶ y sentenciar: “Todos los privilegios son, pues, por su propia naturaleza, injustos, odiosos, y están en contradicción con el fin supremo de toda sociedad política”,⁴⁷ y, por lo tanto, “la masa de ciudadanos es siempre la cosa principal, la que debe ser servida; ¿deberá, por tanto, ser ella sacrificada al servidor, a quien no se premia más que por haberla servido?”.⁴⁸

Advertirá el abate de Fréjus con visión clara y precisa:

No confundamos, en ningún caso, la superioridad absurda y quimérica, obra de los privilegios, con la superioridad legal entre los gobernantes y los gobernados. Ésta es real y necesaria. No enorgullece a los unos ni humilla a los otros; es una superioridad de funciones y no de personas. Pero si aún esta superioridad no puede compensar de las dulzuras de la igualdad, ¿qué hemos de pensar de la quimera de que se alimentan los simples privilegiados?⁴⁹

Y dirá:

Si en el orden de lo malo y de lo absurdo hay clases, indudablemente los privilegios hereditarios deben ocupar la primera y no me daré por vencido hasta probar una verdad tan palpable. Hacer de un privilegio una propiedad transmisible es querer arrojar de sí hasta los menores pretextos para justificar la concesión de tales privilegios; es trastocar todo principio, toda razón.⁵⁰

Para concluir sosteniendo que:

El tema de los privilegios es inagotable, como los prejuicios que conspiran para sostenerlos. Pero dejemos este tema y ahorremos las reflexiones que inspira. Llegará un día en que nuestros descendientes, indignados, queden estupefactos ante la lectura de nuestra historia y den a ésta inconcebible demencia el nombre que merece. Hemos visto en nuestra juventud cómo algunos escritores se distinguían atacando valerosamente opiniones de gran fuerza, pero perniciosas para la humanidad. Hoy se contentan con repetir en sus conversaciones y en sus escritos razonamientos anticuados contra prejuicios

⁴⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 122.

⁵⁰ *Loc. cit.*

que no existen ya. Éste de los privilegios es quizá el más peligroso de los que han aparecido sobre la tierra, el más íntimamente ligado con la organización social, el que más profundamente la corrompe y en que hay más intereses ocupados en defenderle. He aquí bastantes motivos para excitar el celo de los verdaderos patriotas y para enfriar el de la gente de letras.⁵¹

Palabras sólidas y contundentes, expresadas con valentía y solvencia. La situación de los privilegios en la Francia de fines del siglo XVIII era ya un escándalo y resultaba inaceptable e insostenible; máxime dada la crisis y el caos existentes. Sieyès supo interpretar ese sentir y, lo más importante, derrumbar las obsoletas y erradas tesis que pretendían salir en su defensa, con argumentos de una contundencia tal, que anularon toda posibilidad de discrepancia exitosa. La libertad de los seres humanos, todos iguales en su esencia, es anterior a toda sociedad y al legislador; éste está para proteger nuestros derechos, no para conceder privilegios, que son materializaciones de la injusticia y de la sinrazón, así como caldo de cultivo de la corrupción.

3. ¿Qué es el tercer estado? (*Qu'est-ce le Tiers Etat?*)

Sobre este escrito es conveniente consignar aquí lo afirmado por Pantoja:

Este célebre libelo se escribe inmediatamente después del anterior, en noviembre y diciembre de 1788, pero no es publicado hasta enero de 1789. Su argumento central consiste en asimilar a la nación con el Tercer Estado como resultado de la transformación social que acarreó el impulso a la industria y al comercio y que implicó la destrucción de la sociedad feudal. Se suceden cuatro ediciones en el mismo año, pero solo la última lleva el nombre del autor. En 1822 el abate Morelet y, después, en 1839, el diputado Chapuis-Montlaville. El 1875 Koppel lo publica en alemán. En 1888 Edme Champion le consagra una edición crítica, precedida del ensayo sobre *los privilegios*. En 1924 Otto Brant lo reedita en alemán, con introducción y notas. En 1970 Robert Zapperi da a la imprenta una edición crítica con introducción y notas. Francisco Ayala, en la prensa de América Lee de Buenos Aires, lo publica en 1943 en español, con estudio preliminar y notas. Precedido por el ensayo sobre *los privilegios* con prólogo de Valentín Sánchez Álvarez y versión castellana de José Rico Godoy, el Instituto de Estudios Políticos lo publica en Madrid en 1950. La Universidad Nacional Autónoma de México, en la colección Nuestros Clásicos, publica en 1973, con introducción de David Pantoja Morán, los dos

⁵¹ *Ibidem*, p. 128.

ensayos. La colección Austral de Espasa Calpe en Madrid publicó en 1991, con introducción y traducción de Ramón Máiz los tres ensayos, pero carente de información, éste se arroga el mérito de haberlos publicados juntos por primera vez en español: el mérito es de Raúl Cardiel Reyes, quien en la imprenta del PRI publicó en 1989 en México conjuntamente los tres ensayos.⁵²

En él Sieyès formula y desarrolla tres preguntas y respuestas: ¿Qué es el tercer estado? Todo; ¿qué representa actualmente en el orden político? Nada, y ¿qué pide? Llegar a ser algo.

A partir de tales interrogantes y respuestas realiza un análisis de la situación de la Francia de su tiempo y fundamenta las razones por las cuales consideraba que el tercer estado equivalía a la propia Francia. Lo era todo. Así, reivindicó a la burguesía, que estaba constituida por una abrumadora mayoría de franceses (el pueblo llano), que tenía bajo su responsabilidad la carga del país, que era la única que tributaba y que entregaba a sus jóvenes para que sirvieran como soldados, frente a los otros dos estamentos de la sociedad francesa (el alto clero y la nobleza), que conformaban la aristocracia francesa.

En ese análisis, Sieyès demuestra que las tres preguntas formuladas eran justas, examina las medidas que se habían tomado y propone las que debían adoptarse, a fin que el tercer estado llegara a ser algo; desenmascarando a los otros estamentos de la sociedad francesa (el alto clero y la nobleza), sosteniendo que no aportaban nada significativo, para proponer que, siendo el tercer estado la esencia de Francia y su asamblea su auténtica representante, ésta se convierta en Asamblea Nacional y asuma el poder.

Su obra tiene seis capítulos:

- En el primero de ellos el autor muestra que el tercer estado, por sí y en forma independiente de los otros estamentos, es una nación completa, para lo cual analiza el concepto mismo de nación, conforme se verá más adelante.
- En el segundo trata de demostrar que el tercer estado ha sido nada, por haberse dado una situación de servidumbre, coacción y de humillación, reclamando un cambio.
- En el capítulo tercero responde a la pregunta: ¿qué es lo que pide el tercer estado para llegar a ser algo?, formulando tres peticiones muy concretas: que sus representantes sean escogidos entre los ciudadanos que verdaderamente pertenecen a él, que sus diputados

⁵² *Ibidem*, p. 14.

sean en número igual a los de los dos estados privilegiados y que los estados generales no voten por órdenes, sino por cabezas.

- En el capítulo cuarto realiza una revisión de lo que el gobierno ha intentado y de lo que los privilegiados proponen respecto del tercer estado, detallando en siete puntos cada una de las propuestas y sus correspondientes críticas: las Asambleas Provinciales, la labor de los notables, la labor de los escritores patriotas de la nobleza y el clero, la promesa de establecer la igualdad impositiva, el término medio propuesto por los amigos comunes de los privilegiados y del ministerio, el imitar la Constitución inglesa y la crítica a este último punto.
- En el capítulo quinto hace referencia a lo que debió hacerse para lograr el objetivo propuesto, analizando los principios que debieron tenerse en cuenta y realizando una fundamentación inédita hasta esa fecha del poder constituyente y del poder constituido.
- En el capítulo sexto trata sobre lo que resta hacerse, con énfasis en los principios que deben regir dicho accionar.

A. *Su idea de nación*

El abordaje de las ideas matriciales de Sieyès obliga, en primer lugar, a detenerse en su concepto de nación, para cuya determinación el abate construye una teoría sobre la formación de las sociedades políticas con base en el contrato social, distinguiendo tres épocas:

- La primera, cuando un número más o menos importante de individuos aislados desean unirse, caso en el que sostiene que ya hay nación, porque se está ante una sumatoria de voluntades individuales que asociadas conforman una gran voluntad común nacional y son el origen de todo el poder. Al respecto sostiene que:

En la primera se concibe un número más o menos considerable de individuos aislados que quieren reunirse. Por ese solo hecho forman parte de una nación; tienen todos los derechos de ésta; ya no se trata más que de ejercerlos. Esta primera época está caracterizada por el juego de voluntades individuales. Su obra es la asociación. Ellas son el origen de todo poder.⁵³

⁵³ Sieyes, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 71.

Nótese que con base en este raciocinio, enfatiza que existiendo conformada esa gran voluntad común (o sea, existiendo ya nación), de lo único que se trata en adelante es de ejercer los derechos que otorga la nación.

- La segunda, cuando adoptada ya la decisión de unirse, que consiste, como está dicho, en la suma de voluntades individuales que forman una gran voluntad común, se ingresa al campo de la materialización de dicha voluntad, para cuyo efecto deben adoptarse las decisiones preliminares correspondientes, que sean expresión de la voluntad en cuestión, la cual es inherente y consustancial a cualquier actuar como nación. En ese orden, si el territorio es demasiado amplio, debe separarse lo que es necesario para atender las necesidades públicas y encargarle a algunos las tareas de satisfacerlas. En el enfrentamiento de esta realidad, en razón de la extensión territorial y la imposibilidad de un manejo colectivo de todo lo que es común por todos, Sieyès encuentra el origen de un gobierno al cual denomina “ejercido por procuración”. Así afirma que:

La segunda época está caracterizada por la acción de la voluntad común. Los asociados quieren dar consistencia a su unión; quieren cumplir su fin. Discuten pues entre sí, y convienen respecto a las necesidades públicas y al medio de proveerlas. Se ve aquí que el poder pertenece al público. El origen son siempre voluntades individuales, y ellas forman sus esenciales elementos; pero, consideradas separadamente, su poder sería nulo. No reside sino en el conjunto. Le hace falta a la comunidad una voluntad común; sin la unidad de voluntad no llegaría a formar un todo capaz de querer y de actuar. Ciertamente también este todo no tiene ningún derecho que no pertenezca a la voluntad común. Pero franqueemos los intervalos de tiempo. Los asociados son demasiados numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacen? separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración. Notemos sobre esto varias verdades: 1. La comunidad no se despoja del derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede sino encargar su ejercicio. Este principio se examina en otra parte. 2. El cuerpo de los delegados no puede ni siquiera tener la plenitud de este ejercicio. La comunidad no ha podido confiarle en su poder total sino esa porción que es necesaria para mantener el buen orden. No se da lo superfluo en este género. 3. No co-

rresponde, pues, al cuerpo de los delegados alterar los límites de poder que le ha sido confiado. Se concibe que esta facultad sería contradictoria consigo misma.⁵⁴

- La tercera, cuando ya se ha nombrado el cuerpo de representantes y éstos actúan expresando una voluntad común representativa. No se está, por consiguiente, ante aquella voluntad común real inicial, sino ante la que ejercen quienes representan por decisión comunitaria, a los individuos conformantes del cuerpo social. En esta parte Sieyès sostiene que la voluntad común representativa posee dos caracteres consustanciales a ella: que la voluntad que expresa no es sino una parte de la gran voluntad común nacional y, por lo tanto, no es plena ni ilimitada, y que los representantes no actúan por derecho propio, sino por comisión o delegación, de aquella voluntad común originaria. Sobre este tópico el autor enfatiza

Distingo la tercera época de la segunda en que no es ya la voluntad común real la que obra, es una voluntad común representativa. Dos caracteres indelebles le pertenecen; hay que repetirlo: 1. Esta voluntad no es plena ni ilimitada en el cuerpo de los representantes, no es sino una porción de la gran voluntad común nacional. 2. Los delegados no la ejercen como un derecho propio, es el derecho de otro; la voluntad común no está ahí sino en comisión.⁵⁵

Como se observa, según Sieyès, el concepto de Nación pertenece al ámbito del derecho natural, desde que surge a partir de la sumatoria de voluntades individuales que forman una voluntad común nacional. Desde este punto de vista la nación es anterior al gobierno, el que se da una vez que ésta ha concluido su proceso formativo y ha creado su derecho positivo, que comprende la normatividad que regula al propio gobierno y, en general, a los individuos que conforman la nación.

En este orden de ideas, el abate Sieyès pretende demostrar que el tercer estado abraza o comprende todo lo que pertenece a la nación francesa; haciendo hincapié en que sin él no existiría nación. Deslegitima los mayores privilegios que poseían los otros estamentos, a los que considera que están fuera del orden común y, por lo tanto, sus titulares no forman parte de la nación francesa, sino que constituyen un imperio aparte. Esto a través de las siguientes ideas:

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

La nación se forma por el solo derecho natural. El gobierno, por el contrario, solo puede pertenecer al derecho positivo. La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de que es. No depende de su voluntad atribuirse más derechos de los que tiene. En su primera época tiene todos los de una nación. En su segunda época los ejerce; en la tercera hace ejercer por sus representantes todo lo que es necesario para la conservación y el buen orden de la comunidad. Si se sale de esta serie de ideas solo se puede caer de absurdidades en absurdidades.⁵⁶

¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura. ¿No es muy cierto que el orden noble tiene privilegios, dispensas, aún derechos separados de los derechos del gran cuerpo de los ciudadanos? Sale por eso del orden común, de la ley común. Así, sus derechos civiles hacen de él ya un pueblo aparte en la gran nación. Es realmente imperium in imperio. Respecto de sus derechos políticos, también los ejerce aparte. Tiene sus representantes propios, que para nada se han encargado de la procuración de los pueblos. El cuerpo de sus diputados se reúne aparte; y aún cuando se reuniera en una misma sala con los diputados de los simples ciudadanos, no sería menos cierto que su representación es esencialmente distinta y separada: es extraño a la nación por sus principios, puesto que su misión no viene del pueblo, y por su objeto, puesto que consiste en defender no el interés general, sino el interés particular. El Tercero abraza, pues, todo lo que pertenece a la nación; y todo lo que no es el Tercero no puede ser mirado como de la nación. ¿Qué es el Tercero? Todo.⁵⁷

¿Dónde tomar la nación? Donde está; en las cuarenta mil parroquias que abrazan todo el territorio, todos los habitantes y todos los tributarios de la cosa pública; ahí está, sin duda, la nación. Se hubiera indicado una división territorial para facilitar el medio de constituirse en circunscripciones de veinte o treinta parroquias, por primeros diputados. Sobre un plan semejante las circunscripciones habrían formado provincias, y estas hubieran enviado a la metrópoli verdaderos representantes extraordinarios con poder especial de decidir de la constitución de los Estados generales.⁵⁸

B. *La Constitución para Sieyès*

Habiendo detallado las ideas de Sieyès sobre la nación, toca abordar a continuación su concepto de Constitución. Para él la Constitución es la organización del poder, desde que el cuerpo social llamado nación —suma-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 13-15.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 86.

toria de voluntades individuales que conforman una voluntad común nacional— no podría marchar sin organización, formas y leyes propias, que hagan posible que cumpla sus funciones como tal. Por consiguiente, la Constitución nace a partir de los conceptos de nación y de poder organizado y, en tal sentido, sólo el pueblo tiene la facultad de crear una Constitución. Es más, Sieyès liga el concepto de Constitución al de nación libre y a la idea que ésta es dada por la voluntad de la nación, sobre la cual sólo está el derecho natural. En tal sentido, la Constitución es expresión de aquella voluntad.

Al respecto, afirma textualmente que “En toda nación libre, y toda nación debe ser libre, no hay sino una manera de terminar con las diferencias que se produzcan con respecto a la Constitución. No es a notables a quien hay que recurrir: es a la nación misma. Si carecemos de Constitución, hay que hacer una; solo la nación tiene derecho a ello”.⁵⁹ Y agrega: “Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés hubiera podido darse una constitución a la nación misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural”.⁶⁰

C. *Su inédita formulación teórica del concepto de poder constituyente*

De sus conceptos de nación y de Constitución, Sieyès decanta uno de sus aportes más importantes. La formulación teórica, inédita hasta ese entonces, del concepto de poder constituyente, que entiende como la facultad de la nación (que es el origen de todo y sobre la cual sólo está el derecho natural) de establecer o dictar su Constitución, fundada, en forma exclusiva y excluyente, en la voluntad común nacional. Es un poder fundacional, que crea una normatividad constitucional, que es expresión de la voluntad de la nación y que establece el marco de desarrollo del poder constituido, que actúa a partir, en razón de ser y por el poder constituyente.

Sieyès distingue entre leyes constitucionales y leyes propiamente dichas. Las primeras emanan del poder constituyente. Las segundas del poder constituido. Divide las primeras, a las que denomina leyes fundamentales, entre aquellas que regulan la organización y funciones del cuerpo legislativo y las que regulan la organización y funciones de los diferentes cuerpos activos. Divide las segundas entre las inmediatas o protectoras y las mediáticas o directrices.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 75.

Aclara que las leyes constitucionales son llamadas fundamentales porque son obra del poder constituyente y, por lo tanto, no pueden ser tocadas por el poder constituido.

En este orden, el abate Sieyès refiriéndose al poder constituido, al que también denomina poder delegado, sostiene que:

Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen las legislaturas, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la nación. No ofrecemos aquí sino una idea fugitiva, pero es exacta.⁶¹

Más adelante, agrega que:

Se concibe fácilmente después cómo las leyes propiamente dichas, las que protegen a los ciudadanos y deciden del interés común, son obra del cuerpo legislativo formado y moviéndose según sus condiciones constitutivas. Aún cuando no presentemos estas últimas leyes sino en segunda línea, son, sin embargo, las más importantes, son el fin de que las leyes constitucionales no son sino los medios.⁶²

En este último párrafo se aprecia la ligazón que establece Sieyès entre la Constitución y las leyes constitucionales, emanadas del poder constituyente, y las leyes propiamente dichas, emanadas del poder constituido, de tal suerte que las primeras establecen el marco de desarrollo de las segundas y estas últimas, que según el autor son las más importantes por ser el fin de las primeras, deben guardar armonía y concordancia plena con aquellas. No desbordarlas, no contradecirlas, no desnaturalizarlas. En otras palabras estar impregnadas de constitucionalidad. Como se aprecia, Sieyès, sin quizás proponérselo, ingresaba al terreno de la constitucionalidad.

D. *Sus ideas germinales sobre el control concentrado de la constitucionalidad*

Sieyès construyó la formulación teórica del poder constituyente y, en consecuencia, del poder constituido, atribuyéndole al primero una calidad

⁶¹ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

⁶² *Ibidem*, p. 77.

fundacional y reguladora del segundo. Estableciendo, además, que el segundo debía moverse “...según sus condiciones constitutivas”,⁶³ que estaban determinadas por el primero.

Ahora bien, para Sieyès tanto el poder constituyente como el poder constituido traducen una capacidad normativa. En el caso del poder constituyente, una capacidad normativa nacida de la voluntad general nacional, que es fundacional, reguladora, irrestricta e incondicionada. En el caso del poder constituido, una capacidad normativa nacida del poder delegado por el poder constituyente, que está restringida y condicionada por las limitaciones establecidas por áquel.

De este raciocinio de Sieyès se desprende que las normas emanadas del poder constituido debían guardar armonía y concordancia plena con las normas emanadas del poder constituyente, que constituían su parámetro de acción, desarrollo y medición. Por consiguiente, en la lógica de Sieyès se dio la problemática de la constitucionalidad y la preocupación manifiesta por resguardarla, a pesar de que no utilizó expresamente la palabra constitucionalidad; sin embargo, se refirió a las expresiones “orden constitucional”, actos inconstitucionales” y “declaración de inconstitucionalidad”.

Como puede colegirse del análisis del momento en el que Sieyès desarrolló sus ideas (fines del siglo XVII), resultaba premonitoria su preocupación por evitar que el poder constituido incurriera en excesos, al dictar normas que transgredieran la Constitución; preocupación que se vio incrementada por los desbordes normativos del recién inaugurado Parlamento francés y del propio gobierno que se dieron a partir del estallido de la Revolución francesa, al punto que el propio abate sostuviera temer que la Constitución “...no posea el grado de solidez para garantizarse así misma...”⁶⁴ y apreciar que faltaba en ella “...una garantía indispensable y esencial; a saber la garantía de la Constitución misma, que ha sido olvidada en todos los proyectos de todas las épocas...”⁶⁵

Tal preocupación lo llevó a reflexionar sobre la defensa de la Constitución. Con mayor avidez tras la etapa del terror. Al punto de llegar a construir una estructura bastante completa sobre lo que, como ya se adelantó, Hans Kelsen después de más de un siglo relanzara, remozado y perfeccionado, y que hoy se conoce como jurisdicción constitucional concentrada o control concentrado de constitucionalidad.

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ Blanco Valdes, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, p. 293.

⁶⁵ *Loc. cit.*

En efecto, Sieyès se planteó el problema del desborde de la normativa infraconstitucional por acción del Parlamento y de la desnaturalización de la Constitución por esa vía, diseñó un mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, ideó el ente de control, determinó sus facultades y precisó la naturaleza, así como la calidad de sus fallos; dentro de una lógica que hasta hoy mantiene plena vigencia y, es más, constituye del basamento de la teoría de la soberanía de la Constitución y del Estado constitucional moderno.

Varias son las frases y expresiones del abate que demuestran su preocupación por esta temática, partiendo de la depuración que efectuó del concepto material de Constitución, en el que la representación y la normación eran cuestiones vitales. Precisamente, en ese aspecto y a pesar de las críticas que recibió de sus colegas, que estaban embriagados por la idea de la soberanía del Parlamento, le inquietó la organización de aquellas y su cautela frente a los excesos. Sobre este particular, sostuvo que “... resulta patente que organizar este movimiento es el núcleo de la Constitución y, cuando se ha alcanzado a organizar el Establecimiento central, puede darse por concluida la obra de la Constitución...”⁶⁶ y preguntó con lucidez premonitoria: “¿Qué habéis dispuesto para atender a las denuncias contra las infracciones de la Constitución? ¿Cómo podéis decirme que mal gasto inútilmente mi tiempo mostrándoos la necesidad de un freno constitucional?”.⁶⁷

Nótese que Sieyès percibió, con impresionante claridad conceptual dada la época que le tocó vivir, que sin mecanismos de control de la constitucionalidad no era posible garantizar la plena vigencia y la eficacia de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión del poder constituyente; mecanismos que traducían la necesidad de un freno impuesto por su propia naturaleza.

E. *El tribunal constitucional de Sieyès*

Partiendo de este raciocinio, al cual agregó la consideración de la división del poder constituyente y los poderes constituidos, afirmó que:

En efecto una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del poder constituyente y los poderes constituidos... Sin embargo naturalizada rápidamente en los espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo

⁶⁶ *Ibidem*, p. 294

⁶⁷ *Ibidem*, p. 297.

cuño a verdaderas estupideces... Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un tribunal constitucional en la forma que un día concretaremos.⁶⁸

El lector podrá apreciar de las afirmaciones que se acaban de transcribir, la contundencia del pensamiento de Sieyès, quien desarrollándolo agregó las siguientes ideas: “Así, se requiere, ante todo un *jury* de constitución o, a efectos de afrancesar el término *jury*, distinguiéndolo del jurado, un tribunal constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución”;⁶⁹ “Un conservador, un guardián de la Constitución a través del tribunal constitucional”;⁷⁰ “Que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional”;⁷¹ “Se constituirá, bajo el nombre de tribunal constitucional, un cuerpo de representantes en número de los 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura”,⁷² y “Un taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo, exigirá el texto constitucional”.⁷³

En consecuencia, el Tribunal Constitucional propuesto por Sieyès sería un órgano al que se le asignaría la importante tarea de ejercer una guardería o custodia de la Constitución, frente a las agresiones de que podía ser víctima por acción del Poder Legislativo, al aprobar normas que la violaran, en razón de que, como bien afirma Roberto L. Blanco en su trabajo *El valor de la Constitución*, le resultaba inadmisible “...la idea de una Constitución abandonada, por así decirlo, a sus propias fuerzas desde el momento mismo de su nacimiento”.⁷⁴

Es a partir de esta competencia fundamental, que Sieyès detallará otros aspectos relativos a su propuesta, que revelan el grado de maduración de sus planteamientos y ratifican que es el precursor del control concentrado de la constitucionalidad; aspectos tales como sus competencias adicionales, el principio rogatorio, los titulares de la acción, la naturaleza de sus resoluciones y el efecto de sus fallos.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 295.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 295-296.

⁷¹ *Ibidem*, p. 298.

⁷² *Ibidem*, p. 296.

⁷³ *Loc. cit.*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 297.

En cuanto a sus competencias adicionales a la principal que se acaba de referir consistente en juzgar y pronunciarse sobre los excesos normativos del parlamento que convertirían a la Constitución en una norma abandonada a su suerte desde el momento de su nacimiento, Sieyès consideró la tutela de la equidad natural, la solución de los conflictos entre las mayorías y las minorías y la sanción de los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos.

Empero, la principal preocupación de Sieyès fue que la Constitución cayera en un abandono, por lo que existía la necesidad de defenderla. Por ello, sentenció con contundencia: "...una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada", ⁷⁵ y, teniendo esa preocupación como un aspecto que hacía el núcleo de su pensamiento, afirmó que:

Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código. Y es necesario responder a esta interrogante habida cuenta que un olvido de esta naturaleza, tan inconcebible como ridículo en el orden civil, no exista razón alguna para padecerlo en el orden político. Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, por consiguiente, la necesidad imperiosa de obedecerles.⁷⁶

Se reitera el carácter premonitorio de las frases del abate Emmanuel Sieyès, que traducen una verdad que hoy en día (tres siglos después) aparece como una conquista del Estado constitucional moderno, en cuanto no puede hablarse de Constitución sin control de la constitucionalidad, y a su vez, advierten del padecimiento que conllevaría un olvido de esa naturaleza, como, en efecto, conllevó durante muchos años, obligando al nacimiento de los sistemas de control de la constitucionalidad.

Como es de suponer, en los primeros años de la Francia republicana, embriagada por el pensamiento de los jacobinos, que rendía un culto absoluto al Parlamento como primer poder del Estado y depositario de la representación del pueblo, un raciocinio como el enunciado por Sieyès fue considerado casi una herejía y si se le permitió exponer y fundamentar sus ideas fue en razón de su gran prestigio.

Desarrollando su pensamiento, se descubre que las interrogantes que se formulara el abate en torno a la falta de garantía de vigencia y eficacia reales de la Constitución apuntaban, en esencia, a dos preocupaciones. La primera, al cómo hacer frente a la necesidad de una Constitución que real

⁷⁵ *Loc. cit.*

⁷⁶ *Loc. cit.*

y efectivamente fuera una norma obligatoria. La segunda, al cómo establecer un freno constitucional a los excesos e infracciones que pudieran cometerse contra la Constitución. Ante estas interrogantes, Sieyès planteó la creación del precitado tribunal constitucional, que “...vigile y guarde el depósito constitucional”⁷⁷ como un “...tribunal de casación en el orden constitucional”.

Partiendo del rol de guardián de la Constitución, Sieyès desarrolló la organización y el funcionamiento del tribunal constitucional. En ese orden, con todo acierto, en primer lugar, procedió “...a una estricta depuración de los actos atentatorios contra la Constitución”.⁷⁸ Sobre este particular Roberto Blanco apunta que:

Aquí reside, a nuestro juicio, uno de los aspectos más interesantes de la propuesta del publicista de Fréjus: frente a la confusión que dominó a todas las propuestas precedentes —que consideraron, en términos generales, el ámbito de los atentados a la Constitución como un ámbito genérico en el que podía caber todo, desde una norma jurídica, al delito político de un particular, pasando por la acción pública de un funcionario— Sieyès procede a una estricta depuración de los actos atentatorios contra la Constitución.⁷⁹

Al depurar los actos atentatorios contra la Constitución, los clasificó en actos responsables e irresponsables. Los primeros serían los cometidos por los funcionarios y por los ciudadanos, que correspondería sancionar a los jueces ordinarios, quedando, por tanto, fuera de la competencia del tribunal constitucional. Los segundos serían los cometidos principalmente por el órgano legislativo, además de otros órganos que enumera en su proyecto, consistente en inconstitucionalidad material o formal, que correspondería sancionar al tribunal constitucional. Para Sieyès estos segundos actos se producen cuando sus autores “...exceden los límites del poder que les ha sido confiado...”⁸⁰ (inconstitucionalidad material) o “...faltan a las formas impuestas por la Constitución”⁸¹ (inconstitucionalidad formal). Nótese que Sieyés, como bien apunta Roberto Blanco: “...centra su interés en el órgano legislativo del Estado como fundamental sujeto responsable de tal tipo de actos”: el Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos.⁸²

⁷⁷ *Ibidem*, p. 298.

⁷⁸ *Loc. cit.*

⁷⁹ *Loc. cit.*

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ *Loc. cit.*

⁸² *Loc. cit.*

Sieyès, a contra corriente del pensamiento de su época y ahí su valía, tuvo muy en claro la existencia de la posibilidad real que “...el órgano que representaba a la Nación pudiese actuar como sujeto activo de los atentados contra la Constitución”⁸³ y, por tal razón, frente a quienes lo cuestionaban con dureza e incredulidad, afirmó que:

Los inconvenientes, o aún mejor, los peligros en exceso reales de los actos extra o contra-constitucionales por parte de los cuerpos que acabo de nombrar, no puede, en modo alguno, ser rechazados por vosotros al reino de las puras quimeras. Estas instituciones al fin y al cabo, se hallarán compuestas por hombres, y dado el alto puesto que ocuparán, se puede aguardar en general todo tipo de pasiones e intrigas.⁸⁴

El profundo conocimiento de la naturaleza humana, nacido de una vida dedicada al servicio de los demás, pues como se ha visto en la reseña biográfica que antecede era sacerdote, y a la investigación filosófica, le permitieron comprender a cabalidad lo que podría ocurrir con quienes embriagados del poder cayeran en la autodevaluación personal y abdicaran de sus responsabilidades legislativas, dictando normas extra o contra-constitucionales.

Otro aspecto que no escapó a las reflexiones y a la propuesta de Sieyès fue el atinente a los sujetos calificados para denunciar la inconstitucionalidad, asumiendo un criterio restrictivo. Así, consideró que “... las denuncias, además de poder ser interpuestas por el Consejo de los Ancianos y el de los Quinientos, podrían igualmente serlo por la minoría frente a la mayoría de cualquiera de los dos cuerpos mencionados”.⁸⁵ Es decir, limitó el acceso al tribunal constitucional a los propios órganos legislativos y a las minorías de aquéllos. Por consiguiente, excluyó a las asambleas primarias y electorales, que eran órganos de base, así como a los ciudadanos. No obstante ello, a estos últimos les reconoció el derecho de exigir la protección de sus derechos individuales ante el tribunal constitucional.

A este respecto, resulta ilustrativo transcribir el artículo VI de su proyecto de creación del tribunal constitucional, que a la letra rezaba:

El tribunal constitucional se pronunciará sobre las violaciones de la Constitución que sean denunciadas contra actos de: “El Consejo de Ancianos” “El Consejo de los Quinientos” “Las Asambleas electorales” “Las Asambleas primarias” “El tribunal de casación”. Cuando las denuncias, a su vez sean

⁸³ *Ibidem*, p. 299.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ *Loc. cit.*

interpuestas por: “El Consejo de Ancianos” “El Consejo de Quinientos”. Los ciudadanos a título individual. Asimismo se pronunciará sobre similares denuncias planteadas por la minoría contra la mayoría de uno y otro de los antedichos cuerpos constituidos.⁸⁶

Obsérvese que si bien para Sieyés la titularidad para interponer denuncias correspondía al Consejo de Ancianos y al Consejo de los Quinientos, que eran los órganos legislativos, tuvo la previsión de consagrarla también para las minorías, a fin de “... prevenir choques perjudiciales para el orden social o bien evitar una suerte de inercia mortal para los asuntos públicos”,⁸⁷ cuando al interior de cada cámara surgieran problemas importantes a dirigir entre la mayoría y la minoría.

Otro aspecto que resulta vital resaltar en el análisis de la propuesta de Sieyés sobre el Tribunal Constitucional, que revela la agudeza, la previsión y la prolijidad del abate, es el que se refiere a las previsiones para evitar que el Tribunal Constitucional pudiera convertirse en un peligro para la Constitución; previsiones que podrían resumirse en la introducción del principio rogatorio en el control de la constitucionalidad y en su carácter jurisdiccional. El principio rogatorio significaba para Sieyés que el Tribunal Constitucional no podía actuar de oficio en el control de la constitucionalidad, ya que, como bien afirmaba, “...el tribunal constitucional no debe disponer en modo alguno del derecho a tomar decisiones de propia iniciativa. Sería otorgarle una supremacía excesiva sobre todas las partes del establecimiento público”.⁸⁸ El carácter jurisdiccional significaba que el Tribunal Constitucional sería un órgano encargado de resolver con carácter definitivo y coercitivo los conflictos en las materias de su competencia.

Coincidiendo con Roberto Blanco Valdés, los artículos de la propuesta del abate:

...demostraban con absoluta claridad la consideración última de la que partía el publicista de Fréjus, es decir demostraban que, en su concepción, el tribunal constitucional, debía ser un órgano de naturaleza esencialmente jurisdiccional, destinado a garantizar la supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido: adelantándose en más de un siglo y medio en el proceso que conduciría finalmente en Francia al establecimiento de un sistema de control de la constitucionalidad, de la mano del vigente Consejo Constitucional, el proyecto de Sieyés disponía... que ‘Las decisiones del tribunal llevarán

⁸⁶ *Loc. cit.*

⁸⁷ *Ibidem*, p. 300.

⁸⁸ *Loc. cit.*

el nombre de sentencia⁸⁹ y que los actos declarados inconstitucionales por sentencia del tribunal constitucional serán nulos de pleno derecho.⁹⁰

Antes de concluir esta corta referencia a la propuesta de Sieyès y tocar, en forma breve, algunos de los aspectos del debate que provocó, es inevitable hacer especial énfasis que la misma comprendió como competencias del Tribunal Constitucional, en paralelo a la defensa de la Constitución, la protección de los derechos y la separación de poderes,⁹⁰ en correspondencia con la ideas de la naciente República francesa. Sieyès reclamó por la pureza de su esfuerzo y en cuanto a la protección de los derechos señaló que, de aceptarse su propuesta, se tendría el orgullo de:

...haber instituido al fin un tribunal de los derechos del hombre, pues tal es el verdadero nombre del instrumento, tanto moral como político, que os propongo establecer, ya que todo el edificio constitucional se relaciona, al cabo con los derechos del hombre.⁹¹

En cuanto a la separación de poderes afirmó que “... para el tribunal que os propongo, cuanto para los legisladores, las preocupaciones contra la arbitrariedad se extraen del principio de la división de poderes”.⁹²

Para concluir esta referencia al precursor del control concentrado de la constitucionalidad, es menester efectuar algunos comentarios en torno al interesante y revelador debate que produjo su propuesta, que fuera presentada en la sesión del 20 de julio de 1795.

La extensa, detallada y profunda exposición que realizara el abate Emmanuel Joseph Sieyès de su propuesta, motivó que la Convención considerara su pase a la Comisión de los Once a los efectos de su estudio y posterior opinión ante el pleno. Así en las sesiones del 11 y 12 de agosto se debatió sobre la misma, corriendo a cargo de Berlier exponer la posición de la Comisión de los Once.

Berlier inició su intervención reconociendo la necesidad de un tribunal garantizador del sistema político y refutando su inutilidad y peligrosidad con base en el principio rogatorio, pero en verdad sus coincidencias y las de la Comisión de los Once que representaba no eran plenas, sino genéricas y carentes de precisión, pues descartó como atribuciones la de proponer reformas constitucionales, la de ser un tribunal de la equidad, la de actuar

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 300 y 301.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 301.

⁹¹ *Loc. cit.*

⁹² *Loc. cit.*

como un tribunal de casación en el orden constitucional y la de atender las denuncias de la minoría contra la mayoría; es decir, lo redujo a su mínima expresión.⁹³

Las ideas de Berlier fueron apoyadas sin convicción por los diputados Eschassériaux y Larevelliére-Lépeaux, lo cual permitió que la posición pro-parlamentaria firmara un frente antitribunal que contó con dos sagaces diputados, los abogados Pierre-Florent Louvet y Antoine Claire Thibandean, que asumieron la tarea de derrumbar la tesis de Sieyès, como en efecto ocurrió al final, tanto es así que fue rechazada por unanimidad.

Louvet centró sus baterías en lo que consideraba un peligro que podría convertirse en el más útil instrumento para la destrucción de la Constitución; apuntando que:

No debéis dudar que el cuerpo que se os propone instituir, muy pronto se considerará primero de la República... La ambición puede desligarse en ese cuerpo y a buen seguro que se deslizará allí infaliblemente, y quien podrá entonces calcular donde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes, todos los actos del ejecutivo, todas las partes de la administración pública... de un poder irresponsable que no tendrá sobre él a nadie para reprimirlo, a nadie a su lado para detenerlo...⁹⁴

En su turno, Thibandean se encargaría de desarrollar su crítica en forma muy ordenada, con el claro propósito de pulverizar, si cabe el término, la tímida línea de apoyo a la propuesta del abate. Su primer argumento se centró en la peligrosidad y el segundo en la inutilidad del tribunal, partiendo del reconocimiento de su externalidad como medio de defensa externo.

A continuación se transcriben algunas de las duras frases de Thibandean: “Si el tribunal constitucional, cuyas funciones serán determinadas por la Constitución, sobrepasa sus límites, ¿quién reprimirá la usurpación? Yo os confeso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga”;⁹⁵ “¿quién los vigilaría? y ¿quién, a su vez, vigilaría a esos guardianes? Esta vigilancia gradual se extendería hasta el infinito”;⁹⁶ “ese poder monstruoso lo sería todo en el Estado y queriendo darle un guardián a los poderes públicos, les daríamos un amo que los encadenaría para vigilarlos con mayor facilidad”,⁹⁷ “...es correr detrás de una

⁹³ *Ibidem*, pp. 302 y 303.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 304.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 305.

⁹⁶ *Loc. cit.*

⁹⁷ *Ibidem*, p. 306.

perfección químérica querer darle guardianes a la Constitución y vigilantes a los poderes constituidos superiores”;⁹⁸ y “...los más seguros y naturales guardianes de cualquier constitución son los cuerpos depositarios del poder y, después, la totalidad de los ciudadanos”.⁹⁹

Como se adelantara líneas arriba, estas argumentaciones efectistas y de carácter apocalíptico, sumadas al hiper parlamentarismo de aquel entonces, producto del liberalismo triunfante en 1789, que consideraba que el Poder Legislativo ostentaba un poder absoluto por representar la voluntad general, significaron un rechazo unánime a la propuesta de Sieyès, quien quedó solo e incomprendido; sin embargo, la caída de la propuesta de Sieyès fue coyuntural y, como está dicho y conviene enfatizarlo una vez más, fruto de las ideas de la época, pero constituyó, no cabe duda, un pensamiento que se adelantó a su época y que posteriormente sería retomado al comprobarse la indefensión de la Constitución. Por ello, no cabe sino compartir la frase de Roberto Blanco en el sentido que “Un siglo y medio de historia constitucional europea no haría otra cosa que confirmar cumplidamente y en toda su crudeza las palabras premonitorias del abate de Fréjus”.¹⁰⁰

4. *Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano (Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen)*

Elaborado con rigor, a pesar que no fue tomado en cuenta directamente en los debates que concluyeron el 26 de agosto de 1789 con la redacción definitiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, constituye “...su más importante antecedente doctrinal”.¹⁰¹ Sieyès lo leyó en las sesiones del 20 y del 21 de julio de dicho año en el seno del Comité de Constitución. Respecto de su publicación Pantoja afirma:

Fue varias veces publicado el mismo año de 1789 en Versalles y en París. La publicación que de este texto hace Zapperi en 1985 está basada en la edición parisiense publicada por Baudouin, el impresor de la Asamblea Nacional. Bajo los auspicios de la Universidad Nacional Autónoma de México, Carlos

⁹⁸ *Loc. cit.*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 307.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ Pantoja Morán, David, *op. cit.*, p. 14.

Sánchez Viamonte lo publicó en español como parte de un estudio sobre los derechos humanos en la Revolución francesa.¹⁰²

Revelando un adecuado desarrollo de ideas y lo avanzado de su pensamiento, en cuanto a la primacía de los derechos de la persona en general y de los ciudadanos en particular, el abate afirmó en la primera de las referidas sesiones: “Los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones de PODER CONSTITUYENTE, consideran que toda unión social y, por consiguiente, toda Constitución política no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*”.¹⁰³ Y precisó: “Una Declaración de los Derechos del Ciudadano no es una serie de leyes, sino una serie de principios”.¹⁰⁴

Luego procederá a fundamentar su posición. Primero, la necesidad de consagrarse, mediante una promulgación positiva y solemne, una declaración que a manera de preámbulo consagre, en forma clara, adecuada y entendible para todos los principales derechos del hombre y del ciudadano. Segundo, las razones que amparan tal declaración ante las injusticias, desigualdades y violaciones que se cobijaron en el anterior régimen. Al respecto, afirmará:

Por consiguiente, es una verdad eterna, que no se puede repetir demasiado a los hombres, la de que el acto por el cual el fuerte mantiene al débil bajo su yugo, jamás puede convertirse en derecho; y que, por lo contrario, el acto por el cual el débil se sustrae a la opresión del fuerte, es siempre un derecho, es un deber que lo obliga siempre para consigo mismo.¹⁰⁵

Para más adelante abundar con estas expresiones relativas a la libertad:

Lejos de disminuir la libertad individual, el estado social amplía y asegura su uso; hace a un lado la multitud de obstáculos y de peligros, a los que está expuesta en demasía, cuando su única garantía es una fuerza privada, y la confía a la omnipotente guardia de la asociación por entero. Así, puesto que en el estado social el hombre cree en medios morales y físicos y puesto que se sustrae, al mismo tiempo, a las inquietudes que acompañarían su uso, podemos decir con verdad que la libertad es más plena y completa, en el orden social, que lo que puede serlo en el llamado estado de *naturaleza*.¹⁰⁶

¹⁰² *Loc. cit.*

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 177.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 179.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 180.

El estado social añade además, en virtud de la fuerza de una convención general, una especie de consagración legal; y es necesario suponer este último acto para poder dar a la palabra *propiedad* toda la extensión del sentido que acostumbramos darle en nuestras sociedades civilizadas. Las propiedades *territoriales* son la parte más importante de la propiedad *real*.¹⁰⁷

La garantía de la libertad solo será eficaz cuando sea suficiente, y no será suficiente sino cuando los golpes que puedan lanzarse contra ella sean impotentes contra la fuerza consagrada a defenderla. Ningún derecho está completamente asegurado si no se halla protegido por una fuerza relativamente irresistible.¹⁰⁸ [y] Las ventajas que se pueden sacar del estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual; los ciudadanos tienen derecho también a todos los beneficios de la asociación. Estos beneficios se multiplicarán a medida que el orden social saque provecho de las luces que el tiempo, la experiencia y las reflexiones difundirán en la opinión pública. El arte de extraer todos los beneficios posibles del estado de sociedad es la primera y la más importante de las artes. Una asociación concebida para el mayor bien de todos será la obra maestra de la inteligencia y de la virtud.¹⁰⁹

En lo que se refiere a los poderes públicos, en orden a los derechos en mención, enseñará que:

El establecimiento público es una especie de cuerpo político, que al poseer, como el cuerpo del hombre, necesidades y medios, debe organizarse, poco más o menos, de la misma manera. Es preciso dotarlo de la facultad de *querer* y de la de *obrar*. El poder legislativo representa a la primera y el poder ejecutivo representa a la segunda de estas dos facultades".¹¹⁰

Y que "La Constitución abarca, a la vez, la formación y la organización interiores de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca".¹¹¹

Describirá el sentido del vocablo Constitución, diferenciándolo del de nación, insistiendo en que:

Tal es el verdadero sentido de la palabra *Constitución*; es relativa al *conjunto* y a la *separación* de los poderes públicos. Lo que se constituye no es la nación, sino su establecimiento político. La nación es el conjunto de los asociados, gober-

¹⁰⁷ *Loc. cit.*

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 181.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 182.

¹¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹¹ *Ibidem*, p. 183.

nados todos y todos sometidos a la ley, obra de su voluntad, todos iguales en derecho y libres en su comunicación y en sus compromisos respectivos. Los gobernantes, por lo contrario, forman, en relación exclusivamente con esto, un cuerpo político de creación social. Ahora bien, todo cuerpo tiene necesidad de ser organizado, limitado, etc., y por consiguiente, de ser constituido.¹¹²

Insistiendo en el tema de la Constitución, perfilará su pensamiento, ligando su concepto al de poder constituyente que había desarrollado en *¿Qué es el tercer estado?*, con estas palabras:

La constitución de un pueblo no es, ni puede ser, más que la constitución de su gobierno, y del poder encargado de proporcionar las leyes, tanto al pueblo como al gobierno. Una Constitución supone, ante todo, un poder constituyente. Los poderes que forman parte del establecimiento público están todos sujetos a leyes, reglas y formas que no pueden cambiar a su antojo. Tal y como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución; de igual modo, nada puede respecto a la constitución de unos y otros.¹¹³

Apuntará en la misma dirección:

El poder constituyente tiene capacidad para todo a este respecto. No está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que entonces ejerce el más grande y más importante de sus poderes, debe estar, al cumplir esta función, libre de toda coerción y de toda forma salvo aquella que le plazca adoptar. Pero no es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente; pueden otorgar su confianza a representantes que se reunirán con este objeto solamente, sin que puedan ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos. Además, al primer capítulo del Proyecto de Constitución corresponde aclarar cuáles serán los medios para formar y reformar todas las partes de una Constitución.¹¹⁴

Y antes de formular sus inéditos veintidós artículos que consagraban la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, explicará en una digresión de avanzada sobre los derechos políticos, que adicionará a los naturales y civiles:

¹¹² *Loc. cit.*

¹¹³ *Loc. cit.*

¹¹⁴ *Loc. cit.*

Hasta ahora, no hemos expuesto más que los *derechos naturales y civiles* de los ciudadanos. Nos queda por conocer cuáles son los derechos *políticos*. La diferencia entre estas dos clases de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos *para cuyo* mantenimiento y desarrollo se ha formado la sociedad; y los derechos políticos son aquellos *mediante* los cuales la sociedad se forma. Mejor será, para dar mayor claridad al lenguaje, llamar a los primeros derechos *pasivos*, y a los segundos, derechos *activos*.¹¹⁵

Para acotar, concretamente sobre los derechos políticos:

La igualdad de derechos políticos es un principio fundamental. Es sagrada, como la de los derechos civiles. De la desigualdad de derechos políticos nacerían pronto los privilegios. El privilegio es, o dispensa de una obligación común, o concesión exclusiva de un bien común. Todo privilegio, por consiguiente, es injusto, odioso y contradictorio del fin verdadero de la sociedad. Siendo la ley un instrumento común, obra de una voluntad común, no puede tener otro objeto que el interés común.¹¹⁶

Y, finalmente, expresar, refiriéndose al deber de quienes ejercen el poder público que:

Es un grave error creer que el ejercicio de un poder público es un *derecho*, cuando es un *deber*. Los funcionarios de la nación no tienen, por encima de los demás ciudadanos, sino deberes de más que cumplir; y que nadie se engañe, al pronunciar esta verdad lejos de nosotros está la intención de menoscabar el carácter del hombre público.¹¹⁷

Agregando:

Aquí puede terminar la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, que hemos querido ofrecer a la nación francesa, y que nos hemos propuesto a nosotros mismos, para que nos sirva de guía en la construcción de la Constitución a la que vamos a entregarnos. Pero, con el objeto de que esos derechos eternos sean conocidos por todos aquellos a quienes les pertenecen, y a fin de que puedan ser recordados con mayor facilidad, exponemos, a todas las clases de ciudadanos, la parte más esencial en resultados fáciles de captar, y en la forma siguiente.¹¹⁸

¹¹⁵ *Loc. cit.*

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 184.

¹¹⁷ *Loc. cit.*

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 185.

A continuación detallará los antes referidos veintidós artículos que se pueden encontrar, traducidos con gran precisión y completos, en el libro de Pantoja sobre *Los escritos políticos de Sieyès* antes citado, desde la página 185 hasta la 189.

5. *Breves observaciones sobre los bienes eclesiásticos y opinión sobre el decreto relativo a los diezmos (Observations sommaires sur les biens ecclésiastiques y opinion sur l'arrêté du 4 relatif aux dîmes)*

Se trata, en puridad, de dos textos, que fueron publicados seguidos, en un solo cuadernillo, editado en cumplimiento de una disposición de la propia Asamblea Nacional. En ellos Sieyès asume la defensa del diezmo y se opone a las medidas con relación a los bienes eclesiásticos.

Arguye:

Se ha afirmado que la nación es *propietaria* de los bienes del clero, porque estos bienes sirven, al mismo tiempo, de salario para los eclesiásticos. La idea más sencilla, en lo que respecta a la propiedad, es la de que un bien pertenece a aquel al que le ha sido dado, o que lo ha adquirido. Los bienes eclesiásticos no han sido dados a la nación, sino al clero, con ciertas condiciones y obligaciones. Si no se niega a cumplir las obligaciones, no se le puede despojar.¹¹⁹

Igualmente acota:

Pero, se ha dicho, la nación puede decretar que ya no tiene necesidad de clero. Tal vez haya quien piense que voy a luchar contra esta idea: pues no, en lo más mínimo; lo que quiero, antes bien, es demostrarla. El ejercicio eclesiástico es un servicio público; el cuerpo del clero es uno de los cuerpos políticos cuyo conjunto forma el gobierno. Según esto, existió para la cosa pública; existió legítimamente. Pero, como todos los poderes públicos, está sujeto a la voluntad nacional, a lo que llamamos poder constituyente, el cual está capacitado, indiscutiblemente, para suprimirlo por completo si lo juzga inútil, o para constituirlo de manera diferente. Pero mientras exista, es propietario; ¿por qué? Porque, en su calidad de cuerpo moral, está habilitado para poseer, y porque, en efecto, grandes bienes le han sido dados en propiedad.¹²⁰

En cuanto al diezmo, defenderá su no eliminación si no se ha previsto otra fuente, manifestando:

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹²⁰ *Loc. cit.*

...el diezmo es un verdadero azote para la agricultura, de que es más necesario redimir las tierras de esta carga que de cualquier otro censo, y de que es seguro además que lo que se obtenga por la redención del diezmo puede ser empleado más útil y más igualmente que el diezmo mismo, no saco en conclusión que sea necesario regalar alrededor de 70 millones de renta a los propietarios de tierras. Cuando el legislador exige o recibe sacrificios en una circunstancia como ésta, no deben resultar en provecho de los ricos; 70 millones de renta eran un recurso inmenso: hoy se ha perdido. Debería creer que estoy en un error, puesto que la Asamblea lo ha juzgado de otra manera; pero quizás este error no parecerá tan grave a quienes quieran escucharme.¹²¹ [y] Los diezmos de toda naturaleza y los censos que tienen lugar, bajo cualquier denominación por la que se les conozca y perciba, incluso por abono, *poseídos por los cuerpos seculares y regulares*, por los beneficiarios, las fábricas, o todas las personas de manos muertas, incluso por el Orden de Malta, y otras órdenes religiosas y militares, sin exceptuar a las que hubiesen sido confiadas a laicos, en sustitución y por opción de porciones congruas, QUEDAN ABOLIDOS, a reserva de avisar acerca de los medios de subvenir, de otra manera, a los gastos del culto divino, al mantenimiento de los ministros de los altares, a la asistencia para los pobres, a las reparaciones y reconstrucciones de iglesias y presbiterios, y a todos los establecimientos, seminarios, escuelas, colegios, hospitales, comunidades y otros, para cuyo mantenimiento se destinan actualmente. Sin embargo, hasta que haya sido provisto, y hasta que los antiguos poseedores hayan entrado en disfrute de su sustitución, la Asamblea Nacional ordena que los dichos diezmos sigan siendo percibidos conforme a las leyes y de la manera acostumbrada.¹²²

6. Palabras sobre la cuestión del voto real

(*Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*)

Siguiendo al mismo Pantoja, cabe sostener que es la publicación del texto del discurso de Sieyès de la sesión del 7 de setiembre de 1789, con el que trató de reimpulsar la revolución jurídica que parecía haber reducido su marcha, con una fundamentación en contra del voto real.

Sostendrá en ese sentido:

Convengo en que un poder, cualquiera que sea, no se contiene siempre en los límites que le prescribe su Constitución, y que los cuerpos públicos, lo mismo que los particulares, pueden dejar de ser justos los unos con los otros.

¹²¹ *Ibidem*, 201.

¹²² *Ibidem*, 206.

Añado a esto, a mi vez: que la historia nos enseña a temer a los atentados del poder ejecutivo contra los cuerpos legislativos mucho más que a los del poder legislativo contra los depositarios de la ejecución. Pero poco importa; tanto uno como otro de estos inconvenientes merecen que se les ponga remedio; y puesto que el peligro amenaza por igual a todos los poderes, la defensa debe ser la misma para todos.¹²³

Concluyendo con proponer un mecanismo alternativo, consistente en reclamar ante el poder constituyente, que plantea como sigue:

Acabo de demostrar que la constitución del poder ejecutivo y la prerrogativa real nada tienen que temer de los decretos del poder legislativo, y que si los diferentes poderes se dedican a invadirse unos a otros, el verdadero remedio para tal desorden público no es el *veto real*, sino una verdadera apelación al poder constituyente, cuya convocatoria o delegación nacional tiene derecho a pedir, entonces, la parte perjudicada. Permitidme añadir, de paso, que esta convocatoria extraordinaria tendrá que ser pacífica en un país en el que todas las partes estarán organizadas por un sistema de representación general, en el que el orden de las diputaciones estará bien regulado y las diputaciones legislativas serán frecuentes.¹²⁴

Sieyès perfila su innovador pensamiento relacionado con los mecanismos de compensación e intercontrol del poder, apuntando a una mecánica que elimine la posibilidad que el monarca pueda frenar las decisiones del legislativo y constrinendo tal opción a favor del propio poder constituyente.

7. Observaciones sobre el Informe del Comité de Constitución acerca de la nueva organización de Francia (Observations sur le rapport du Comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France par un député à l'Assemblée Nationale)

En la orientación bibliográfica del libro de Pantoja sobre los *Escritos Políticos de Sieyès*,¹²⁵ se sostiene: “Thouret hará alusión el 3 de noviembre a este panfleto, considerándolo como una obra esencial para meditar sobre esta materia”,¹²⁶ refiriéndose a los temas comentados por el abate en aquel panfleto, sobre el Informe del Comité de Constitución acerca de la nueva

¹²³ *Ibidem*, p. 214.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 215.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹²⁶ *Loc. cit.*

organización de Francia, que abarcan la división territorial, las asambleas primarias, la composición y las funciones de las asambleas primarias, la elección de representantes, el grado intermedio entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional.¹²⁷ Fue publicado en octubre de 1789 y el *Moniteur Universal* de los días 28 y 29 de octubre lo atribuye a Sieyès.

Se trata de las observaciones que en su calidad de diputado de la Asamblea Nacional presenta al mencionado informe, en concreto a los artículos I, II, III, IV y V propuestos, que se referían a los tópicos señalados en el párrafo anterior, respectivamente; concretándolos a la nueva división de Francia y a la doble Constitución, municipal y nacional.

Esgrime la necesidad de Francia de someter su superficie a una nueva división y a la ocasión de hacerlo con motivo de la nueva Constitución. Dirá al respecto:

Si dejamos pasar esta ocasión, no habrá de volver, y las provincias conservarán eternamente su espíritu de cuerpo, sus privilegios, sus presunciones, sus celos. Francia jamás llegará a esa *adunación* política tan necesaria para construir *un* solo gran pueblo regido por las mismas leyes y sujeto a las mismas formas de administración.¹²⁸

Y ensayará el derrotero a seguir, que estará preñado de dificultades provenientes de la naturaleza de las cosas o de las pasiones de los hombres, frente a los cuales imaginará cómo superarlas por medio de las asambleas comunales, que serían convocadas por los funcionarios municipales, en una primera vez, auxiliados por algunos de los habitantes más notables. Aquellas serían entonces las asambleas primarias.¹²⁹

Se pregunta “¿Podrá hacerse algo mejor con los hombres, como no sea dejarlos consultar primero su interés particular, y luego irlo olvidando poco a poco, o situarlo mejor, consultando a la razón que, aunque tardía, no deja por ello de ejercer su influencia?”,¹³⁰ y se responde: “Todo el arte de tratar con los hombres se limita a darles la oportunidad de montar en cólera, y luego dejarles tiempo para calmarse”.¹³¹

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 219-239.

¹²⁸ *Loc. cit.*

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 219-222.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 222.

¹³¹ *Loc. cit.*

Para él, las asambleas primarias son el fundamento de dos edificios políticos: la “Constitución *nacional*”¹³² y la “Constitución *municipal*”.¹³³ Sostendrá: “En cada cantón, por consiguiente, habrá una asamblea primaria por más reducido que sea el número de votantes. Constituirá esto una razón para que los hombres que ambicionaban papeles políticos adquieran una propiedad, un domicilio, y la población saldrá ganando para ventaja de la nación entera”.¹³⁴

Coincide con las condiciones planteadas por el Comité para ser miembro de las asambleas primarias: ser francés o haber adquirido la calidad de tal, ser mayor de edad, estar domiciliado en el lugar por lo menos desde un año antes, pagar una contribución directa equivalente a tres jornadas de trabajo y no encontrarse en estado o condición servil.¹³⁵ Coincide, asimismo, con el Comité en las funciones de tales asambleas primarias, que se resumen en las siguientes: recepción de los ciudadanos antiguos; comparar, formar y conservar el cuadro de elegibles para la presentación, y elegir a sus representantes.¹³⁶ Desarrolla con amplitud el tema de la elección de representantes de las asambleas primarias, para arribar, finalmente, a la intermediación entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional, así como a estas últimas, explicando el sistema de representación propuesto por el Comité;¹³⁷ reforzando las tesis contenidas en el informe que observó y, al decir del mismo Pantoja, “puso aquí las bases para la organización del Estado centralizado”,¹³⁸ a lo que habría que adicionar, partiendo de una concepción de democracia de base y de amplia participación ciudadana.

8. *Opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de Constitución* (*Opinion de Sieyès sur plusieurs articles des titres IV et V du project de Constitution*)

El texto fue impreso por disposición de la Convención Nacional y corresponde al discurso pronunciado por Sieyès el 25 de julio de 1795 (2 tercitor del año tercero) en su seno. “Contiene la crítica al proyecto de Constitución elaborado por la comisión encargada de sustituir a la constitución

¹³² *Ibidem*, p. 224.

¹³³ *Loc. cit.*

¹³⁴ *Ibidem*, p. 225.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 227.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 227-231.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 231-239.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 15.

jacobina, pero es un texto capital, pues es la única ocasión en que el autor expone su concepción total sobre las instituciones políticas”.¹³⁹

En aquel discurso, el abate de Frejús abordó los siguientes puntos: la razón de ser de su discurso, la Constitución y el gobierno, la unidad y la división, el equilibrio y el concurso, la necesidad de representación, la crítica de la idea de soberanía, la crítica del sistema de equilibrio, el sistema de concurso, el plan que debe oponerse al de la comisión, la corte constitucional (*la jurie constitutionnaire*), el tribunado, el gobierno, el poder legislativo, la legislatura, las ventajas del plan propuesto, y la legislatura comparada con un tribunal de justicia.¹⁴⁰

Al empezar su discurso, Sieyès expresó su preocupación respecto a la Constitución en comento con los términos siguientes: “Después de haberle examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario”.¹⁴¹ Después desarrollaría sus inquietudes y recomendaciones, de las cuales se transcriben sólo algunas, en la idea de brindar mayores elementos demostrativos de la visión premonitoria y de avanzada que poseía Sieyès.

Afirmó: “Después de haberla examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse, y precaver con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario”.¹⁴²

Sí diésemos a la palabra *Constitución* su justo valor, lo descubriríamos casi por entero en la organización del establecimiento público central, es decir, en esa parte de la máquina política que constitúis para formular la ley, y en aquella que la contiene inmediatamente y que destináis a procurar, desde el punto de vista central en que la colocáis, la ejecución de la ley en todos los puntos de la República. Queréis un gobierno capaz de mantener a cada uno en sus derechos y sus deberes, en vano lo habréis deseado si, bajo este nombre, por más fuertemente que haya sido pronunciado en vuestra tribuna, no habéis decretado más que la creación de un gobierno de etiqueta, privado de la mayoría de los atributos que necesita tener para cumplir con certeza los deberes que le imponéis. Cualquiera que pueda ser la magia de las palabras en nuestra nación, no sustituye durante largo tiempo al vacío de la cosa. Por consiguiente, creo que el gobierno y esa mezcla de poderes legislativo y ejecutivo que os ha sido presentada por vuestra comisión, no podrían inspirar confianza a los amigos del orden social. No hay allí todo lo que se necesita para mantener

¹³⁹ *Loc. cit.*

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 240-256.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 240.

¹⁴² *Loc. cit.*

a cada cual en sus derechos y sus deberes. Este gobierno está mal dividido; no conserva su carácter propio ni en la primera ni en la segunda parte del establecimiento central; además, os falta, en la primera parte de este establecimiento, es decir, en la que está encargada de dictar la ley, una garantía indispensable, esencial; hablo de aquella de vuestra Constitución precisamente: se le ha olvidado en todos los proyectos y en todas las épocas.¹⁴³

En materia de gobierno y, más en general, en materia de Constitución política, *unidad*, sin más, es despotismo, como *división* sin más es anarquía: división con unidad nos proporciona la garantía social sin la cual es precaria cualquier libertad.¹⁴⁴

La cuestión consiste en saber cómo se dividirán los poderes. Nos da la respuesta la regla que he enunciado al comenzar: dividir para impedir el despotismo; centralizar para evitar la anarquía.¹⁴⁵

Tanto en un caso como en el otro, nada debe hacerse arbitrariamente; pues no hay nada arbitrario en la naturaleza moral y social, como no lo hay en la naturaleza física.¹⁴⁶

Además, explicó:

No conozco sino dos sistemas para la división de los poderes: el sistema del equilibrio y el del concurso o, para decirlo en términos más o menos semejantes, el sistema de los contrapesos y el de la unidad organizada. Fíjaos en que no hago, a quienes me escuchan, la injuria de llevar su entendimiento más allá del sistema representativo; más allá de éste, no hay sino usurpación, superstición y locura.¹⁴⁷

Para adicionar el siguiente argumento:

Todos sabemos que en una sociedad no puede existir sino *un* poder político, y éste es el de la asociación. Pero se puede llamar impropiamente poderes, en plural, a las diferentes procuraciones que ese poder único confía a sus diversos representantes; así como, también, por abuso, o por pura cortesía, tomamos, o nos dan individualmente, el título de representantes. No hay aquí más que un representante y lo es el cuerpo de la Convención; fuera de él hay tantos representantes como géneros de procuraciones políticas confiadas a cuerpos o a individuos dedicados a las funciones públicas.¹⁴⁸

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 240 y 241.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 241.

¹⁴⁵ *Loc. cit.*

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 241 y 242.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 242.

¹⁴⁸ *Loc. cit.*

Seguido de este: “En el estado social, todo es representación. Se la encuentra por doquier tanto en el orden público; es madre de la industria productiva y comercial, y también de los progresos liberales y políticos. Más aún, se confunde con la esencia misma de la vida social”.¹⁴⁹

Advirtió:

En vez de convencer al pueblo de que reserve el ejercicio de todos los poderes que le conviene dejar en representación sería más justo y útil decirle: cuidaos de no vincular a la calidad de un representante único todos los derechos que tenéis; distinguid cuidadosamente vuestras diferentes procuraciones representativas y ved por que la Constitución no permita a ninguna clase de vuestros representantes salirse de los límites de su procuración especial... Pero, se dirá ¿en qué se convierten entonces los poderes ilimitados? Los poderes ilimitados son un monstruo político, y un gran error de parte del pueblo francés.¹⁵⁰

Todos los actos por los cuales el arte social sabe extraer de la masa de las voluntades individuales el resultado de una voluntad común para forjar la ley, todos esos actos, digo, los depositan en representación dentro del mismo cuerpo de representantes, con lo cual confunden y resuelven la voluntad constituyente, la voluntad peticionaria, la voluntad encargada de la ejecución y la voluntad legislativa propiamente dicha; luego, espantados por el enorme poder que acaban de conceder a los mismos representantes, ¿qué se le ocurre hacer? En vez de separar esas diferentes procuraciones, dejando entre ellas solamente el lazo que debe obligarlas a concurrir a la realización del mismo fin, las dejan juntas; pero, se les ocurre luego dar a un segundo cuerpo de representantes la misma masa de poderes, o bien, asignan a uno respecto al otro el derecho de *veto*. Se precian entonces de no haber caído en el inconveniente de una *acción única*, la cual, a decir verdad, sería el despotismo en toda su pureza. Tal es el sistema del equilibrio o de los contrapesos. Pero, llevad vuestra mirada por dondequiera que ha sido establecido, examinad cómo se arreglan los asuntos, pues, a pesar de los errores constitucionales, es necesario que se arreglen asuntos.¹⁵¹

Por otro lado, sostuvo:

Me place rendir homenaje al plan de vuestra comisión; como ningún otro, ha reunido buenas instituciones; adelanta, como ningún otro, por el camino verdadero. Ha adoptado la idea de separar la proposición de la decisión, y ha dividido, aunque con mano poco firme, al poder ejecutivo en sus dos partes

¹⁴⁹ *Loc. cit.*

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 243.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 244 y 245.

principales. Pero todo esto tendría necesidad aún de armonía y de conjunto. Y al tratar de proporcionárselos, quizás se descubrirá que todavía le faltan partes esenciales; pero será mejor que explique en seguida lo que pido.¹⁵²

Pido, en primer lugar, un *jury de constitution* o, para afrancesar un poco más esa palabra de *jury* y distinguirla por su sonido del de *juré* (jurado), pido una *jurie constitutionnaire* (corte constitucional). Lo que pido es un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se pueden hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución.¹⁵³

En 1788 se estableció una idea sana y útil: la de la división del poder constituyente y de los poderes constituidos. Habrá de figurar entre los descubrimientos que han hecho avanzar a la ciencia; se la debe a los franceses.¹⁵⁴

Si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced una *jurie constitutionnaire*. Es tan palpable su necesidad, que pasare en seguida a exponer mi segunda petición.¹⁵⁵

Por lo demás, acotó:

Doy un conservador, un guardián a la Constitución mediante el establecimiento de la corte constitucional, una representación a las necesidades del pueblo para proponer las leyes que deben satisfacerlas, y una representación a las necesidades del pueblo y a las de la ejecución de la ley. Se me presentan todavía muchas otras razones para demostrar la necesidad de hacer del gobierno un taller, una *jurie de proposition* (instancia de proposición): me extenderé acerca de ellas en otra parte. Permitaseme solamente añadir, por una parte, que el gobierno, tal cual lo propongo, carece de acción directa sobre los ciudadanos: pues es falsa la idea de hacer gobernar a los ciudadanos por el poder público. Se gobiernan los medios de acción que ofrece el establecimiento público para la ejecución de la ley. Los ciudadanos se gobiernan por sí mismos, procurando tan solo no infringir la ley; pero los funcionarios públicos, los administradores, son gobernados en sus funciones.¹⁵⁶

¹⁵² *Ibidem*, p. 246.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 247.

¹⁵⁴ *Loc. cit.*

¹⁵⁵ *Loc. cit.*

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 251.

9. *Opinión sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire*
(*Opinion de Siéyes sur les attributions et l'organisation du jury Constitutionnaire proposé le 2 Thermidor*)

Al respecto, los comentarios de Sieyès que son bastante claros:

La necesidad de una *jury de constitution* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbrase a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión, desde el momento de su nacimiento? Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno dónde se encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder dar una respuesta. Un olvido, a este respecto, sería tan inconcebible como ridículo en el orden de lo civil; ¿por qué lo permitiríais en el orden de lo político? Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar.¹⁵⁷

Pasemos al verdadero punto de la dificultad. ¿Cuáles funciones otorgaremos a la *jury constitutionnaire*? ¿Cuál será la justa magnitud de esta atribución? ¿Cuáles serán sus límites precisos?¹⁵⁸ [y] Le pido a la *jury constitutionnaire* tres servicios: 1) que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional; 2) que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución; 3) por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía. En otras palabras, considero a la *jury constitutionnaire*: 1) como tribunal de casación en el orden constitucional; 2) como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución; 3) finalmente, como suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva. Se trata de desarrollar estos diferentes puntos de vista.¹⁵⁹

Se refiere a la propuesta detallada sobre la organización y funciones de la corte constitucional, esbozada en el anterior documento.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 258.

¹⁵⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁹ *Loc. cit.*

IV. EL SIGNIFICADO GENERAL DE SU OBRA

Sieyès, analizado a la luz de las líneas matrices de su pensamiento, no de aquellas situaciones coyunturales que se presentaron después de la Revolución francesa con motivo de su participación política, es uno de los personajes de mayor valía en el desarrollo de las ideas políticas, en la construcción de la democracia moderna y en el diseño de origen del Estado constitucional. Contribuyó a la destrucción del antiguo régimen y a la creación de la nueva sociedad; desarrolló la teoría del gobierno representativo, con el “...enorme mérito teórico que entraña... el tratar de llevar a cabo un análisis político partiendo de constataciones de orden sociológico”;¹⁶⁰ desentrañó el problema de la fuente de legitimidad para gobernar; dio forma cabal al sistema representativo y a la naturaleza del mando; solucionó la antinomia que presentaba el principio de la indivisibilidad de la soberanía de Rousseau con el de la división de poderes de Montesquieu; creó la teoría del poder constituyente, de los poderes constituidos y del poder comitente; sistematizó los derechos del hombre y del ciudadano; compatibilizó las nociones de nación y de poder constituyente con la de propiedad, y, como si todo esto fuera poco, dio basamento sólido a la formación del Estado constitucional.¹⁶¹

V. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, Francisco, “Introducción”, en SIEYÈS, Emmanuel, *Qué es el Tercer Estado*, Madrid, Aguilar, 1973.
- BASTID, Paul, *Sieyès et sa pensée*, París, Hachette, 1970.
- BLANCO VÁLDES, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994.
- BLUME FORTINI, Ernesto, “Emmanuel Joseph Sieyès: su tiempo, su vida y sus aportes”, *Anuario 2009 de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad José Matías Delgado del El Salvador*, núm. 3, 2009.
- BLUME FORTINI, Ernesto, “El aporte de Sieyès a la forja del Estado Constitucional”, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Idempsa, 2009, t. II.
- BREDIN, Jean Denis, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, París, Éd. De Fallois.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶¹ Se reitera, un detalle del significado de su obra aparece en el precitado Estudio Preliminar de David Pantoja en *Escritos Políticos de Sieyès, cit.*, pp. 17-59.

- LEFEBVRE, Georges, *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*, Santa fe de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MADELIN, Louis, *Los hombres de la Revolución Francesa*, trad. de Amanda Fons de Gioia, Buenos Aires, Ediciones B Argentina, 2004.
- PANTOJA MORÁN, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- PASQUINO, Pascuale y SIEYÈS, Emmanuel, “Benjamín Constant et le «Gouvernement des Modernes», contribution à l’historie de representation politique”, *Revue Française de Science Politique*, abril de 1987.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SIEYÈS, Emmanuel J., *Qué es el Tercer Estado? Seguido del Ensayo sobre los privilegios*, trad. de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *Ecrits Politiques*, selección y presentación de Robert Zapperi, París, Ed. Des Archives Contemporaines, 1985.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, Madrid, Aguilar, 1973.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, en PANTOJA MORÁN, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, introducción y estudio preliminar de David Pantoja Morán, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- VAN DEUSEN, Glyndon, *Sieyès: His Life and His Nationalism*, Nueva York, Ams Press, 1968.

EL JUICIO DE AMPARO A TRAVÉS DE SU JURISPRUDENCIA (1936-2017)

Edgar S. CABALLERO GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Contexto de observación.* II. *Metodología.* III. *Resultados de la investigación.* IV. *Figuras procesales.* V. *Conclusión.*

I. CONTEXTO DE OBSERVACIÓN

El 6 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una de las dos reformas más importantes de nuestro texto constitucional en el Siglo XXI,¹ consistente en una modificación integral a los principios fundamentales y figuras procesales del juicio de amparo.

La génesis de la reforma se remonta años antes al procedimiento legislativo que le dio origen, el cual inició con la *iniciativa* presentada por un nutrido grupo de senadores del Partido Revolucionario Institucional, el 19 de marzo de 2009, el cual turnó a la Comisión de Puntos Constitucionales para su estudio.

La *primera lectura* de origen del dictamen se dispuso el 8 de diciembre de 2009, para después ser presentada para su *segunda lectura* y su aprobación de origen el 10 de diciembre del mismo año, siendo aprobado en lo general

* Maestro en derecho por la UNAM. Profesor en la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la UNAM. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y coordinador editorial de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: edgarcaballero@outlook.com.

¹ La reforma consistió en la modificación del artículo 94, para cambiar el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar; se incorporó un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorporó otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. Se reformó el artículo 103. Se reformó el artículo 104. Se reformó el artículo 107 de la siguiente manera: el párrafo inicial; las fracciones I y II; el inciso a) de la fracción III; las fracciones IV, V, VI y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI, XIII, XVI y XVII y se derogó la fracción XIV, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

por 89 votos a favor, 0 en contra, y 0 abstenciones, y en lo particular por el artículo 100, por 79 votos a favor, 0 en contra, y 0 abstenciones.

Una vez aprobada en la Cámara de *origen*, el 7 de diciembre de 2010, se discutió el proyecto en la Cámara *revisora*, la que eliminó del proyecto original, la modificación al artículo 100 constitucional para que quedara en los términos vigentes.²

Con la salvedad anterior, los artículos no impugnados por la revisora fueron aprobados en votación nominal por 361 votos en *pro* y 4 en contra. Realizadas las modificaciones, el dictamen fue aprobado en términos del apartado E, del artículo 72 constitucional, con 90 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones, para enviarse con fundamento en el artículo 135 constitucional a las legislaturas de las entidades federativas, aprobándose por 16 de ellas, y emitiéndose la declaratoria el 4 de mayo de 2011.

Por lo que respecta al Poder Judicial de la Federación, en agosto de 2003, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, convocó la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado mexicano, dando origen al *Libro Blanco de la Reforma Judicial*.³

Apuntamos que el Poder Legislativo también contribuyó en gran medida; en la Cámara de Diputados se presentaron desde abril de 1998 hasta febrero de 2011, un total de 12 iniciativas de reforma constitucional al juicio de amparo en lo concerniente a las figuras modificadas en junio de 2011, las cuales sistematizamos en atención a su contenido de la siguiente forma:

- a) Cinco proyectos de reformas sobre la declaratoria general de inconstitucionalidad.⁴
- b) Cuatro proyectos de reforma sobre la ampliación del objeto de protección del juicio de amparo.⁵

² La modificación al artículo 100 fue aceptada en votación nominal por 275 votos, 45 en contra y 3 abstenciones, eliminándose del proyecto de decreto.

³ Desde el ámbito metodológico, el *Libro Blanco de la Reforma Judicial* se estructuró de la siguiente manera: 1)el Poder Judicial en la sociedad democrática contemporánea; 2) ¿qué es una reforma judicial?; 3) la reforma judicial en México; 4) la formación de políticas judiciales y la estructura de la agenda judicial; 5) reglas y procedimientos; 6) organización; 7) actores internos y externos; 8) justicia y sociedad; 9) justicia penal; 10) conclusiones: 33 acciones para reformar la justicia en México; 11) bibliografía; 12) anexos.

⁴ Gacetas parlamentarias de los días 29 de abril de 1998 (Álvaro Arceo Corcuera, PRD); 15 de abril de 2004 (Jorge Leonel Sandoval Figueroa, PRI); 2 de septiembre de 2004 (Francisco Javier Valdés de Anda, PAN); 14 de octubre de 2004 (Hugo Rodríguez Díaz, PRD), y 7 de abril de 2010 (Nazario Norberto Sánchez, PRD).

⁵ Gacetas parlamentarias de los días 25 de marzo de 2004 (Amalín Yabur Elías, PRI), 18 de marzo de 2004 (Eliana García Laguna, PRD); 4 de agosto de 2008 (Valentina Valia Batres Guadarrama, PRD), y 7 de octubre de 2008 (Francisco Fraile García, PAN).

- c) Una iniciativa sobre la obligación de los tribunales de la Federación para adoptar los criterios emitidos por sistemas internacionales y regionales.⁶
- d) Dos iniciativas sobre la protección horizontal de los derechos humanos.⁷

Respecto a la Cámara de Senadores, el eje central de las cuatro iniciativas presentadas desde marzo de 2007 a noviembre de 2009 fue la ampliación al objeto de protección del juicio de amparo.⁸

Ante lo que llevamos señalado podemos afirmar que la trascendental reforma al juicio de amparo se integró con los esfuerzos del Poder Judicial de la Federación, con las diversas iniciativas presentadas por los diputados y senadores en legislaturas anteriores y, de manera notable, por la mente brillante e innovadora de los científicos más experimentados del derecho procesal constitucional mexicano.

II. METODOLOGÍA

Una vez que hemos comprendido el contexto de observación de la presente investigación, consideramos necesario definir los elementos metodológicos que permitan al lector entender nuestro objetivo central, el cual se traduce en conocer a nuestro juicio de amparo a través de la jurisprudencia que ha emitido el Poder Judicial de la Federación, y por tanto, es indispensable definir las características metodológicas.

1. *Justificación*

La interpretación de la Ley de Amparo representa una gran carga de trabajo para el Poder Judicial de la Federación, sin ser exhaustivos, a través de los años se dieron notables cambios en figuras procesales como la *suspensión del acto reclamado*, la *noción de autoridad* para efectos de amparo, la operatividad de los *recursos*, excepciones al principio de *definitividad*, entre otras.

⁶ Gaceta parlamentaria del 19 de febrero de 2008 (Andrés Lozano Lozano, PRD).

⁷ Gacetas parlamentarias de los días 8 de abril de 2010 (Jaime Cárdenas García, PT); y 8 de febrero de 2011 (Carlos Alberto Pérez Cuevas, PAN)

⁸ Gacetas parlamentarias de los días 8 de marzo de 2007 (Martha Leticia Sosa Govea); 4 de octubre de 2007 (Ludivina Menchaca Castellanos); 11 de octubre de 2007 (Rosario Ybarra de la Garza), y 29 de noviembre de 2007 (Santiago Creel Miranda).

2. *Delimitación material*

La delimitación material contempla dos ordenamientos legales a través de los cuales se han interpretado las figuras procesales del juicio de amparo. El primer ordenamiento es la Ley de Amparo de 1936, y el segundo la Ley de Amparo de 2013.

A. *Ley de Amparo de 1936*

El 27 de diciembre de 1935, fue presentada por el Poder Ejecutivo la iniciativa para la expedición de la nueva Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución federal con el propósito de emprender una reforma integral a la entonces vigente Ley de Amparo de 1919,⁹ sumada al ánimo de reglamentar la situación obrera, las nuevas modalidades que en la práctica y en las leyes se habían introducido en las relaciones jurídicas, y para corregir otros defectos que se advertían en esos años. La iniciativa fue turnada a las comisiones Primera y Segunda de Justicia, las que únicamente expresaron al final del dictamen, que la ley estaba “en consonancia con las condiciones actuales, a la vez que con la nueva organización adoptada en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial...”, con lo que se procedió a la votación de origen del proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad de votos de todos los diputados presentes.

Posteriormente, la iniciativa fue discutida en la cámara revisora, el 30 de diciembre de 1935, centrándose el debate por el senador Aguilar en la discusión general, en la oposición de votar la nueva Ley de Amparo, en tanto no se reglamentara el artículo 115 constitucional, para asegurar la libertad municipal, pidiendo que se otorgaran facultades extraordinarias al entonces titular del Poder Ejecutivo, Lázaro Cárdenas del Río, para que enviara un proyecto de ley; el eje temático de la discusión fue alejado por el Senador Ortega, quien apoyó el propósito del primero en la palabra, pero, precisando que no era el momento oportuno para discutir ese tema, pues, el debate giraba en torno a “...las garantías individuales por medio del recurso de Amparo, y los derechos que tienen los municipios, como cuerpos colegiados y políticos, no son más que derechos jurídicos sino derechos in-

⁹ El artículo 8o., transitorio de la iniciativa de reforma indicó lo siguiente: “...Artículo 8o. Se deroga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, de fecha 18 de octubre de 1919...”.

dividuales...”, sin embargo, al final de la discusión, se aprobó la proposición por 39 votos a favor.

Finalmente, tras el procedimiento legislativo, fue publicada la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal, en el *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de enero de 1936, con un total de 210 artículos, divididos en cuatro títulos, y con ocho artículos transitorios.

B. *Ley de Amparo de 2013*

La Ley de Amparo del 2 de abril de 2013 es el resultado de la trascendental reforma constitucional al juicio de amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, y cuya génesis ya fue explicada en el contexto de observación. Señalamos que se trata de un ordenamiento que recogió muchas de las tendencias jurisprudenciales que se plasmaron en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

C. *Instancias*

Por lo que respecta a las instancias de las cuales derivó la jurisprudencia que interpretó la Ley de Amparo de 1936, y la que está interpretando a la Ley de Amparo de 2013, podemos señalar que para efectos del presente estudio, consideramos las tesis aisladas y de jurisprudencia publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* por el Pleno, la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, y Sala Auxiliar, además, los Tribunales Colegiados de Circuito.

3. *Delimitación temporal*

La delimitación material que establecimos en el apartado anterior, nos indica el rango de tiempo que debemos considerar en la investigación. Por tal motivo señalamos los períodos en tiempo de la observación del fenómeno de investigación de la manera siguiente:

- a) *Vigencia de la Ley de Amparo de 1936*: 10 de enero de 1936¹⁰ al 2 de abril de 2013.

¹⁰ El artículo primero transitorio de la Ley de Amparo de 1936 señala: “Artículo Primero. Esta ley comenzará a regir el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”.

- b) *Vigencia de la Ley de Amparo de 2013:* 3 de abril de 2013¹¹ al 24 de febrero de 2017 —fecha de cierre de la presente investigación—.

4. *Épocas del Semanario Judicial de la Federación*

La línea de tiempo respecto a los criterios jurisprudenciales es muy clara: 10 de enero de 1936 al 9 de septiembre de 2016 —última fecha de publicación de criterios al cierre de la presente investigación—. Como se observa son más de 80 años de interpretación del Poder Judicial de la Federación, que sólo podemos entender a partir de la segmentación de las épocas del *Semanario Judicial de la Federación*. Y por tal motivo las recordamos a continuación:

- a) Quinta Época: del 1o. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.
- b) Sexta Época: del 1o. de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968.
- c) Séptima Época: del 1o. de enero de 1969 al 14 de enero de 1988.
- d) Octava Época: del 15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995.
- e) Novena Época: del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011.
- f) Décima Época: del 4 de octubre de 2011 a la fecha.

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Cuantitativos*

A. *Publicación general de criterios en el Semanario Judicial de la Federación*

Del 1 de junio de 1917 al 24 de febrero de 2017 se han publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* 243,860 criterios, de los cuales:

- a) 18,093 corresponden a jurisprudencias.
- b) 225,767 corresponden a tesis aisladas.
- c) 24,681 emanaron del Pleno; 42,820 de la Primera Sala; 36,830 de la Segunda Sala; 32,890 de la Tercera Sala; 26,995 de la Cuarta Sala; 4,124 de la Sala Auxiliar; 618 de Plenos de Circuito, y 74,853 de Tribunales Colegiados de Circuito.

¹¹ El artículo primero transitorio de la Ley de Amparo de 2013 señala: “Artículo Primero. Esta ley comenzará a regir el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”.

- d) 110,954 fueron publicados en la Quinta Época; 23,266 en la Sexta Época; 25,627 en la Séptima Época; 27,199 en la Octava Época; 42,958 en la Novena Época, y 13,704 en la Décima Época.

B. *Criterios de interpretación directa de la Ley de Amparo de 1936*

Del 11 de enero de 1936 al cierre de la Novena Época, la Ley de Amparo de 1936 fue interpretada de forma directa en 12,402 criterios, de los cuales:

- a) 2,660 son tesis de jurisprudencia.
b) 9,742 son tesis aisladas.
c) 775 fueron publicadas en la Quinta Época; 212 en la Sexta Época; 1,263 en la Séptima Época; 3,050 en la Octava Época, y 6,688 en la Novena Época.

C. *Criterios de interpretación directa de la Ley de Amparo con posterioridad a la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 hasta la publicación de la Ley de Amparo de 2013*

Del 7 de junio de 2011 al 2 de abril de 2013 fueron publicados 266 criterios de interpretación directa de la Ley de Amparo de 1936.

D. *Criterios de interpretación directa de la Ley de Amparo de 2013*

Del 3 de abril de 2013 al 24 de febrero de 2017 se han publicado 769 criterios de interpretación directa de la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, de los cuales:

- a) 198 son tesis de jurisprudencia.
b) 571 son tesis aisladas.
c) 29 derivaron del Pleno, 81 de la Primera Sala, 77 de la Segunda Sala, 32 de Plenos de Circuito, y 550 de Tribunales Colegiados de Circuito.

2. Cualitativos

A partir del análisis de la jurisprudencia por épocas de publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* obtuvimos lo siguiente:

- a) La Quinta Época se caracterizó por publicar criterios que interpretaron y desarrollaron las nociones básicas como las partes en el amparo y su interés jurídico, mediante el método de interpretación gramatical.
- b) La Sexta Época se caracterizó por publicar criterios de interacción del derecho burocrático y agrario, mediante los métodos de interpretación gramatical y teleológico.
- c) La Séptima Época se caracterizó por publicar criterios que interpretaron y desarrollaron figuras como el emplazamiento, los términos, las formalidades de la demanda, y el cumplimiento de la sentencia, mediante método lógico-funcional.
- d) La Octava Época se caracterizó por publicar criterios que interpretaron y desarrollaron figuras como los recursos, la representación, las pruebas, la procedencia del amparo directo, mediante el método sistemático.
- e) La Novena Época se caracterizó por publicar criterios que interpretaron y desarrollaron figuras como la suplencia, la improcedencia y el sobreseimiento, la suspensión del acto reclamado, mediante método sistemático.
- f) En la Décima Época la tendencia de interpretación se orienta hacia figuras como el amparo adhesivo, la representación de los menores, las medidas cautelares, la excepción al principio de definitividad, y las restricciones procesales, mediante un método de interpretación sistemático, y con apoyo en un principio de interpretación de los derechos humanos: el principio *pro persona*. Además con mayor frecuencia observamos que las y los jueces constitucionales construyen sus criterios basando su interpretación en el control difuso de convencionalidad y en la interpretación conforme.

IV. FIGURAS PROCESALES

A partir de la base de datos de interpretación, y de los análisis cuantitativos y cualitativos, estamos en posibilidad de identificar a partir de una sistematización jurisprudencial, las figuras procesales interpretadas por el Poder Judicial de la Federación. Para lograr dicho propósito, identificamos dos categorías:

1. *Ley de Amparo de 1936*

A. *Partes*

Las partes procesales del juicio de amparo estuvieron contempladas en el artículo 50., de la Ley de Amparo. Dicho artículo fue interpretado de forma directa en 63 criterios, de los cuales 23 son tesis de jurisprudencia y 39 tesis aisladas.

En las primeras dos épocas del *Semanario Judicial de la Federación* la tendencia interpretativa se orientó a definir la noción de autoridad para efectos del amparo, en la Octava Época se comenzó a interpretar en mayor medida la figura del Ministerio Público, y finalmente en la Novena Época lo relativo a determinar qué debía entenderse por tercero perjudicado.

B. *Improcedencia*

La improcedencia fue la figura procesal más interpretada de la Ley de Amparo de 2013. Recordemos que se encontraba contemplada en el artículo 73, y sobre ese artículo existen 2,154 tesis de interpretación directa, de las cuales 446 son jurisprudencias, y 1,708 son tesis aisladas. El análisis de los criterios merece un estudio específico en razón de la importancia y el número de criterios. En la presente página nos limitaremos a señalar que los Tribunales Colegiados de Circuito son la instancia que más interpretó el precepto relativo a la improcedencia, y que son tres de sus fracciones las que concentran los esfuerzos hermenéuticos: 1) falta de interés jurídico, 2) principio de definitividad y 3) cambio de situación jurídica.

C. *Suplencia*

La suplencia de la deficiencia de la queja encontró su regulación el artículo 76 bis de la ley abrogada que analizamos. Sobre esa figura existen 372 tesis en general. Conforme a su obligatoriedad 84 son jurisprudencias, y 283 son tesis aisladas. Al respecto nos limitaremos a señalar que en la Novena Época las tendencias fueron en el sentido de dotar de protección a los menores, a los inculpados.

D. Recurso de revisión

La revisión fue el recurso más interpretado de la Ley de Amparo de 1936. Se publicaron 237 criterios de interpretación directa, de los cuales 78 tienen el carácter de ser obligatorios, y 159 el carácter de orientadores.

E. Suspensión del acto reclamado

Sin duda la suspensión del acto reclamado es una de las figuras procesales de mayor importancia en el Juicio de Amparo. Lo anterior se traduce en el número de criterios de interpretación. Apuntamos que los artículos 123 y 124 de la Ley de Amparo abrogada fueron interpretados de forma directa mediante 571 tesis (145 jurisprudencias y 426 tesis aisladas).

F. Procedencia del amparo indirecto

La figura procesal que apuntamos estuvo contemplada en el artículo 114 de la Ley de Amparo de 1936. El precepto fue interpretado de manera directa por 771 criterios (202 jurisprudencias, y 569 tesis aisladas).

G. Procedencia del amparo directo

La procedencia del amparo directo estuvo regulada en el artículo 158 de la multicitada ley abrogada que analizamos. Sobre ese artículo existen 381 criterios, de los cuales 133 son tesis de jurisprudencia, y 248 son tesis aisladas.

2. Ley de Amparo de 2013

En la sección anterior apuntamos que la Ley de Amparo de 2013 ha sido interpretada hasta el 24 de febrero por 769 tesis. A pesar de que el número no es tan amplio, los tres años y cinco meses de vigencia ya nos permiten advertir tendencias interpretativas, tal como observaremos a continuación:

A. *Amparo adhesivo*

El amparo adhesivo es una figura procesal que encontró su regulación en la reforma constitucional del 6 de junio de 2011. Por razón metodológica no vamos a definir en qué consiste, ni sus características procesales. Sólo mencionaremos que cuenta con 118 tesis aisladas.

B. *Suspensión del acto reclamado*

A partir de la concepción de la suspensión del acto reclamado como una verdadera medida cautelar, los esfuerzos del Poder Judicial de la Federación han producido 26 criterios (7 jurisprudencias y 19 tesis aisladas).

C. *Suplencia*

La suplencia de la deficiencia de la queja también se vio transformada a partir de la creación de la Ley de Amparo de 2013. Su interpretación también ha sido constante al producir 128 tesis, de las cuales 32 son jurisprudencias y 96 son tesis aisladas.

V. CONCLUSIÓN

El presente trabajo de investigación es un primer esfuerzo para entender al juicio de amparo a través de su jurisprudencia. Evidentemente cada una de las figuras procesales puede ser analizada de forma independiente, sin embargo, a partir del documento que estamos concluyendo, ya contamos con un panorama general.

El juicio de amparo es la institución jurídica de mayor relevancia. Consideramos que el trabajo que presentamos tiene como finalidad proponer el estudio del amparo a través de la interpretación del Poder Judicial de la Federación porque es evidente que en los tribunales nuestro juicio de derechos fundamentales se convierte en viviente.

PANORAMA GENERAL DE LOS ANTECEDENTES REMOTOS DE LA ESENCIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY

José Miguel CABRALES LUCIO*

SUMARIO: I. *Introducción a modo de contextualización y acotamiento.*
II. *Antecedentes remotos del control constitucional y su vertiente instrumental.*
III. *Posición de la ley y supremacía de la Constitución en Estados Unidos de América y su construcción doctrinal y jurisprudencial como fundamento de la judicial review of legislation.* IV. *La presunción de constitucionalidad de la ley y la interpretación conforme como núcleo y esencia del control.*
V. *Antecedentes remotos del control de la ley en la Europa continental del nuevo régimen.* VI. *Del pasado remoto al futuro del control constitucional de la ley. Una tesis y una conclusión prospectiva.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN Y ACOTAMIENTO

Los antecedentes remotos del control constitucional de la ley en el mundo tienen varios puntos de referencia. Existe abundante bibliografía e investigaciones sobre el tema, que en alguna medida ofrecen puntos similares y diferentes sobre los orígenes del control de constitucionalidad de la ley. Al abordar los antecedentes del control constitucional es necesario situar metodológicamente algunos puntos de referencia en el tiempo. Es por ello que nos referiremos con algún detalle a la experiencia en Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia, Austria, Alemania, Suiza e Italia. Con esto trataremos de dar cobertura aunque sea de manera panorámica de los puntos geográficos y cronológicos acordados por la mayoría de la doctrina sobre el tema.

En el presente trabajo se abordará el siguiente orden de presentación y exposición: en primer lugar, dentro de este epígrafe realizaremos una introducción a modo de contextualización; en segundo lugar, la exposición de

* Profesor investigador en la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt.

los antecedentes remotos del control constitucional de la ley y su vertiente instrumental precisamente para lograr fortalecer más la tesis final, que se expondrá en la última parte. Se hará una exposición detallada de la presunción de constitucionalidad de la ley y de la interpretación conforme concibiéndolos como principios rectores esenciales del control de la ley desde su origen lo que en buena medida condicionará la legitimidad del control en nuestros días.

II. ANTECEDENTES REMOTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU VERTIENTE INSTRUMENTAL

El control de la ley conforme a un complejo normativo superior tiene antecedentes muy remotos que justifican su esencia y su naturaleza en nuestros días. Como en muchas otras áreas del conocimiento en general y del derecho en particular, grandes avances se han presentado gracias a la puesta en práctica y contacto con la realidad de las prescripciones normativas e hipotéticas. En este sentido, la aplicación y sobre todo la interpretación del derecho a través de los operadores jurídicos que se encargan de juzgar, tiene especial relevancia en la evolución del derecho.

En los anteriores términos, el caso citado por excelencia es el resuelto por el *chief justice* del Tribunal de agravios civiles (*Common Pleas*) sir Edward Coke en el célebre asunto *Doctor Bonham* de 1610.¹ El doctor Bonham había sido impedido de practicar su profesión por el Colegio de Médicos de Londres. En ese caso se lleva a cabo un análisis de la validez de una ley, concluyendo en la anulación de la misma por contravenir los principios del *Common Law*.² Este juez somete los actos del Parlamento a la superioridad de un derecho común y reconoce la actuación legislativa como producto de la voluntad regia. Se utiliza la expresión “repugnante” (*repugnancy*) y las disposiciones normativas en aparente pugna eran la ley de Enrique VIII que faculta al Real Colegio de Médicos para sancionar por un lado, y los principios del *Common Law* (concretamente: el que nadie puede ser juez y parte de su propia causa), por otro.

Cabe resaltar que, históricamente, el parámetro con el que se evaluaba la regularidad de las leyes era un instrumento de medida, lo que se entendía por repugnancia. En el siglo XVII la “repugnancia” sólo era aplicable para

¹ Berger, Raoul, “Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1969, pp. 526 y ss.

² *Idem*.

identificar conflicto de leyes o contradicción de una parte de una ley con otra, pero Coke novedosamente sostiene que el conflicto entre una ley y un principio también genera repugnancia. Es, por tanto, la primera vez que se invalida una disposición normativa por contravenir el DC. Por esta razón dos años después (1612) en otro caso, *Rowles v. Mason*,³ se esgrime detalladamente cómo la repugnancia no implica una superioridad sino una prevalencia de la norma. Incluso estos casos no son originales, pues hay bases en precedentes desde los siglos XIII-XVI, donde habían casos de confrontación entre normas y el *Common Law* pero en ninguna se había decretado la incompatibilidad, es por ello que no se hace referencia a ellos como antecedentes del control normativo.

Ahora bien, desde el punto de vista normativo y de documentos habría que hacer referencia puntual a dos instrumentos jurídicos importantes. Estos documentos podrían situarse también como antecedentes de la intención de establecer un derecho superior a la ley y poder confrontar la obra legislativa y someterla a límites que se pueden destacar. Estos documentos son:

- 1) El *Agreement of the People* (1649), en el que aparece la idea de una Ley superior al Parlamento, así como la separación de poderes legislativos y el ejecutivo, y
- 2) El *Instrument of Government* (1653) en el que se manifestaba la idea de norma escrita que organiza el poder y se sitúa por encima de los poderes constituidos.

No obstante, el pasaje histórico jurisdiccional y normativo respecto a los orígenes esenciales del control de la ley, es obvio que éste no se consolidó ni permeó las instituciones ni la historia del control judicial de la ley.

Así las cosas, el antecedente remoto del control judicial de la ley al que hacíamos referencia en Inglaterra no es más que un acontecimiento aislado y la institución de la *judicial review* como posteriormente se hizo famosa, no parecía tener futuro en ese país. Así, la doctrina de la superioridad de un derecho común se abandonó rápidamente y prevaleció la doctrina casi

³ El caso tenía que ver, según los estudiosos históricos al respecto, con una posible contradicción entre el *Common Law* y una costumbre local (que según la cultura jurídica británica constituía fuente del derecho). Es un caso poco estudiado, pero muy interesante, debido a que en esa oportunidad el célebre juez Coke tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la superioridad del *Common Law* de manera más precisa. En este caso se relaciona el histórico concepto de *repugnancy* con irracionalidad. Todas estas cuestiones pueden encontrarse bien detalladas en la magna obra Fernández Segado, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 108, entre otras.

dogmática de la soberanía del Parlamento.⁴ Así, Reino Unido consagra la soberanía del Parlamento, que encontraba un marco propicio bajo el sistema del *Rule of Law* y que a su vez favorecía a este, dando como resultado la supremacía de la ley.⁵ En este sentido se pueden destacar tres postulados fundamentales que predominaron en el sistema constitucional inglés: 1) la soberanía del Parlamento que legitima la supremacía de la ley, limita el arbitrio del ejecutivo y garantiza la seguridad del ciudadano; 2) la igualdad ante la ley y la jurisdicción, y 3) la creación judicial de los derechos individuales como fundamento de la Constitución. La soberanía del Parlamento contenido en el primer punto es el que más directamente se relaciona con el tema que estamos tratando y es que se confirma la ya clásica formulación de William Blackstone, de que el Parlamento “...tiene soberanía e incontrolable autoridad en la elaboración, conformación, ampliación, restricción, derogación, rechazo, re-elaboración y difusión de las leyes respecto a materias de todo tipo...”⁶ De aquí queremos destacar la primera aseveración de soberanía atribuida al Parlamento y sobre todo y más importante la concepción de incontrolable de su actividad. La autoridad y soberanía del Parlamento era tal que el mismo autor inglés le reconocía el poder de “...hacer todo lo que no fuera naturalmente imposible”,⁷ con un correlato de imposibilidad de control sobre él, llegándose a afirmar categóricamente que “el poder del Parlamento es absoluto y sin control”.⁸ No se negaba una autoridad al juez; sin embargo, se confiaba más en las mayorías para tomar las decisiones trascendentales. En efecto, pese al inicial intento por lograr una preeminencia de un derecho superior que fuera capaz de prevalecer por encima de la ley cuando ésta no se ajuste a los postulados supremos, la soberanía del Parlamento ocupó el lugar de preeminencia y fue la tendencia que marcó el derecho constitucional desde el siglo XVII en la Europa continental.

Además, sobre la supremacía parlamentaria de Inglaterra, Mauro Capelletti señala: “El principio inglés de la incontrolada supremacía del poder legislativo, contribuyó, en lugar de constituir un obstáculo, a la formación americana del principio opuesto, en virtud del cual, las leyes del Parlamento

⁴ La obra base para entender esta soberanía puede ser Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Londres, New ed., 1826, 4 v. Una sólida justificación y un amplio desarrollo de la soberanía del Parlamento puede también verse en Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Foundation, 1982, pp. 3-104.

⁵ *Ibidem*, p. 343.

⁶ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, cit., vol. I, p. 160. Traducción propia.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. 162. Traducción propia.

están sujetas a un control de validez por parte de los jueces”. Esta observación puede producir la siguiente interrogante: ¿por qué, si la esencia del control de la ley se gestó en Inglaterra, no nació formalmente o como lo conocemos ahora ahí el control judicial de la ley con base en el parámetro de la Constitución? La respuesta tendría necesariamente que exponer un desarrollo más amplio de lo que aquí pretendemos, baste adelantar, como sugerencia, el elemento nuclear en la transformación jurídica que es la Constitución y su concepción jurídica, normativa, democrática, vigente y superior que se construyó originalmente en Estados Unidos de América y que prácticamente se exportó a todo el mundo. Por estas razones es conveniente y lógico continuar nuestra exposición atendiendo al principio de supremacía constitucional en Estados Unidos de América.

III. POSICIÓN DE LA LEY Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION*

La existencia de una fuerte tradición continental europea de supremacía de la ley⁹ predominaba en muchas mentes en la época de creación de la Constitución de los Estados Unidos; sin embargo, esta influencia no llegó a materializarse finalmente por las circunstancias históricas muy fuertes que incitaban al rechazo de la soberanía de la ley como vector de actuación en el Estado. Recordemos que James Wilson como uno de tantos padres de la Constitución tenía una fuerte influencia de las ideas del movimiento escocés producida por sus estudios en ese país, que posteriormente trasladó a sus escritos y debates de la Convención de Philadelphia.¹⁰ Cabe destacar que pese a esta influencia quedaba bien claro que las ideas de la *judicial review* estaban también en su mente, pues afirmó que “quien quiera que esté obligado a obedecer una ley constitucional, está justificado a rechazar obedecer un acto inconstitucional del Legislador y... cuando una cuestión, incluso de esta delicada naturaleza ocurra, todos aquellos que estén llamados a pronunciarse, tienen el derecho a juzgarla”.¹¹

⁹ Puede encontrarse un fuerte fundamento y explicación teórica de ello, en la obra Carré De Malberg, Raymond, *La loi: expression de la volonté générale*, París, Económica, 1984.

¹⁰ Hall, Kermit y Hall, Mark David (eds.), *Collected Works of James Wilson*, Indianapolis, Liberty Fund Press, 2007, vol. 1.

¹¹ *Idem*.

Más adelante, ya en el periodo posterior a la Independencia en mayo de 1787 el federalista Alexander Hamilton hacía notar la necesidad de la existencia de un medio para salvaguardar los principios supremos contenidos en la recientemente aprobada Constitución federal, lo cual contribuyó también a la implantación de la *Judicial Review of Legislation*.

El primer antecedente jurisdiccional en la lógica del control constitucional se presentaría en el caso *Hylton v. United States* de 1796 que refleja un verdadero control de la ley en cuestión, pese a que no se haya llegado a la declaración de su incompatibilidad con la Constitución.¹² El caso se refería a una ley en materia presupuestaria por su posible contradicción con la sección 9 del artículo 1. Más adelante, en 1803, con motivo de la controversia surgida en el caso *Marbury vs. Madison*, el juez (presidente de la Corte) John Marshall¹³ dictó una sentencia que encierra los principios que (en la práctica jurisdiccional) dan expresión y contenido a la supremacía de la Constitución federal, conforme a los cuales debe considerarse de imposible aplicación todo acto contrario a la máxima ley, con la facultad para los jueces de no acatar la legislación secundaria (especialmente federal) cuando ésta sea contraria a la norma superior (carácter concreto/incidental del control). Posteriormente siete años después del famoso caso de 1803 la Suprema Corte volvió a pronunciarse en 1810 en el caso *Fletcher v. Peck* sobre la lógica del control constitucional y extendió el poder de pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes y actos de competencia federal y local.¹⁴ También se reivindicó y ratificó el rol de intérprete supremo de la Constitución. Entre estos antecedentes jurisdiccionales están infiltrados (y esto sería parte de la tesis sostenida en este trabajo de investigación) los principios de presunción de constitucionalidad de la ley y el de interpretación conforme

¹² Incluso hay autores que afirman que este fue el primer juicio de constitucionalidad de una ley federal (Fregoso, Eduardo, *Controllare la legge. Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, Padua, Cedam, 2008, pp. 29-35).

¹³ Una buena descripción de la actividad del juez John Marshall, como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1801-1835), puede verse en Olken, Samuel, "Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History", *The John Marshall Law Review*, vol. 33, 2003, pp. 743 y ss. Mientras que para conocer la biografía del juez John Marshall y entender en gran medida cuál era su visión del derecho constitucional puede verse entre la bibliografía existente a Newmyer, Kent, *John Marshal and the Heroic age of the Supreme Court*, Louisiana, University Press, 2002.

¹⁴ Ampliamente sobre el caso véase Leonard, Gerald, "Fletcher v. Peck and Constitutional Development in the Early United States", *University of California, Davis, School of Law*, vol. 47, núm. 5, junio de 2014, pp. 1843-1857, disponible en: http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/5/Beard/47-5_Leonard.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2015).

y con esa génesis se trasladó a Europa y al sistema concentrado de control constitucional de la ley.¹⁵

IV. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO NÚCLEO Y ESENCIA DEL CONTROL

1. *Fundamentos democráticos*

La ley aparece en el escenario del control constitucional revestida de una dignidad debido a que es emitida por el órgano que está en mejor posición institucional para expresar la voluntad popular, de hecho la expresión (recientemente acuñada por Waldron) de la *dignidad de la ley*¹⁶ tiene su fundamento histórico en las ideas de Blackstone de la supremacía parlamentaria de la Gran Bretaña (aunque con un sentido diferente al tratado aquí).¹⁷ El Parlamento, elegido democráticamente por sufragio universal, igual y normalmente directo. La característica democrática de la ley hace especial su naturaleza en relación con actos como reglamentos o disposiciones normativas de rango inferior que pueden ser emitidas bajo otros procedimientos menos democráticos. Por ello, cuando se juzga una ley, se debe tener especial deferencia a todo el mecanismo que hay detrás de ella, para no subestimar o minusvalorar el contenido legítimo que posee por su propia naturaleza. Se ha destacado que la diferencia entre el debate parlamentario que se desarrolla previo a la elaboración de una ley y la argumentación judicial propia de un juez constitucional cuando la controla, radica en un diferente foco de atención.¹⁸ Mientras en la argumentación judicial se tratan innumerables cuestiones de competencia, legitimación, interpretación, precedentes; en el debate parlamentario se puede —y de hecho así se hace—, ir directamente al núcleo esencial de lo que se está discutiendo. Asuntos de tan alto calado moral y ético se discuten en los parlamentos (aborto, eu-

¹⁵ Véase Cabrales Lucio, José Miguel, “Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América”, *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 14, 2011, pp. 153-180; Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de la interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.

¹⁶ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, cit., especialmente capítulo 2, pp. 7-35.

¹⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Londres, New ed., 1826, p. 164.

¹⁸ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1385.

tanacia, matrimonio entre personas del mismo sexo o la pena de muerte). Por ejemplo, en el aborto se discute la situación del feto, los derechos de la mujer embarazada, sus riesgos, su privacidad, con todas sus implicaciones morales. Estos asuntos son de tal calado que afectan a la colectividad y por ello deben ser resueltos por los legítimos representantes de esa colectividad. Estas decisiones deben gozar del mayor consenso posible, concediendo más tiempo para deliberar al Parlamento, sede de la discusión en un Estado democrático.¹⁹ Hay autores que con estas coordenadas han afirmado rotundamente una posición de privilegio necesario y una prevalencia sobre los demás actores jurídicos en los siguientes términos:

...la prioridad del legislativo en democracia solo ha de poder objetarse e invertirse cuando la arbitrariedad sea evidente y, por tanto, bien patente el choque con la Constitución, no cuando meramente se lo parezca a quien piensa distinto o simpatiza con un programa social diferente del de la mayoría parlamentaria de turno, aunque se llame magistrado o profesor y aunque hable desde el Tribunal constitucional.²⁰

Bajo estas afirmaciones categóricas, si no se admitiera tal presunción se originaría una permanente sospecha sobre la actividad del legislador, algo que podría chocar con la certeza del derecho, aunque para algunos autores deba mejor hablarse de “riesgo de inconstitucionalidad”²¹ o incluso de manera más grave de la presunción de inconstitucionalidad. Un riesgo que es predictable desde su mismo nacimiento.²² Este riesgo basado en aspectos propios de la dinámica legislativa y resumido en tres muy concretos: en primer lugar, la ambigüedad y fragmentariedad de los instrumentos normativos protagonistas en el control constitucional de la ley; en segundo lugar, la inflación legislativa que sugiere una menor atención en los casos por parte del legislativo con lo cual se le resta capacidad para ponderar los intereses y tomar decisiones más razonables, y en tercer lugar, la siempre cambiante interpretación de la Constitución que pueda hacer el Legislativo derivado

¹⁹ *Idem*. En el artículo del profesor Waldron, clave para la defensa del legislador frente al juez, se hace la referencia concreta sobre la calidad de los debates parlamentarios desarrollados en el Reino Unido y también en Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y la calidad de la argumentación judicial en los Estados Unidos, pero tales razonamientos son extrapolables perfectamente a otros países.

²⁰ García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 262.

²¹ Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, p. 19.

²² *Ibidem*, p. 21.

en parte de los cambios culturales en cada sociedad.²³ Así, pese a que el contenido de la ley se haya convertido en objeto de debate social, y al margen de la consistencia de la impugnación, el reconocimiento de la dignidad democrática de la ley pretende evitar que ese conflicto afecte su legitimidad. De esa forma queda preservada su autoridad.²⁴

Por encima de explicaciones dogmáticas que robustecen la idea de soporte democrático, cuando se analiza una ley desde la óptica de su constitucionalidad, está el aspecto de que la gran mayoría de quienes forman la *comunidad decisoria* necesariamente serán más sensibles a sus derechos y libertades de lo que pueda ser una minoría.²⁵ Este argumento asigna a las decisiones de la mayoría una corrección o acierto consustancial al valor del principio de mayoría en la toma de decisiones en una democracia.

2. *Orígenes históricos*

La presunción de constitucionalidad de la ley surgió desde el momento mismo del surgimiento del control. En los momentos constitucionales de la *judicial review* se pueden encontrar argumentos y posiciones que defienden la existencia de esta presunción en la Convención de Filadelfia de 1787 donde el delegado James Wilson afirmaba que: “Las leyes pueden ser injustas, poco prudentes, peligrosas, destructivas y aun así pueden no ser inconstitucionales”.²⁶ La discusión y el debate giraban en torno a la protección de los derechos fundamentales contenidos en leyes sujetas a control. Más tarde, cuando apenas habían pasado unos cuantos años desde la importante y famosa decisión *Marbury v. Madison* del juez Marshall sobre la instauración jurisprudencial de la *judicial review* de leyes federales que mencionamos en párrafos anteriores, en concreto el 2 de febrero de 1819, la Corte Suprema reafirmaría las bases de la presunción de constitucionalidad de la ley basada en la

²³ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

²⁴ *Ibidem*, p. 19.

²⁵ “De este modo, ésta técnica aparentemente formal de la decisión colectiva ha resultado indisolublemente vinculada al pensamiento *iustusnaturalista* material de unos derechos innatos o pre-estatales en el hombre, que no sólo el Estado debe respetar sino también garantizar y hacer efectivos como primera de sus funciones” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 52).

²⁶ Traducción propia del texto original: “Laws may be unjust, may be unwise, may be dangerous, may be destructive; and yet may not be so unconstitutional”, en Hall, Kermit y Hall, Mark David (eds.), *Collected Works of James Wilson*, vol. 1, Indianapolis, Liberty Fund Press, 2007, p. 121. Sobre la influencia de Wilson véase también Hall, Mark David, “Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson”, *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*, núm. 26, 2009, pp. 1-14.

autoridad concedida al Congreso representante del pueblo.²⁷ En efecto, en la decisión *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* se estableció que cuando se controle la validez de un acto legislativo se debe considerar “la evidencia intrínseca de la diligencia, la habilidad y la integridad del órgano que lo ha creado”.²⁸ Se confirma, además, la doctrina del *doubtful case* y la configuración jurisprudencial completa sobre la imposibilidad de declarar una ley inconstitucional cuando existan dudas al respecto. Según esta doctrina, de la cual se pueden encontrar bastantes argumentos en la Suprema Corte, en todo caso debe presumirse la constitucionalidad de la ley a menos que exista la convicción clara en el sentido contrario.

La opinión del *justice* Washington en el caso *Ogden v. Saunders* de 1827 es bastante ilustrativa de la concepción de la presunción de constitucionalidad que es descrita en los siguientes términos, al afirmar que: “No es sino debido al justo respeto a la sabiduría, integridad y patriotismo del cuerpo legislativo por lo que toda ley es aprobada para presumir su validez hasta que la violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable”.²⁹ Debido a esta doctrina, cuyos postulados aún en la actualidad son objeto de debate, para poder revisar y llegar a declarar inconstitucional una ley, la Corte tendría que encontrar una transgresión entre los dos instrumentos normativos que fuera “obvia y palpable”.³⁰ En definitiva, la posición de la Corte es un claro ejemplo del deseo de mantener una línea de conducta que privilegiara al legislador y hacer que esta postura interpretativa fuera unitaria en la Suprema Corte como cabeza del Poder Judicial. Además se refleja la intención de no ocasionar ningún tipo de tensión con el Congreso. A este respecto el propio *justice* Washington contundentemente recuerda el contexto de la presunción de constitucionalidad como un imperativo de la Corte y de todos sus miembros.³¹

²⁷ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

²⁸ *Idem*, traducción propia. Una reivindicación de la labor del Poder Legislativo ha sido fuertemente robustecida por un grupo interesante de académicos en la obra Bauman, Richard y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.

²⁹ “It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity, and the patriotism of the legislative body by which any law is passed to presume in favor of its validity until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt”, traducción propia (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

³⁰ “Courts continued to profess adherence to a form of the doubtful case rule, under which they would find statute unconstitutional only if the inconsistency was «obvious and palpable»” (Ruger, Theodore, “A Question Which Convulses a Nation. The Early Republic’s Greatest Debate About the Judicial Review Power”, *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 3, enero de 2004, pp. 884 y ss.).

³¹ “This has always been the language of this Court when that subject has called for its

La presunción de constitucionalidad de la ley fue estudiada y construida teóricamente por James Bradley Thayer³² quien argumentaba, entre muchas otras cosas, que aunque el juez constitucional considere ligeramente que hay indicios para determinar la inconstitucionalidad de la ley, si esos indicios no hacen que surja en él, una convicción plena, clara, que esté fuera de toda duda razonable de que dicha ley es contraria a la Constitución, no podrá, o al menos no deberá, decretarla inconstitucional.³³

3. *La interpretación conforme como resultado de la presunción de constitucionalidad de la ley*

La presunción de constitucionalidad de la ley daba pauta también a la *interpretation in harmony with the Constitution* de todos los actos incluyendo las leyes. Muchos autores fijan, por tal motivo, el origen del principio de interpretación conforme con las ideas del derecho constitucional de Estados Unidos.³⁴ Debe decirse que la *interpretación conforme* constituye en Estados Unidos un elemento más de la manifestación de la presunción de constitucionalidad de la ley. En efecto, la estrecha relación entre presunción de constitucionalidad de la ley e interpretación conforme nos lleva a indicar que la *interpretación conforme* es una manifestación directa de la presunción de constitucionalidad, basada en el principio democrático; principio que se reflejó de una manera concreta y clara en el siglo XX, donde la interpretación conforme sería catalogada más como un *principle of construction*.³⁵ De manera más concreta se ha situado por ello el origen de la interpretación conforme en Estados Unidos detallando ejemplos de su uso desde finales del siglo XVIII y otros momentos clave de la *judicial review*.³⁶ Cabe destacar algunas cuestiones de

decision, and I know that it expresses the honest sentiments of each and every member of this bench" (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

³² Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VII, núm. 3, octubre, 1893, pp. 129-156.

³³ Véase con detalle la aportación de Thayer y su influencia en Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de la interpretación conforme en la justicia constitucional...*, cit.

³⁴ Por ejemplo García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., pp. 101 y 102. También Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., p. 383; Sánchez Sánchez, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 489, o López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 86, quien simplemente refleja el «acuerdo histórico» en la doctrina alemana en el origen de la interpretación conforme.

³⁵ *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

³⁶ Carpio Marcos, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias

este dato: en primer lugar, se considera a la interpretación conforme como técnica y con prácticamente identidad plena con las sentencias interpretativas que no consideramos del todo correcto; en segundo lugar, aunque se señalan elementos que son prácticamente iguales al sentido de cómo es concebida la interpretación conforme en Europa debe recordarse la ineludible diferencia (aunque sea de carácter formal) de que en Estados Unidos la ley inconstitucional no desaparecía del ordenamiento jurídico vigente como luego se configuró en la Europa continental.

V. ANTECEDENTES REMOTOS DEL CONTROL DE LA LEY EN LA EUROPA CONTINENTAL DEL NUEVO RÉGIMEN

El repaso por los antecedentes del control constitucional de la ley empezó en Inglaterra, luego se trasladó a Estados Unidos de América para volver a Europa, en particular a Francia; es relevante hacer referencia a este último, no por el desarrollo en sí del control jurisdiccional, ya que precisamente sucedió lo contrario, sino por los aspectos doctrinarios y dogmáticos que nos sirven para entender precisamente por qué no se desarrolló tan pronto el control en el continente europeo.

En el país galo el referente histórico es sin lugar a dudas la Revolución francesa de 1789, lo que daría pauta a la instauración y consolidación del Estado de derecho, al imperio de la ley, a la soberanía nacional (artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano),³⁷ separación de poderes (artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

La primera referencia que se puede mencionar desde el punto de vista teórico es el jurado constitucional propuesto por Sieyès desde 1795.³⁸ Este jurado (órgano de control constitucional) estaría compuesto por 108 miembros nombrados por la Convención cuya función primordial era el resguar-

interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal-Marcial Pons-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, pp. 157-159.

³⁷ Pardo Falcon, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72, 1991, pp. 243-258.

³⁸ Goldoni, Marco, “At the Origins of Constitutional Review: Sieyès’ Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, núm. 2, 2012, pp. 211-234.

do de la Constitución. Esta propuesta no prosperó por las intensas críticas de los contemporáneos franceses y sobre todo por la tendencia social que prevalecía en el país. En 1799 se crea el Senado Conservador con funciones de control que, sin embargo, tampoco logró instaurar definitivamente el control constitucional de la ley en Francia ni mucho menos ser un referente en Europa. Una de las razones por las que este proyecto de diseño de control constitucional de la ley no funcionó fue precisamente la ineffectividad reflejada en más de 10 años de existencia.

A partir del antecedente anterior, el diseño y trayectoria del control constitucional de la ley pasa por su configuración ingeniosa en Austria por el jurista Hans Kelsen. Se crea, por tanto, el control concentrado de constitucionalidad de la ley depositado en un tribunal *ad hoc* fuera de la organización judicial que funcionaría como árbitro y sobre todo para evitar los problemas de legitimidad y todos aquellos que se presentaron en su momento al control difuso o *judicial review* diseñado y desarrollado en Estados Unidos de América. Uno de esos problemas fue la inseguridad jurídica, ya que en el sistema difuso la inaplicación dejaba vigentes leyes que eran inconstitucionales, con la siempre potencial posibilidad de ser aplicadas en casos posteriores.

Por tal motivo, la idea del control concentrado de constitucionalidad fue centrar la posibilidad de declarar la ley inconstitucional con efectos *erga omnes*, es decir, para toda la comunidad jurídica declarando su invalidez y expulsando la ley del ordenamiento jurídico. Este aspecto fue una de las principales características del sistema europeo de control constitucional de la ley y favorecía la seguridad jurídica. Así las cosas, las concretas y particulares características del modelo europeo de control constitucional de la ley hacen pertinente explicar el principio de interpretación conforme (elemento nuclear y esencial del control de la ley) desde su origen y su desarrollo.

Desde un punto de vista cronológico debemos hacer referencia a las experiencias que aunque de manera aislada podrían ser catalogadas como orígenes remotos de un determinado control de la ley, incluso algunas antes del diseño final del control concentrado.

Es el caso de Suiza en el que su Tribunal Federal (con potestad para controlar sólo la constitucionalidad de las leyes cantonales) desde 1908 hizo uso ya de la interpretación conforme.³⁹ Posteriormente, también se puede citar la decisión del 13 de julio de 1911. Hay que decir, no obstante, que esta interpretación conforme se realiza en el marco de un limitado poder de jurisdicción constitucional ya que el control se fundamenta y se permite

³⁹ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas...*, cit., p. 87.

sólo cuando hay posibles violaciones a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.⁴⁰ Incluso se suele indicar que ésta ha sido la primera vez que en Europa se ha hecho uso de la interpretación conforme.⁴¹ Debe recordarse que en ese caso el control se realizó sobre una ley cantonal y no federal, pues sobre estas últimas no se puede hacer un control de constitucionalidad. A este respecto la concepción de la interpretación conforme en Suiza tuvo su mayor desarrollo precisamente cuando se trataba de leyes cantonales, llegando a expresar textualmente que: “[E]n el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Federal solamente debe declarar la nulidad de una disposición de derecho cantonal si no se presta a ninguna interpretación conforme a la Constitución”.⁴²

En Alemania en la etapa de vigencia de la Constitución de Weimar se pueden registrar casos de aplicación del principio de interpretación conforme (1921 y 1925), aun cuando como afirman algunos autores en este caso no se puede afirmar que estemos hablando del principio de interpretación conforme como ha sido concebido finalmente (con el objetivo de evitar la nulidad de la norma legal). López Bofill se encarga de esclarecer este punto recordando la falta de un verdadero sistema de control constitucional de la ley en Alemania en la etapa de la Constitución de Weimar.⁴³ En suma, el autor hace una diferenciación y destaca la existencia del uso de la interpretación conforme inclusive sin el incentivo fuerte que, según nuestra opinión, impulsa y fundamenta el principio de interpretación conforme en su conjunto. Como ejemplos cita la sentencia del 28 de abril de 1921 del *Reichsgerichtshof* (*Tribunal del reich*) y la decisión del 4 de noviembre de 1925.⁴⁴

A pesar de los pasajes históricos sobre el uso de la interpretación conforme en Suiza y Alemania como afirmábamos antes, el estudio y en cierta medida el auge de la aplicación del principio de interpretación conforme como elemento definitorio del control de la ley se ha dado después de la Segunda Guerra Mundial y de la instauración de los tribunales constitucionales ale-

⁴⁰ Sobre esta observación véase Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución...*, cit., pp. 230 y 231. Estos antecedentes también se señalan en Luther, Jörg, “Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente”, en varios autores, *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milán, Giuffrè, 2010, p. 208.

⁴¹ Haak, Volker. *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung Des Richters*, Bonn, Ludwig Rörschied, 1963, p. 56, cit. en López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas...*, cit., p. 88.

⁴² BGE 109 Ia, 273). Cita y traducción de Da Silva, Virgilio, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 5.

⁴³ López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas...*, cit., p. 87.

⁴⁴ *Idem*.

mán e italiano. Este principio de *interpretación conforme* o *Verfassungskonforme Auslegung* ha sido desarrollado en el contexto europeo principalmente por la cultura jurídica alemana en donde se puede situar su origen jurisprudencial y doctrinal.⁴⁵

Así, el principio de interpretación conforme como todavía se conoce hoy en día, ha sido utilizado por el TCFA por primera vez en 1953,⁴⁶ donde no sólo describe el núcleo del principio de interpretación conforme, sino que además contiene una referencia expresa a la presunción de constitucionalidad de la ley que motivaría la elección de la interpretación favorable a la ley controlada.⁴⁷ Estos casos constituyen además de manera cierta las primeras ocasiones en que se desarrollaba un efectivo control constitucional de la ley.

La tendencia marcada por esta sentencia supuso el inicio de la dilatada práctica jurisprudencial de la interpretación *conforme* y por ende del control de la ley. Más tarde y ya en la Corte Constitucional italiana se pueden identificar los primeros ejemplos importantes del uso de la interpretación *conforme* y del control de la ley desde el primer momento incluso reconociéndole al juez ordinario esta capacidad se pueden citar las sentencias 3 del 15 de abril y 8 del 20 de junio de 1956. El desarrollo del control de la ley en Italia siempre estuvo ligado a las sentencias interpretativas, no obstante

⁴⁵ Dentro de la abundante bibliografía alemana o sobre Alemania véase, por ejemplo, Bogs, Harald, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, *cit.*, pp. 16 y ss., *cit.* en López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas...*, *cit.*, p. 86 y las obras citadas en Cerrina Feroni, Ginevra, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca...*, *cit.*, principalmente en el capítulo III (pp. 123-154) y en concreto p. 124, nota 3; López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas...*, *cit.*, pp. 107-122; Carpio Marcos, Edgar, “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional...*, *cit.*, pp. 155-174; más recientemente Schefold, Dian, “L’interpretazione conforme alla Costituzione”, en varios autores, *La circolazione dei modelli...*, *cit.*, pp. 227-253; Luther, Jörg, “Le interpretazioni adeguate a nel diritto tedesco vivente”, en varios autores, *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milán, Giuffrè, 2010, pp. 199-254; Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme...*, *cit.*

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 109 y 110. La sentencia que cita el autor es *BVerfGE* 2, 266 (282). Concuerda con este dato Cerrina Feroni, Ginevra, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca...*, *cit.*, p. 124, nota 2, y Da Silva, Virgilio, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 5 y 6; también en Schefold, Dian, “L’interpretazione conforme alla Costituzione”, en varios autores, *La circolazione dei modelli...*, *cit.*, pp. 227 y 228; Luther, Jörg, “Le interpretazioni adeguate a nel diritto tedesco vivente”, en varios autores, *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milán, Giuffrè, 2010, pp. 209 y 210.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 110.

algunas sentencias mencionan expresamente el principio de interpretación conforme, aunque haciéndolo derivar más del principio de supremacía de la Constitución que de la presunción de constitucionalidad de la ley. En ese orden de ideas, el principio de interpretación conforme tendría dos polos: uno negativo y otro positivo. En cuanto al negativo, al juez intérprete de la ley le estaría prohibido escoger de entre dos o más interpretación posibles de un mismo texto, aquella que sea contraria a la Constitución, y por lo que respecta al positivo, el juez ante las dos o más interpretaciones posibles del texto tiene la obligación de elegir aquella que sea *conforme* a la Constitución (Sentencia 139 de 1998 de la Corte Costitucional).⁴⁸

El efectivo ejercicio del control de la ley pensando en una declaración de invalidez de la ley incompatible con la Constitución se presentaba como un ideal poco práctico en Alemania debido a la transición de régimen después de la Segunda Guerra Mundial. Se optó en realidad por una adaptación *suave* por parte del juez constitucional (utilizando la interpretación conforme) a la ley fundamental recién aprobada en 1949 de todo un ordenamiento jurídico preexistente y de corte totalitario.⁴⁹ Así, en décadas posteriores (1952-1991) podría decirse que el control de constitucionalidad se realizó de una manera *débil* para evitar las masivas declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que representaba el 12% del total de las normas impugnadas incluidas las de carácter federal y de los *Länder*.⁵⁰ Se consideró que el control de la ley en el periodo inmediatamente posterior a la instauración de la Constitución vigente era de naturaleza esencial con cierto respeto a la legislación preconstitucional. Esto desde luego generaba cierto riesgo para el Estado de derecho ya que entre toda esta legislación preconstitucional se encontraban leyes del periodo de gobierno de Hitler con una intencionada vaguedad que dejaba la mayor discrecionalidad para que el aplicador de la ley contara con una libertad.⁵¹ Es interesante el dato de que si bien es cierto, el ejercicio débil de un control de la ley en el periodo de posguerra permitió un paso no traumático del régimen del nazismo al Estado democrático de derecho, en los primeros años el TFCA propició que el propio juez ordinario realizará tal control. En efecto, en materia civil, con respecto a los

⁴⁸ Ver también Amoroso, Giovanni, “L’interpretazione adeguatrice della giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, *Foro it*, 1998, pp. 94 y ss.

⁴⁹ Santamaría Pastor, Juan Antonio, *Fundamentos de derecho administrativo*, 1988, p. 483.

⁵⁰ Weber, Albert, “Alemania”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 82.

⁵¹ Schefold, Dian, “L’interpretazione conforme alla Costituzione”, en varios autores, *La circolazione dei modelli...*, cit., pp. 237 y 238.

derechos de la personalidad, fue el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo) el cual a través de la *Drittewirkung* (efecto entre particulares) de ciertos derechos, realizó un interpretación de la legislación preconstitucional conforme a los artículos 1o. y 2o. de la Ley Fundamental, ejerció un control de la ley defensora. El ejemplo que cita la doctrina es el relativo a la exclusión de indemnización por daño, salvo que sea previsto taxativamente por la ley. El ejercicio del control de la ley por parte de los jueces llegó al grado de desaplicar leyes, vigentes, pero que no necesitaron de anulación con todos los efectos ya conocidos, para poder aplicar la Constitución. De hecho, y contrario a lo que se pudiera pensar sobre el control constitucional de la ley, en lo que respecta específicamente a la legislación penal y civil, fue el juez ordinario y no el TCFA quien realizó el control de la ley con mayor asiduidad.⁵²

En el caso de Italia, el cambio de régimen, la instauración de una nueva Constitución con la correspondiente Corte Constitucional que garantiza su supremacía a través del control constitucional de ley, así como su aplicación directa, generaban no pocas incertidumbres y traumas en los primeros años de República. Algunos de estos traumas fueron superados mediante una específica forma de interpretar la ley en tal control para evitar la declaración masiva de leyes que en su mayoría venían de un régimen totalitario, el régimen fascista prerrepublicano,⁵³ que constituía como en Alemania un ejercicio débil del control de la ley. En esas condiciones la Corte realizaba un control que permitía otorgar plena efectividad a la Constitución y dotarla materialmente de una normatividad que no poseía en el pasado,⁵⁴ así como no vaciar el ordenamiento jurídico. Además se asegura que existían fuerzas que ya estaban establecidas que constituyan una resistencia a la actividad de la Corte en esta función de acomodación de la legislación preconstitucional.⁵⁵ Las opciones de la Corte eran fundamentalmente dos: por un lado adoptar una posición de garante estricto de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico vigente y, por tanto, hacer una depuración masiva de leyes incompatibles con la nueva Constitución (como dirían los italianos un *atteggiamento demolitorio, creando scandali e distruggendo la legislazione*)⁵⁶ o, por el contrario, adoptar una postura conservativa y transitar entre un

⁵² *Idem.*

⁵³ Nico, Anna Maria, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, 2008, p. 122.

⁵⁴ Starck, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 65.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ D'atena, Antonio, "Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale", en varios autores, *Corte Costituzionale...*, cit., p. 342.

régimen totalitario y uno democrático constitucional sin trastornos institucionales.⁵⁷ La opción finalmente tomada fue la segunda y así la Corte evitó el vaciamiento del ordenamiento jurídico de una manera brusca, siempre con el temor —fundado para la época— de que el legislador no subsanara el vacío dejado por la Corte como teóricamente le correspondía según el diseño del control constitucional de la ley.⁵⁸ Es necesario recordar que, así como las leyes eran parte del antiguo régimen, se podría pensar razonablemente que los miembros del Parlamento que elaborarían las nuevas leyes que sustituirían a las declaradas inconstitucionales y nulas, también serían parte en gran medida del recientemente relevado régimen dictatorial. También dentro del contexto italiano se concebía el origen de esta técnica de la interpretación conforme como una forma de ir perfilando y delineando la nueva figura del control incidental de la ley.⁵⁹ En definitiva existen varias tendencias que explicarían el origen de la interpretación conforme y del control constitucional de la ley en Italia, muchas de las cuales sencillamente serían explicaciones justificativas de su uso sin ser necesariamente explicativas de su origen.

VI. DEL PASADO REMOTO AL FUTURO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY. UNA TESIS Y UNA CONCLUSIÓN PROSPECTIVA

En definitiva, el control de la ley en su origen fue desarrollado de manera deferente, entre otras razones, para no causar un problema grave en el ordenamiento jurídico. Existió un paradójico y original *self restraint* o autorrestricción del juez constitucional respecto a la ley, lo que en alguna medida contribuyó a su supervivencia en momentos tempranos de su instauración en la Europa continental y hasta la fecha.

Pero esta aparente ventaja de la utilización del principio de interpretación conforme y por ende del control de la ley no puede hacer soslayar el posible perjuicio que puede traer consigo, pues este principio trae implícita una potencial extralimitación de las competencias del TC, no sólo porque convierte a éste en un intérprete cualificado de la ley, invadiendo con esto funciones propias de la jurisdicción ordinaria, sino más bien y sobre todo porque se introduce sigilosamente (y a veces no tanto) en el terreno panta-

⁵⁷ Mortati, Costantino, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, 1964, p. 128.

⁵⁸ D'atena, Antonio, “Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale”, en varios autores, *Corte Costituzionale...*, cit., p. 343.

⁵⁹ Nico, Anna Maria, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 122.

noso para él, de la creación de las leyes; función propia y hasta cierto punto exclusiva del legislador democráticamente elegido.⁶⁰

Con las observaciones y reflexiones hechas anteriormente, podríamos arribar a lo que hemos denominado la tesis, en el sentido más propositivo posible: los orígenes y antecedentes remotos globales del control constitucional ofrecen en buena medida las respuestas a las preguntas de la forma de desarrollo y utilización de la facultad de control en el presente y en el futuro.

El punto central y álgido que puede considerarse el núcleo mismo del control constitucional de la ley (ya que garantiza su existencia y cuida su supervivencia en el presente y en el futuro) es la presunción de constitucionalidad de la ley y su respectivo desenlace en el principio de interpretación conforme. En la medida en que se conozcan sus antecedentes, su justificación y su naturaleza, y sobre todo sus límites en la misma medida se podrán aplicar correctamente en el presente y en el futuro, permitiendo, si acaso, un menor o mayor debate sobre la viabilidad del control de la ley en el Estado global de derecho en el que nos encontramos.

En la actualidad el principio de interpretación conforme como consecuencia lógico-procesal en el control constitucional de la ley no está desarrollándose o ejecutándose de acuerdo a los orígenes que justificaron su nacimiento (y que en buena medida colaboraron para legitimar el control de la ley) y no se están previendo ni considerando los efectos, de una extra-limitación en su uso, en la estructura fundamental del Estado y en el diseño institucional del control constitucional de la ley para seguir defendiendo su existencia y legitimidad. Si no se resuelven los problemas antes mencionados o se ofrecen desde la teoría y la respectiva práctica jurisdiccional argumentos de peso y convincentes de la actividad actual del control de la ley, no se podrá pasar a otros escenarios de controles con variaciones como cambio del parámetro de control, cambio del objeto de control, cambio del alcance del controlador, cambio, incluso, del agente controlador (juez, autoridad administrativa, etcétera). En definitiva, no se podrá pasar a hablar y debatir con seguridad otros controles como el de convencionalidad (ni en México ni en ninguna parte del mundo) ya que éste se alimenta de los elementos estructurales lógico-teóricos del control constitucional de la ley. A todo esto el derecho procesal constitucional está llamado a responder en el futuro del estudio e investigación de la ciencia jurídica.

⁶⁰ Santamaría Pastor, Juan Antonio, *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 483.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, Raoul, “Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1969.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Londres, New ed., 1826, 4 v.
- CABRALES LUCIO, José Miguel, “Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América”, *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 14, 2011.
- CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de la interpretación conforme en la justicia constitucional teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi: expression de la volonté générale*, París, Económica, 1984.
- DICEY, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Foundation, 1982.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.
- FREGOSO, Eduardo, *Controllare la legge. Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, Padua, CEDAM, 2008.
- GOLDONI, Marco, “At the Origins of Constitutional Review: Sieyès’ Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, núm. 2, 2012.
- HALL, Kermit y HALL, Mark David (eds.), *Collected Works of James Wilson*, 2 vols. Indianapolis, Liberty Fund Press, 2007.
- HALL, Mark David, “Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson”, *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*, núm. 26, 2009.
- LEONARD, Gerald, “*Fletcher v. Peck* and Constitutional Development in the Early United States”, *University of California, Davis, School of Law*, vol. 47, núm. 5, junio de 2014.
- PARDO FALCÓN, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72, 1991.
- THAYER, James, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. VII, núm. 3, octubre de 1893.

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ COMO FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA

Jesús M. CASAL H.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Constitución de Cádiz y las primeras Constituciones venezolanas.* III. *La actuación de las Cortes generales y extraordinarias y su influencia en Venezuela.* IV. *El proceso constituyente peninsular y sus efectos en Venezuela.* V. *La Constitución de Cádiz en los inicios de nuestro constitucionalismo.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de Cádiz ha ejercido gran influencia en México y otros países latinoamericanos. Venezuela se encuentra entre los que generalmente han sido considerados ajenos a esa influencia, pero esta, aun siendo reducida, no debe ser menospreciada. Ahondar en la influencia de la Constitución de Cádiz en el derecho constitucional venezolano es útil para la comprensión de los primeros pasos del constitucionalismo en nuestras tierras. En medio de circunstancias adversas a cualquier manifestación de institucionalidad o de control del poder mediante el derecho, las provincias de Venezuela iniciaron en abril de 1810 el camino hacia su independencia, el cual marcó también derroteros hacia el despliegue del pensamiento liberal, que estuvo reflejado en la proclamación de los derechos del pueblo y del ser humano en julio de 1811, y en la aprobación de nuestra primera Constitución en diciembre de ese mismo año.

Tanto la Declaración de los Derechos del Pueblo del 1o. de julio de 1811, como la Constitución del 21 de diciembre del mismo año, fueron tributarias de los movimientos revolucionarios que se habían desarrollado en Francia y en las antiguas colonias inglesas de América del Norte, así como de las ideas que los nutrieron. Los navíos de la Ilustración habían traído desde Europa a las costas venezolanas las principales obras de los pensadores que brindaron soporte filosófico o ideológico a la soberanía del pueblo o de la nación; a su derecho irrenunciable a darse la forma de gobierno más

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

conforme a sus intereses y a plasmarla en una Constitución escrita; al principio del gobierno controlado; a la separación de los poderes y al conjunto de libertades consideradas naturales, preestatales, cuya protección definía el fundamento y el límite de la autoridad pública. El ideario de la Revolución estadounidense tuvo también una gran repercusión en nuestra primera experiencia constitucional, al favorecer, junto a los principios mencionados, la consolidación de la independencia, así como al enfatizar la soberanía popular y al preconizar el sistema republicano y presidencial. El carácter federal del Estado fue establecido igualmente bajo la impronta del modelo constitucional de los Estados Unidos de América.

La Constitución de Cádiz no se encuentra, pues, entre las principales fuentes de inspiración de nuestras primeras Constituciones. Los estudios del profesor Brewer-Carías sobre este periodo fundacional de nuestro derecho constitucional demuestran que fueron aquellas revoluciones y sus frutos normativos, no la Constitución gaditana, las que modelaron la producción constitucional de nuestro alumbramiento liberal.¹

Sin embargo, ello no significa que el proceso constituyente gaditano y la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 no hayan tenido proyección en la peculiar dinámica de nuestro primer constitucionalismo. Veremos que es posible hallar algunos vestigios de influencia de la Constitución de Cádiz en las nuestras, como también reconocer el espíritu y la letra de las Cortes generales y extraordinarias en leyes o reglamentos dictados por el Congreso constituyente de Venezuela en 1811. Además, desde una perspectiva político-constitucional, es importante examinar la variada y en parte contradictoria función que cumplió el proceso constituyente gaditano en nuestra historia constitucional. Fue, por un lado, un acicate para el movimiento independentista que se gestaba en la Capitanía General de Venezuela y, en parte, un modelo que debía ser emulado y superado. Por otro lado, dejó las primeras huellas en suelo patrio del intento de aplicar una Constitución moderna para controlar el ejercicio del poder público.

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES VENEZOLANAS

Conviene examinar con algún detenimiento la posible incidencia de la Constitución de Cádiz de 1812 en nuestras Constituciones, concentrándonos en

¹ Brewer-Carías, Allan, “Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno”, Caracas, EJV, 1992; véase también “El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz”, en Aguiar, Asdrúbal (coord.), *La Constitución de Cádiz de 1812: hacia los orígenes del constitucionalismo gaditano y latino*, Caracas, UCAB, 2004, pp. 223 y ss.

las primeras Constituciones venezolanas, las cuales pudieron haber recibido, por razones cronológicas e ideológicas, influencias de ese célebre código político. Destacaremos los ámbitos temáticos en los que éstas pueden apreciarse.

1. *La religión oficial*

La Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811 tiene una clara ascendencia norteamericana y francesa. Pero conservó naturalmente elementos de la tradición jurídica española, algunos de los cuales pudieron tener un sello gaditano. Si en alguna materia era posible encontrarlo es en el tratamiento dado a la religión y a la libertad religiosa en la Constitución. Este es un ámbito en el que, más allá de lo normativo, se ponía de manifiesto la comunidad de valores o de cultura entre los españoles de ambos hemisferios, entre los iberoamericanos.

Con el desencadenamiento del fenómeno juntista en la Península y en la América española se precipitaron planteamientos y acontecimientos de indudable contenido rupturista o revolucionario que terminaron coexistiendo con componentes tradicionales del pensamiento político y social y del orden jurídico. Ello se evidencia en la consagración de la religión católica, apostólica y romana como la única religión lícita, protegida por el Estado y sus leyes e instituciones. Aquí la coincidencia entre la Constitución gaditana de marzo de 1812 y la Venezolana de diciembre de 1811 es palpable, lo cual permea, en ambos textos, la regulación de un derecho emblemático del liberalismo político como la libertad de imprenta.

Esta coincidencia podía ser sólo eso, la expresión de una formación o cosmovisión compartida; la formalización de la respectiva necesidad de aferrarse a alguno de los pilares sólidos de la tradición para facilitar el cambio político; el producto de compromisos políticos o el reflejo de factores sociales o corporativos concurrentes. El examen de las fórmulas empleadas a cada lado del Atlántico en el juramento que acompañó la construcción de la monarquía constitucional o de la república independiente es también demostrativo de esta paralela confluencia de valores, de justificaciones o de intereses, con énfasis seguramente distintos en España y en Venezuela.² La

² El juramento de los diputados de las Cortes de Cádiz, el día de su instalación, el 24 de septiembre de 1810, fue el siguiente: “¿Juráis la Santa Religión Católica, Apostólica, Romana, sin admitir otra en estos Reinos? ¿Juráis conservar en su integridad la nación española y no omitir medio para liberarla de sus injustos opresores? ¿Juráis conservar a nuestro muy amado Soberano Don Fernando VII todos sus dominios, y en su defecto a sus legítimos sucesores, y hacer cuantos esfuerzos sean posible para sacarlo del cautiverio y colocarlo en

veta gaditana de la regulación constitucional de la religión en 1811 podía ser expresión del esfuerzo de los constituyentes de ambos hemisferios por sustentar el cambio político que estaban propugnando, hacia la monarquía constitucional unos, hacia la república y la independencia otros, en valores sólidos de la tradición jurídico-cultural, sin perjuicio del sesgo anticlerical de varias decisiones de las Cortes generales y extraordinarias. Era preciso, además, sumar voluntades a las respectivas causas, en lugar de abrir un nuevo frente de tensión o discrepancia.

Pero también cabe pensar, como ha sostenido el profesor Fernández Sarasola, que la norma y el capítulo sobre la religión de la Constitución de Cádiz hayan influido incluso en Venezuela, como ocurrió luego con otras naciones hispanoamericanas. La hipótesis asomada por el autor es que las deliberaciones sobre el texto constitucional gaditano y la redacción de los artículos correspondientes fueron difundidas en Venezuela durante 1811 a través de publicaciones como *El Español* de Blanco White, por lo que considera probable la ascendencia gaditana de las normas relativas a la religión recogidas en la Constitución venezolana de diciembre de ese año.³

No es fácil corroborar este aserto, pero sí lo es constatar que en varias ediciones del periódico *El Publicista* de Venezuela, que difundía parte de las sesiones o de las disposiciones dictadas por el Congreso General de Venezuela, así como en la *Gaceta de Caracas*, se incorporaban, obviamente con

el trono? ¿Juráis desempeñar fiel y lealmente el encargo que la nación ha puesto a vuestro cuidado, guardando las leyes de España, sin perjuicio de alterar, moderar, y variar aquellas que exigiesen el bien de la nación?”, *Acta de instalación de las Cortes generales y extraordinarias*, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=12262&portal=56>. Por su parte, los Diputados reunidos en el Congreso General de las Provincias de Venezuela juraron bajo esta fórmula: “¿Juraís a Dios por los Sagrados Evangelios que vais a tocar, y prometéis a la patria conservar y defender sus derechos y los del señor Don Fernando VII, sin la menor relación o influjo de la Francia, independientes de toda forma de Gobierno de la Península de España y sin otra representación que la que reside en el Congreso General de Venezuela: oponeros a toda otra dominación que pretendiera ejercer soberanía en estos países, o impedir su absoluta o legítima independencia, cuando la Confederación de sus provincias la juzgue conveniente; mantener pura, ilesa e inviolable nuestra sagrada religión, y defender el misterio de la Concepción Inmaculada de María, Nuestra Señora; promover directa o indirectamente los intereses generales de la Confederación de que sois parte, y los particulares del Distrito que os ha constituido; respetar y obedecer las leyes y disposiciones que este Congreso sancione y haga promulgar; sujetarlos al régimen económico que él establezca para su interior gobierno y cumplir bien y exactamente los deberes de la diputación?”, cf. Díaz Sánchez, Ramón, “La independencia de Venezuela y sus perspectivas”, *Congreso Constituyente de 1811-1812*, Caracas, Congreso de la República, 1983, t. I, p. XCIX.

³ Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, *Fundamentos*, núm. 2, 2000, pp. 359 y ss.

retraso, discusiones desarrolladas en las Cortes generales y extraordinarias, a veces con la versión o los comentarios de *El Español*.⁴ Luego observaremos que, al menos en cuanto a la legislación sobre la libertad de imprenta, la hipótesis del conocimiento de la actuación de las Cortes y de su repercusión en Venezuela se confirma. El hecho de que el reconocimiento del catolicismo como religión oficial y exclusiva haya desaparecido de las Constituciones posteriores de Venezuela abonaría, en todo caso, la idea de un reflejo del debate gaditano en nuestra primera Constitución.

2. *El sistema electoral de los representantes o diputados*

Fernández Sarasola también alude someramente a la adopción, en la Constitución venezolana de 1811, de un sistema electoral similar al de la Constitución gaditana.⁵ Ciertamente, la Constitución de 1811 establecía, en sintonía con lo previsto en la Constitución de Cádiz para la integración de las Cortes, un sistema electoral de los representantes populares basado en las parroquias, llamadas a elegir los electores parroquiales, cuyo voto determinaba el representante o representantes de la respectiva provincia.

Sin embargo, importa observar que en el caso venezolano no se aludía a la formación de un cuerpo intermedio de electores correspondientes a las cabezas de partido de cada provincia, como lo hacía el texto gaditano. Aun así es perceptible la probable influencia en Venezuela del sistema electoral gaditano, sobre todo por la relevancia atribuida a circunscripciones eclesiásticas como las parroquias para la formación del cuerpo electoral, lo cual probablemente obedeció al arraigo social de las parroquias y también, en el caso español, a las reminiscencias o facetas corporativas del proceso constituyente peninsular.⁶ La significación social era también predictable de las parroquias eclesiásticas venezolanas, pero la identificación y aprovechamiento por el orden civil de esas instancias fueron propiciados seguramente por los antecedentes gaditanos, aunque aquí el punto de referencia para los constituyentes venezolanos de 1811 estuvo tal vez no en los debates o textos preliminares de la Constitución de Cádiz de 1812 sino en los Decretos o Instrucciones de convocatoria a las Cortes generales y extraordinarias aprobados por la Junta Central Suprema y Gubernativa de España e Indias el

⁴ Sobre esta difusión del contenido de *El Español* por medio de la *Gaceta de Caracas*, véase el citado estudio de Díaz Sánchez, *op. cit.*, p. XCV.

⁵ Fernández Sarasola, *op. cit.*, pp. 359 y ss.

⁶ Véase Lorente, Marta, “La nación y las Españas: ¿cabe hablar de un constitucionalismo hispánico?”, en Aguiar, Asdrúbal (coord.), *op. cit.*, pp. 80 y ss.

1o. de enero de 1810, como luego veremos. En todo caso, la organización de la elección de los representantes o diputados y de otras altas autoridades políticas a partir de los electores parroquiales o de las asambleas parroquiales será un rasgo característico de las primeras Constituciones venezolanas.

3. Los poderes presidenciales y sus restricciones

Un campo en el cual el influjo del texto gaditano en nuestras primeras Constituciones, aunque no en la de 1811 ni en la de 1819, resulta evidente que se relaciona con la norma de la Constitución de Cádiz referida a las restricciones expresas a la autoridad del rey, fijadas por el artículo 172 del texto gaditano. Una de esas restricciones, prevista en la disposición undécima de este artículo, es aplicable a los poderes del monarca para ordenar privaciones de libertad, los cuales quedan reducidos a las circunstancias en las que el bien y la seguridad del Estado lo exijan, debiendo en todo caso el detenido ser puesto a disposición del juez competente dentro de cuarenta y ocho horas. Esta norma es casi calcada por el artículo 126 de la Constitución de Cúcuta de 1821, común a Venezuela y a la Nueva Granada, cuando regula las funciones, deberes y prerrogativas del presidente de la República.⁷

La Constitución venezolana de 1830 conservó en parte la norma, al regular las facultades extraordinarias del presidente de la República en casos de commoción interior a mano armada o de invasión exterior repentina, entre las cuales figuraba la de ordenar, previa autorización del Congreso o del Consejo de Gobierno, comparecencias y arrestos, debiendo poner los detenidos, dentro de tres días, a disposición del juez competente (artículo 118, atribución 3a.). Adicionalmente, dicha Constitución estableció, emulando al texto gaditano, un precepto especialmente dedicado a fijar restricciones a los poderes presidenciales ordinarios, entre las cuales se incluyó, en concordancia con la Constitución de Cádiz, la prohibición del presidente de salir del país y de disolver el Congreso o suspender sus sesiones (artículo 121, ordinales 1o. y 8o.).⁸

⁷ Véase Casal, Jesús M., *Dictadura constitucional y libertades públicas*, Caracas, EJV, 1993, pp. 3738.

⁸ A diferencia de lo previsto en el artículo 172 del texto constitucional gaditano respecto del monarca, la prohibición del Presidente de salir del territorio tenía, en el artículo 121 de la Constitución de 1830, carácter absoluto.

4. *El concepto de nación y de soberanía nacional*

Las Constituciones venezolanas de 1821 y de 1830, y otras posteriores, también reflejan una inspiración gaditana en los respectivos títulos dedicados a la nación y a la nacionalidad, sin perjuicio del trasfondo francés de algunas disposiciones. Sus artículos reproducen la exclusión, formulada en la Constitución de Cádiz (artículo 2o.), de toda concepción patrimonialista de la monarquía o del Estado, que tenía mucho sentido en la España que se disponía a establecer una monarquía constitucional. Aunque la repercusión en nuestro constitucionalismo de la idea de la nación y de la soberanía nacional recogida en la Constitución gaditana no hay que buscarla principalmente en los textos de nuestras primeras Constituciones, sino sobre todo en los albores del proceso independentista, como mencionaremos.

5. *Las diputaciones provinciales y otras huellas gaditanas*

Algún influjo gaditano cabe detectar en la regulación de las diputaciones provinciales contenida en la Constitución venezolana de 1830 y en otras posteriores. La Constitución de 1830 introdujo las diputaciones provinciales, previstas en la Constitución de Cádiz, y les asignó algunas funciones similares a las allí establecidas, como las de informar a la Cámara de Representantes las infracciones y abusos cometidos contra la Constitución; denunciar al Poder Ejecutivo o a la Cámara de Representantes la mala conducta, los abusos o la malversación en que hayan incurrido las autoridades o empleados de la provincia; realizar el repartimiento de las contribuciones aprobadas para los cantones de la provincia, y promover y establecer escuelas primarias y casas de educación en todos los lugares de la provincia (artículo 161, atribuciones 1a., 2a., 9a. y 17a. de la Constitución de 1830; véase también el artículo 335, ordinales primero, segundo, quinto, sexto y noveno, así como el 366 de la Constitución de Cádiz).

Por otra parte, una posible repercusión de la Constitución de Cádiz se encuentra en la figura de los secretarios del despacho, los cuales, al igual que en el texto gaditano, son mencionados en nuestras primeras Constituciones con la indicación de las áreas de acción pública a las que estarían destinados (artículos 1o., sección sexta del título 7, 136 y 134 de las Constituciones de 1819, 1821 y 1830, respectivamente).⁹ El régimen de la actuación y de la

⁹ En la Constitución de 1819 la alusión a los secretarios del despacho es un híbrido de la terminología francesa y española, pues se habla de “los ministros secretarios del despacho”.

responsabilidad de los secretarios del despacho, incluyendo lo relativo a la firma o refrendo de las órdenes presidenciales, posee también similitudes, *mutatis mutandis*, con el de la Constitución de Cádiz, aunque en este punto la procedencia francesa de la regulación española y venezolana, a la vista de la Constitución francesa de 1791, es manifiesta.

Igual origen francés tiene la regulación de nuestras primeras Constituciones sobre las prerrogativas de la inviolabilidad o irresponsabilidad de los representantes, diputados o senadores por los votos u opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones y de la inmunidad frente al arresto u otras medidas de persecución penal durante el desempeño de su mandato (artículos 69 de la Constitución de 1811 y 10. y 20., Sección Cuarta del Título 6, de la Constitución de 1819). No obstante, el sello específicamente gaditano se hace notorio en el establecimiento de una inmunidad de los parlamentarios en el orden civil y no sólo en el penal (artículos 66 y 83 de las Constituciones de 1821 y 1830, respectivamente; véase igualmente el artículo 128 de la Constitución de Cádiz), así como en la prohibición impuesta a los mismos de aceptar empleos en el gobierno (artículo 85 de la Constitución de 1830; véase también el artículo 129 de la Constitución de Cádiz).

Finalmente, una muestra tardía de la incidencia de la Constitución gaditana en las venezolanas puede hallarse en la institución de la diputación permanente, omitida en nuestras Constituciones hasta la de 1947, que previó una Comisión Permanente, seguramente bajo la influencia directa de la Constitución de la República Española de 1931, entre cuyas atribuciones se encontraba la de velar por la observancia de la Constitución en el periodo de su funcionamiento, lo cual evoca al correspondiente texto gaditano. Dada la impropiedad de la denominación de tal comisión como permanente, pues estaba llamada a sesionar únicamente durante el receso de las cámaras, la Constitución de 1961 adoptó la figura pero bajo la denominación de Comisión Delegada,¹⁰ que se conserva en la actual Constitución.

6. Apreciación general

En suma, es posible identificar la ascendencia gaditana de algunas normas de nuestras primeras Constituciones, las cuales son excepciones que confirmarían la regla de la inspiración francesa y norteamericana de nuestro primer constitucionalismo, con la impronta personal de Bolívar distin-

¹⁰ Véase Oropeza, Ambrosio, *La nueva Constitución venezolana (1961)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1986, p. 456.

tiva de la Constitución de 1819. No es posible hablar de una influencia general u orgánica ni de un papel arquetípico en las grandes cuestiones de principio cumplido por la Constitución de Cádiz de 1812.

El probable conocimiento en tierras venezolanas de la evolución de las deliberaciones de las Cortes generales y extraordinarias, mientras estaba siendo elaborada la Constitución para los Estados federados de Venezuela, robustece la tesis de que el faro constitucional gaditano no era un punto de referencia especialmente apreciado para la tarea fundacional que se emprendía en nuestros territorios, en virtud de razones que, por lo dicho, van más allá de la precedencia cronológica de la primera Constitución venezolana respecto de la española.

Sin embargo, lo dicho no implica que la Constitución de Cádiz no deba ser incluida entre las fuentes jurídico-políticas de nuestra evolución constitucional, aunque lo sea con carácter secundario. Además, junto a su proyección en preceptos de Constituciones patrias es necesario considerar, desde la óptica de su incidencia en el constitucionalismo venezolano, la labor desarrollada por las Cortes generales y extraordinarias antes de la aprobación de la Constitución de 1812 y, sobre todo, el proceso político constituyente en el que se insertaron.

III. LA ACTUACIÓN DE LAS CORTES GENERALES Y EXTRAORDINARIAS Y SU INFLUENCIA EN VENEZUELA

Además de las huellas de la Constitución de Cádiz apreciables en algunas de nuestras Constituciones, es importante aludir a actos fundamentales emanados de las Cortes generales y extraordinarias que tuvieron reflejo en declaraciones o normas de especial relevancia dictadas por el Congreso General de Venezuela en la etapa fundacional de nuestra nacionalidad y de nuestro constitucionalismo.

Tal como ha subrayado el profesor Asdrúbal Aguiar, una de las primeras preocupaciones de las Cortes generales y extraordinarias fue proclamar la libertad de imprenta, lo que desembocaría en la aprobación del Decreto IX del 10 de noviembre de 1810 sobre la libertad política de la imprenta.¹¹ El tema de la libertad de imprenta también había sido objeto de discusión en las colonias americanas y era asunto de frecuente consideración en las páginas de los periódicos que circulaban con amplitud en Venezuela tras el

¹¹ Aguiar, Asdrúbal, “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz: relectura desde la Revolución francesa”, en Aguiar, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

inicio del movimiento independentista. Por ello es significativo que el Congreso General de Venezuela haya acudido al decreto gaditano para garantizar con toda formalidad jurídica la libertad de imprenta, después del reconocimiento general contenido en la Declaración de los Derechos del Pueblo del 1o. de julio de 1811, que no había abolido expresamente la censura previa.

Según se lee en *El Publicista* de Venezuela del 25 de julio de 1811, el Congreso General de Venezuela dictó un Reglamento sobre la libertad de la imprenta en Venezuela,¹² el cual está casi calcado, tanto en su preámbulo como en su articulado, del célebre Decreto de las Cortes de Cádiz. Las diferencias que pueden advertirse son fruto de simples adaptaciones del texto gaditano al orden institucional poscolonial en el que dicha libertad estaba siendo consagrada. La facultad de censura previa que, siguiendo el ejemplo gaditano, ahora se suprimía de manera explícita, era especialmente la atribuida al Consejo de Indias por la Recopilación de Indias. Además, al igual que en el Decreto de las Cortes de Cádiz, los escritos referidos a materias religiosas se exceptuaban de la proscripción de la censura o licencia previa, pero en el Decreto venezolano se introdujeron cambios en la enunciación de los supuestos en los cuales el abuso de la libertad de imprenta habría de dar lugar a sanciones. Conviene reproducir los artículos IV del Decreto gaditano y IX del Decreto venezolano:

Artículo IV: Los libelos infamatorios, los libelos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y las buenas costumbres serán castigados con la pena de la ley, y las que aquí se señalarán.

Artículo IX: Los libelos infamatorios, los libelos calumniosos, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres, serán igualmente castigados con las penas establecidas por las leyes y las que aquí se señalarán.

Nótese, aparte de la evidente ascendencia gaditana de este artículo IX, que se suprime la referencia a los libelos “subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía”. En su lugar, el artículo VIII del Decreto venezolano ya había declarado que: “Se prohíben los escritos subversivos del sistema adoptado y establecido en Venezuela, el cual consiste principalmente en la libertad e independencia de cualquier otra potencia o soberanía situada fuera de su territorio...”.

¹² *El Publicista de Venezuela*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1959, pp. 29 y 30.

Por otra parte, no se preveían en el caso venezolano órganos públicos especiales encargados de velar por la libertad de imprenta o de evitar sus abusos.

La clara influencia del decreto gaditano en el venezolano es digna de mención porque se produce en un tema que fue crucial durante nuestro proceso de independencia, el cual se apoyó en la propaganda política y en el manejo de la incipiente opinión pública. En su etapa gestacional la opción por la independencia dependió no tanto de la fuerza militar como de su capacidad para crear una convicción general en torno a la necesidad de cortar los lazos que, en medio de la crisis política vivida en la península, aún vinculaban a nuestras provincias con el Reino de España, tarea que no fue fácil, como lo prueba la lealtad que algunas provincias mantuvieron hacia las autoridades españolas.¹³ Por tanto, la obra de las cortes gaditanas alcanzó en esta materia, al menos simbólicamente, una trascendencia en suelo venezolano que no es posible menoscabar.

Una estela menos nítida dejó en Venezuela el Decreto de las Cortes de Cádiz, del 22 de abril de 1811, sobre la abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas afflictivas, el cual abolía la tortura “en todos los dominios de la Monarquía española”.¹⁴

El Congreso General de Venezuela dictó una Ley de abolición de la tortura el 17 de agosto de 1811,¹⁵ con un sentido similar al del Decreto gaditano, aunque la ley emanada de las Cortes venezolanas, en consonancia con la efervescencia revolucionaria del momento, convierte la abolición de la tortura, que califica como una decisión digna “de la legislación liberal y protectora”, en una invectiva contra la opresión y el despotismo derivados de la conquista de América. Este ánimo conduce a que en la Ley se ordene la quema en plaza pública de los instrumentos destinados a “tan execrable uso”.

Un espíritu semejante, próximo al de una denuncia de agravios, se percibe en la Ley para abolir el Tribunal de la Inquisición en toda la Confederación de Venezuela, sancionada por el Congreso General de Venezuela el 22 de febrero de 1812, esta vez no influenciada por los Decretos de las Cortes españolas, pues la ley venezolana antecedió justamente en un año al Decreto gaditano, del 22 de febrero de 1813, y tiene un contenido distinto,

¹³ Sobre la importancia de la propaganda y de la prensa en el proceso de independencia véase el estudio de Díaz Sánchez, *op. cit.*, pp. XCIII y ss.

¹⁴ Decreto LXI de las Cortes generales y extraordinarias, sobre la Abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas afflictivas, del 22 de abril de 1811.

¹⁵ *El Publicista de Venezuela*, p. 63; 16 *Textos oficiales de la Primera República de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1982, Segunda Sección, pp. 222-224.

ya que rechaza abiertamente la inquisición y se fundamenta no tanto en su incompatibilidad con alguna Constitución o con ideas políticas emergentes, sino, sobre todo, en su contraposición con la fe cristiana y con la conciencia del género humano. La abolición de la inquisición en Venezuela tenía un sentido más simbólico que real, pues dicha institución casi no había sido aplicada en nuestro país.

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE PENINSULAR Y SUS EFECTOS EN VENEZUELA

Otra arista destacable, en la que se cruza la evolución constitucional española con la venezolana, tiene que ver con el empuje que el proceso político constituyente (y preconstituyente) peninsular proporcionó al movimiento independentista y constituyente de las provincias de Venezuela. No osaremos entrar en la extensísima y ampliamente estudiada temática de las causas de la independencia hispanoamericana y venezolana en particular. Sólo nos interesa rescatar un aspecto de ese capítulo fundamental de nuestra historia y esbozar algunos planteamientos sobre la influencia del proceso político que desembocó en las Cortes generales y extraordinarias en la germinación del constitucionalismo venezolano.

Importa subrayar que nuestro proceso de independencia no puede ser entendido sin relacionarlo con la crisis política de la Monarquía española de 1808 y sin tener en cuenta las consecuencias en suelo americano de las acciones e iniciativas de la Junta Central Suprema y Gubernativa de España e Indias y luego del Consejo de Regencia. Las abdicaciones de Bayona, tildadas de ilegítimas, y la ausencia forzada del titular de la Corona española, aunadas a la usurpación y ocupación francesas generaron gran incertidumbre en tierra venezolana y muchas dudas sobre la posibilidad de revertir la invasión y sobre la suerte de las provincias americanas ante un desenlace favorable a Francia. Además, la actuación desarrollada por la Junta Central y luego por la Regencia fue duramente criticada por estimarla inconsistente con las nobles declaraciones que ellas mismas habían emitido e incluso contraria al buen juicio y a la moral. Por otra parte, el fenómeno juntista en España y los pronunciamientos sobre la América española de las autoridades de la Junta Central y de la Regencia abrieron el camino para la institucionalización de los reclamos reformistas o independentistas americanos.¹⁶

¹⁶ *Cfr.*, entre otros muchos documentos de ese tiempo, el Acta de la instalación de la Junta Suprema de Venezuela, del 19 de abril de 1810, y la comunicación dirigida por dicha

Desde la óptica de nuestra evolución constitucional esto implica que la unidad política imprescindible para la implantación de una Constitución no puede explicarse cabalmente sin examinar la influencia del proceso constituyente de la Península en el nuestro. Esta influencia tuvo una doble connotación: la dinámica peninsular generó en Venezuela una reacción de censura y de emulación o superación a la vez.

De censura porque se cuestionaba el desempeño y algunos decretos de la Junta Central y de la Regencia. Junto a las críticas generales mencionadas se aludía a los desaciertos en la designación o ratificación de autoridades en nuestras provincias; a medidas gravosas como el bloqueo acordado contra nuestras costas y, especialmente, se objetaba la escasa e inequitativa representación de los españoles americanos en la propia Junta, primero, y en las Cortes, después. Ello era visto como la negación de la igualdad proclamada entre los españoles de ambos hemisferios.¹⁷

Pero esta censura estaba acompañada de un efecto de imitación con fines justificadores. Casi todos los documentos relevantes de nuestro proceso de independencia, desde el 19 de abril de 1810, e incluso antes si nos remontamos a la llamada conjura de los mantuanos de 1808, se apoyan explícitamente, casi siempre, implícitamente otras, en la legalidad y legitimidad de un proceder como el seguido en la Península mediante la formación de juntas, interpretadas como una reasunción por la nación, y en suelo americano por las provincias, de la soberanía, ante la ausencia forzada del rey.¹⁸ Ello sin perjuicio de los matices apreciables en pronunciamientos de la Suprema Junta de Caracas, la cual no dejó de expresar reservas sobre la manera de formar dichas instancias en la península, nacidas de lo que calificó como simples aclamaciones tumultuarias, o sobre la constitución de la

Junta a los miembros de la Regencia el 3 de mayo de 1810; *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, pp. 99 y ss., 126 y ss.; véase igualmente el estudio de Díaz Sánchez, *op. cit.*, pp. LXXV y ss.; Gil Fortoul, José, *Historia constitucional de Venezuela*, Caracas, Ministerio de Educación, 1953, t. I, pp. 199 y ss.

¹⁷ Véase, además de los documentos de la Junta Suprema caraqueña precitados, la comunicación que ésta le dirigiera a la Regencia el 20 de mayo de 1810, y la contestación que dicha Junta remitiera al Comisionado Regio de Puerto Rico el 25 de diciembre de ese año, *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, pp. 152 y ss. y 259 y ss. Véase igualmente la opinión que expresa Palacio Fajardo, Manuel, *Revolución en la América Española*, Barinas, Concejo Municipal del Distrito Barinas, 1973, pp. 36 y ss.

¹⁸ Véase el Acta de la instalación de la Junta Suprema de Venezuela, del 19 de abril de 1810; la declaración de la Junta destinada a los cabildos de las capitales de América, del 27 de abril de 1810, y la comunicación que ésta dirigió a los miembros de la Junta Superior de Gobierno de Cádiz el 3 de mayo de 1810; *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, pp. 99 y ss.; 117 y ss., y 136 y ss.

Junta Central, cuya legitimidad sólo habría sido alcanzada por el ulterior reconocimiento popular y fue puesta en entredicho posteriormente por las ejecutorias de ese cuerpo y por su demora en la convocatoria de las Cortes,¹⁹ todo lo cual era manifestación de la intención de confrontar el modo de proceder de las autoridades españolas con el que querían adoptar las nuevas instituciones independientes. Pero estas salvedades no hacían sino confirmar la adhesión a los principios en los cuales pretendieron sustentarse las juntas peninsulares.

La idea de la soberanía nacional recibida del proceso juntista, conectada con el pensamiento escolástico pactista, fue primordial para el desencadenamiento de las aspiraciones independentistas. Se consideraba válido el establecimiento de formas provisionales de gobierno que debían convocar formalmente a la nación entera para que ésta resolviera sobre el destino definitivo de las instituciones políticas. De allí que la Provincia de Caracas, incluyendo al cabildo de Caracas, haya reconocido la autoridad de la Junta Central, para la cual fue elegido el criollo Martín Tovar Ponte, después de haberse logrado la anulación del nombramiento de Joaquín de Mosquera y Figueroa.²⁰ Al conocerse en Caracas la disolución de la Junta Central, la creación del Consejo de Regencia en Cádiz y las circunstancias concomitantes, las élites criollas continuaron por la senda trazada desde la península pero ahora por su propia cuenta y riesgo y en defensa de sus propios objetivos. La legalidad y legitimidad de la Regencia fue objetada por ellas desde el comienzo y de manera rotunda.²¹ A partir de allí el afán por emular y superar a los hermanos peninsulares es notable.

La creación en Venezuela de la Suprema Junta conservadora de los derechos de Fernando VII, como puente político-institucional y mental entre el orden colonial y la independencia naciente, que atenuaba los temores de

¹⁹ Véase la comunicación que la Junta dirigió a la Regencia el 3 de mayo de 1810 y su declaración a los habitantes de Venezuela del 8 de noviembre de 1810, *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, pp. 130 y ss. y 235 y ss. La posición de la Suprema Junta de Caracas respecto de la Junta Central española no fue uniforme, pues al comienzo no se ponía en duda la legalidad de su constitución; véase la Proclama de la Junta Suprema del 20 de abril de 1810, *Textos oficiales..., op. cit.*, Primera Sección, p. 109.

²⁰ Véase Mena García, María, “La elección de diputados americanos a la Junta Central y la excepcionalidad del representante venezolano don Joaquín Mosquera y Figueroa”, en Mena García, M. (coord.), *Venezuela en el siglo de las luces*, Sevilla-Bogotá, Muñoz Moya y Montraveta, 1995, pp. 285 y ss.

²¹ Véase Quintero, Inés, “La iniciativa gaditana y la provincia de Venezuela”, en Izaskun, A. y Sánchez, J. (coord.), *Visiones y revisiones de la independencia americana. La independencia de América: la Constitución de Cádiz y las Constituciones Iberoamericanas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 197 y ss.

una abrupta solución de continuidad, abrazaba a los indecisos y servía de advertencia a potencias extranjeras, no puede explicarse sin los antecedentes mencionados.

El 19 de abril de 1810, hito fundamental en el camino hacia la independencia definitiva, se aludió a la declaratoria, realizada por la Junta Central y luego por la regencia, de que las provincias americanas no eran colonias, sino parte integrante de la Corona de España, y se subrayó el llamado que recibieron “al ejercicio de la soberanía interina, y a la reforma de la constitución nacional”.²² Recuérdese que desde su convocatoria por la Junta Central las Cortes estarían llamadas, entre otros cometidos, a revisar la Constitución (histórica) del reino y, con ello, a decidir el destino de la nación, lo cual fue enfatizado por documentos emanados de la regencia. Por eso afirmaría la Junta Suprema de Caracas, después de su establecimiento en la fecha mencionada, que la provincia, ante la dispersión de los miembros de la Junta Central y la segura caída de Cádiz, último reducto de la heroica resistencia española, había resuelto reasumir la soberanía, con base en la cual:

Va a darse al nuevo Gobierno la forma provisional que debe tener, mientras una constitución, aprobada por la representación nacional legítimamente constituida, sanciona, consolida y presenta con dignidad política a la faz del universo la provincia de Venezuela organizada y gobernada de un modo que haga felices a sus habitantes...²³

Con frecuencia se decía textualmente que las Provincias de Venezuela sólo estaban “imitando” la actuación española. Así lo diría la Suprema Junta de Caracas en comunicación del 3 de mayo de 1810, dirigida a la Junta Superior de Gobierno de Cádiz:

Caracas, imitando la conducta de España, ha tomado el partido que ella misma le ha enseñado cuando carecía del gobierno central, o cuando éste no podía atender a su seguridad, ni dirigir los pasos de su administración y defensa. Cada provincia, o cada reino, reasumiendo el ejercicio de la soberanía, la explicaba por medios de sus juntas provinciales o supremas.²⁴

²² Acta de la instalación de la Junta Suprema de Venezuela, del 19 de abril de 1810; *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, p. 100.

²³ Manifiesto de la Junta Suprema de Caracas; *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, p. 129.

²⁴ Comunicación del 3 de mayo de 1810; *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, pp. 136 y ss.

El parangón con los acontecimientos que culminaron con la convocatoria de las Cortes en la península era explícito y reiterado:

Si el pueblo español ha creído necesario recobrar sus antiguas prerrogativas, y la augusta representación nacional de sus cortes para oponer una barrera a la desordenada y progresiva arbitrariedad del ministerio... Iguales son nuestros motivos para imitar las nobles tentativas de nuestros hermanos de Europa, que hasta ahora no hemos hecho más que admirar...²⁵

Nótese que el movimiento independentista poseía, desde entonces, una significación constituyente impulsada, sin perjuicio de otros procesos políticos inspiradores, por la convocatoria en España de las Cortes generales y extraordinarias y por las premisas filosófico-políticas en las que se apoyó. Los propósitos de tal convocatoria y de su extensión a los españoles de América eran obviamente otros, pero sus fundamentos teóricos y los argumentos esgrimidos para propiciar la presencia americana soplaron en una dirección tal vez no sospechada por sus redactores, de lo cual los anales revolucionarios europeos ya habían dado un renombrado ejemplo.

La senda constituyente abierta en 1810 estuvo signada, en otros aspectos, por la voluntad de emular y superar la dinámica constituyente peninsular. Así, frente a la convocatoria a unas Cortes tildadas por los americanos de poco representativas, la Junta Suprema de Caracas llamó a la elección de representantes para el Congreso General de Venezuela en todas las provincias de la Capitanía General y se previó la elección de representantes en todos los distritos capitulares y no sólo en las capitales cabezas de partido. Se siguió un sistema electoral similar al establecido en España para los representantes peninsulares ante las Cortes generales y extraordinarias, basado en circunscripciones parroquiales,²⁶ superándose las insuficiencias atribuidas al sistema de representación en Cortes de las provincias americanas, en el que la designación se limitaba a las capitales cabezas de partido, estaba encomendada a los ayuntamientos y el número de representantes americanos era proporcionalmente muy inferior al fijado para la península, todo lo cual había sido objetado por desigual o parcial en pronunciamientos de la Junta Suprema de Caracas.²⁷

²⁵ Declaración de la Junta dirigida a los cabildos de las capitales de América, del 27 de abril de 1810; *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, pp. 118.

²⁶ Reglamento para la elección y reunión de Diputados que han de componer el cuerpo conservador de los derechos del Sr. D. Fernando VII en las Provincias de Venezuela; *Textos oficiales...*, cit., Segunda Sección, pp. 73 y ss.

²⁷ Véase, además de la antes citada declaración destinada a los cabildos americanos, las

Adicionalmente, dado que la Suprema Junta de Caracas había llegado a sostener que la Junta Central española se tornó ilegítima al haberse demorado tanto la convocatoria e instalación de las Cortes,²⁸ se enfatizó, al recibir a los agentes representativos o electores parroquiales elegidos en uno de los partidos o distritos capitulares para participar en la elección de diputados ante el Congreso General de Venezuela, que se había cumplido el propósito de facilitar “cuanto antes”²⁹ la definición, por dicho Congreso, de las reglas de gobierno que habrían de regir en el país. En esta ocasión también se señaló que:

Si oye en esta respetable Asamblea la voz espontánea y libre de sus habitantes, y compara este proceder a la nulidad de los medios que permitía el gobierno anterior para promover nuestra propia felicidad también advierte en ella un testimonio irrefragable de haber cumplido religiosamente con la confianza más importante de cuantas mereció el pueblo ilustre de Caracas el 19 de abril.³⁰

Lo cual fue coronado por la declaración de dejar “constituidos legalmente los primeros representantes de la América meridional y los verdaderos conservadores de los derechos de Fernando VII en el Nuevo Mundo”.³¹ Con todas estas cautelas pudo proclamarse, al concluir la fase electoral y al instalarse el Congreso General de Venezuela, que “se han instalado las primeras Cortes que ha visto América, más libres, más legítimas y más populares que las que se han fraguado en el otro hemisferio para alucinar y seguir encadenando a América”.³²

Conviene recordar que en algunos pronunciamientos de la Junta Suprema de Caracas la convocatoria a Cortes reiterada por la Regencia había sido calificada como un último recurso de sus miembros para evitar la pérdida de los territorios americanos. Los criollos inicialmente habían respaldado el proceso juntista en el que se apoyaría la Junta Central peninsular y su convocatoria a Cortes, hasta el punto de haber librado una batalla legal

comunicaciones dirigidas a la Regencia el 3 y el 20 de mayo de 1810; *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, pp. 132, 133, 153 y 154.

²⁸ Proclama de la Junta Suprema de Caracas a los habitantes de Venezuela con motivo de la aprobación del Reglamento sobre las elecciones para el Congreso General de Venezuela; *Textos oficiales...*, cit., Segunda Sección, pp. 66 y 67.

²⁹ Discurso pronunciado con motivo de la reunión de electores parroquiales del partido capitolular de Caracas, *Textos oficiales...*, cit., Primera Sección, p. 250.

³⁰ *Ibidem*, p. 249.

³¹ *Ibidem*, p. 252.

³² *Gaceta de Caracas*, 5 de marzo de 1811.

para obtener la anulación del nombramiento de Joaquín de Mosquera y Figueroa como representante de las Provincias de Venezuela ante la Junta Central, por no ser originario de estas tierras,³³ y luego habían elegido a Martín Tovar Ponte. Pero la convocatoria de los americanos a las Cortes llegó tarde. Ya la corriente favorable a la independencia se había robustecido, en lo cual también influyó la evolución de los acontecimientos en España. Bolívar lo diría claramente en la Carta de Jamaika:

Cuando las águilas francesas sólo respetaron los muros de la ciudad de Cádiz, y con su vuelo arrollaron a los frágiles gobiernos de la península, entonces quedamos en la orfandad. Ya antes habíamos sido entregados a la merced de un usurpador extranjero. Después, lisonjeados con la justicia que se nos debía, con esperanzas halagüeñas siempre burladas; por último, inciertos sobre nuestro destino futuro, y amenazados por la anarquía, a causa de la falta de un gobierno legítimo, justo y liberal, nos precipitamos en el caos de la revolución.³⁴

Por otro lado, las Cortes fueron tildadas en documentos oficiales de 1810 primero como “imaginarias”,³⁵ pues se consideraba difícil su instalación y funcionamiento y, luego, fueron descalificadas, al equipararlas, con evidente impropiedad histórica, a “las de Bayona”.³⁶ Ello no impidió que su actuación tuviera eco en Venezuela, como ya dijimos, pero la ruta tomada por los patriotas había sido la de promover unas Cortes para las Provincias de Venezuela, un Congreso General con funciones constituyentes, que superara la seria objeción a la limitada y parcial representación de estas provincias en las Cortes gaditanas. De allí que la representación venezolana ante las Cortes, en las personas de Esteban de Palacios, tío de Simón Bolívar, y Fermín de Clemente, incorporados como suplentes a dicho cuerpo en espera de la elección de los diputados por la provincia, haya sido rechazada por Caracas en 1811.³⁷

Así, pues, la convocatoria a las Cortes generales y extraordinarias y el llamamiento a los americanos para elegir, “elevados a la dignidad de hombres libres”, cuyos “destinos” están en sus propias manos, sus representantes

³³ Mena García, M., *op. cit.*, pp. 310 y ss.

³⁴ Bolívar, “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla”, *Obras completas*, Caracas, Ministerio de Educación Nacional, vol. I, pp. 166 y 167.

³⁵ Declaración de la Junta Suprema de Caracas a los habitantes de Venezuela del 8 de noviembre de 1810; *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, pp. 235 y ss.

³⁶ Contestación de la Junta Suprema de Caracas al Comisionado Regio de Puerto Rico, del 25 de diciembre de 1810; *Textos oficiales..., cit.*, Primera Sección, p. 264.

³⁷ Gil Fortoul, J., *op. cit.*, p. 332.

ante las Cortes,³⁸ en lugar de reconducir a los venezolanos al canal institucional de la monarquía española, favoreció el movimiento independentista en gestación y le imprimió un carácter constituyente que muy pronto terminaría desplegándose.

V. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN LOS INICIOS DE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO

Uno de los aspectos más interesantes de la incidencia de la Constitución de Cádiz en nuestra evolución constitucional guarda relación con los intentos por hacer cumplir esa Constitución en nuestras tierras y con la aplicación que de hecho recibió en algunas de las provincias de Venezuela. No sería osado afirmar, como veremos, que la Constitución gaditana fue probablemente la primera Constitución que tuvo alguna vigencia en una parte del territorio venezolano y también la primera que, al ser invocada ante los tribunales para poner coto a los abusos de los gobernantes, pretendió cumplir la función, distintiva del constitucionalismo, de imponer límites al ejercicio del poder.

La Constitución venezolana de 1811 es obviamente anterior a la de Cádiz, pero es bien sabido que su vigencia fue exigua, tal como lo ha señalado Gil Fortoul, quien al referirse a las normas contenidas en ella y en las Constituciones de las provincias, así como a la significación de la Carta Magna de 1811, apuntó:

Pero a poco se envolvió todo el país en la guerra de Independencia, y apenas pudieron aplicarse unas ni otras. Su importancia se limita, pues, a haber sido origen teórico del derecho constitucional venezolano, y raíz de la lucha ulterior entre las dos tendencias federalista y unitaria.³⁹

Recuérdese que a pocos meses de la sanción de la Constitución el 21 de diciembre de 1811, la cual debía aún ser ratificada por los pueblos de las provincias, se confirieron facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo el 4 de abril de 1812, al margen de lo previsto en ella, lo cual se tradujo, por ejemplo, en la aprobación del Decreto Penal contra los Traidores, Facinerosos y Desafectos a nuestro Gobierno, del 16 de abril de 1812, violatorio de derechos consagrados constitucionalmente. El Poder Ejecutivo erigiría

³⁸ Instrucción para las elecciones por América y Asia dictada por el Consejo de Regencia el 14 de febrero de 1810, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/90251732102370596554679/index.htm>.

³⁹ Gil Fortoul, J., *op. cit.*, p. 287.

luego a Miranda en dictador para enfrentar la fase decisiva de la contienda militar, con lo cual “vino a estrellarse en la necesidad de la dictadura militar absoluta el primer ensayo constitucional de la República venezolana”.⁴⁰ La guerra que estaba desarrollándose y la pronta caída de este primer ensayo republicano harían naufragar esta Constitución. En cambio, la Constitución de Cádiz fue jurada en 1812 y parcialmente observada en las Provincias de Maracaibo y Guayana, así como en la ciudad de Coro, todas leales a la Corona, hasta 1814. Además, en el resto del país, sumido en la violencia, hubo intentos heroicos por salvar un mínimo de juridicidad, los cuales sólo podían provenir de instituciones establecidas y consolidadas como la Real Audiencia.

Escapa de los fines de este trabajo una exposición detallada sobre la aplicación, seguramente muy limitada además de temporal, o la invocación jurídicamente relevante de la Constitución de Cádiz en Venezuela. Baste con remitirnos a investigaciones históricas como las adelantadas por la profesora Inés Quintero, quien ha destacado, con apoyo en indagaciones propias y en estudios que están en desarrollo, que dicha Constitución fue jurada en las provincias y en la ciudad señaladas, y entró en vigor, hasta el punto de que fueron elegidos, al menos en Maracaibo y en Coro, los integrantes de los ayuntamientos previstos en dicho texto constitucional, así como los miembros de la Diputación Provincial de Maracaibo, también de acuerdo con lo allí dispuesto. La Provincia de Maracaibo había tenido, por cierto, representación en las Cortes en la persona de José Domingo Rus, elegido por la provincia.⁴¹

En las provincias que se habían sumado a la independencia y que estaban en guerra, las posibilidades de vigencia del texto gaditano fueron pocas. Pero no deja de ser relevante que en ese contexto, en medio de la barbarie en la que ambos bandos incurrieron durante esta hora sangrienta del alumbramiento patrio, la Constitución de Cádiz haya sido aducida como un factor que podía contribuir a la contención de gobernantes españoles que quisieron aprovechar las circunstancias vividas para dar rienda suelta a la arbitrariedad.

Una muestra de ello se encuentra en la Capitulación de Miranda o Capitulación de San Mateo del 25 de julio de 1812, la cual incluyó, como resultado de las negociaciones, la referencia a que “Sus habitantes serán

⁴⁰ *Ibidem*, p. 296.

⁴¹ Véase Quintero, I., *op. cit.*, pp. 197 y ss.; de la misma autora “Autoridad militar vs. Legalidad constitucional: el debate en torno a la Constitución de Cádiz (Venezuela 1812-1814)”, trabajo inédito enviado para su publicación a la *Revista de Indias*, Madrid.

gobernados según el sistema que han establecido las Cortes españolas para todas las Américas”, así como la explícita previsión de que “Entretanto que se promulgue la Constitución de las Españas, las leyes del Reino y las disposiciones de las Cortes serán la regla del gobierno”.⁴² Estas cláusulas de la Capitulación fueron luego invocadas para exigir la pronta jura y promulgación en Venezuela de la Constitución de Cádiz.

De esta forma, la Constitución gaditana fue asumida implícitamente como un símbolo del respeto a los derechos y a los límites jurídicos que ningún gobernante debe traspasar. Ello, por supuesto, no implica que fuese considerada por los patriotas como la Constitución ideal, pero podía ser una tabla de salvación tras la derrota militar, en una fase de preparación para la reanudación de la lucha. La Capitulación fue burlada muchas veces por Monteverde, pero en algunas ocasiones tuvo que ceder en sus propósitos despóticos, en virtud de la intervención de la Real Audiencia o de instituciones peninsulares, y la Constitución de Cádiz fue el instrumento utilizado para tratar de dejar a salvo algún hilo de legalidad pese al torbellino político-militar que se había desatado. Si logró o no hacerlo no es lo fundamental desde la perspectiva en que nos situamos; su capacidad real de moderar el poder establecido fue desde luego bastante reducida, pero el hecho de que más de una vez el autoproclamado y luego ratificado capitán general Monteverde haya visto revertidas o censuradas decisiones por él adoptadas es un ejemplo encomiable del esfuerzo por preservar la constitucionalidad en las circunstancias más adversas.

Los actores de esta otra gesta de nuestra historia, paralela a la militar y hasta ahora poco estudiada, fueron, entre otros, el regente interino y oidor de la Real Audiencia, José Francisco Heredia; el fiscal de la Real Audiencia, Costa y Gali, el comisionado de la Regencia para la pacificación del Nuevo Mundo, Pedro de Urquiza, y el diputado suplente por la Provincia de Caracas ante las Cortes de Cádiz, Fermín de Clemente. Los primeros formaban parte de instituciones españolas establecidas en América, pero no por ello son ajenos a nuestra historia, como pudiera hacerlo pensar la frecuente desatención historiográfica respecto de la institucionalidad existente en el país antes de que la Independencia y la República se consolidaran.

Heredia protagonizó, como oidor de la Real Audiencia, serios enfrentamientos con Domingo de Monteverde. Ello a partir de la reinstalación de la Real Audiencia el 3 de octubre de 1812, tras su disolución en la provincia el 19 de abril de 1810. Uno de los primeros puntos de fricción fue justamente

⁴² Capitulación de Miranda, *Documentos que hicieron Historia*, Caracas, Presidencia de la República, 1962, t. I, p. 118.

la demora de Monteverde en jurar y proclamar la Constitución de 1812 en las provincias en las que se había desarrollado la revolución independentista, en contra de lo que la Real Audiencia le había requerido; habría que esperar hasta el 3 de diciembre de 1812 para que dicha Constitución recibiera la formal aceptación y publicación. Monteverde aducía que las provincias rebeldes no merecían el mismo trato que el de las provincias leales a la monarquía, pues aquéllas debían quedar sujetas a la “ley de la conquista”,⁴³ la cual implicaba actuar con dureza y según las circunstancias.

También tuvo dificultades la Real Audiencia para obtener el cumplimiento de órdenes de liberación que comenzó a dictar. Al conocer, de boca del comandante militar de Puerto Cabello, las instrucciones de Monteverde de no poner en libertad a ningún preso “aun cuando la Real Audiencia determinase su soltura”, este Supremo Tribunal manifestó su protesta y el fiscal Costa y Gali, en el expediente abierto con motivo de estos hechos, expresó, apoyándose en los artículos 242 y 243 de la Constitución de Cádiz, que:

Según la Constitución, la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales, y ni las Cortes ni el Rey pueden ejercer en ningún caso funciones judiciales... Y lo que ni las Cortes ni el Rey pueden hacer en ningún caso, ¿lo podría hacer el señor presidente y el capitán general y el jefe político interino de estas provincias sin un notorio agravio, sin una visible usurpación de la autoridad del Tribunal, sin un manifiesto quebrantamiento de la Constitución y de las leyes?⁴⁴

Finalmente, Monteverde respondió que no había dado tal instrucción y que su amanuense había errado en la redacción del oficio dirigido a la autoridad militar de Puerto Cabello.⁴⁵ De esta forma, evitó una ruptura abierta con la legalidad y quiso salvar su responsabilidad en los hechos. La Constitución de Cádiz se hizo aquí presente para intentar contener los desafueros del caudillo militar, quien después reconocería, en comunicación dirigida a la Regencia, que había dado tales órdenes, e intentaría justificarlas invocando lo excepcional de las circunstancias imperantes.⁴⁶

La Real Audiencia debió ocuparse, igualmente, de la decisión de Monteverde de comisionar al comandante Cervériz para detener, en Cumaná, a personas que habían comulgado con la causa republicana, desconocien-

⁴³ Gil Fortoul, J., *op. cit.*, p. 332.

⁴⁴ Véase Briceño-Iragorry, Mario, *El regente Heredia o la piedad heroica*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1980, p. 183.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Quintero, I., “Autoridad militar vs. legalidad constitucional. El debate en torno a la Constitución de Cádiz (Venezuela, 1812-1814)”, *Revista de Indias*, vol. 68, núm. 242, 2008.

do la autoridad del gobernador de esa provincia, Emeterio Ureña, quien se había negado a cumplir dicha orden en atención a la Capitulación.⁴⁷ Ureña había asumido sus funciones como gobernador en septiembre de 1812 con la promesa de apegarse a la Capitulación, a la Constitución de Cádiz y a los mandatos de las Cortes generales y extraordinarias, lo que no complació a Monteverde.⁴⁸

El fiscal Costa y Gali elaboró un informe sobre los hechos, en virtud de la denuncia presentada por Ureña y del requerimiento de la Real Audiencia. Allí subrayó la violación de la Constitución gaditana, en particular de su artículo 247, a tenor del cual “ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley”, ello en razón de la injustificada comisión conferida a Cervériz, que abarcó detenciones practicadas sin fórmula de juicio. El caso culminó con una denuncia contra Monteverde elevada por la Real Audiencia ante las autoridades peninsulares.⁴⁹

El principal asunto que en esta etapa centró la atención de los oidores fueron las detenciones ordenadas por Monteverde en contravención a lo dispuesto en la Capitulación de San Mateo, conforme a la cual no debían ser perseguidos quienes hubieran participado hasta entonces en el movimiento independentista. Para sortear la limitación impuesta por la Capitulación, Monteverde había ordenado detenciones masivas de seguidores de la causa patriota, con el argumento de que se trataba de reincidencias en los hechos previos, lo cual no era cierto. Entre los afectados se encontraban distinguidas figuras defensoras de esa causa que fueron tratadas indebidamente y enviadas a España para su juzgamiento, donde más tarde se ordenaría su liberación por no haber sido acreditada tal reincidencia.⁵⁰ Muchos otros permanecieron en las cárceles venezolanas. Cuando se creía que Monteverde acataría lo dispuesto en la Capitulación y lo acordado por las propias Cortes en cuanto al olvido de los hechos insurreccionales precedentes, acudió a la creación de comisiones militares o tribunales especiales (*ad hoc*). Ello sería cuestionado severamente por el fiscal y la Real Audiencia. El primero, encargado de elaborar el informe que sería elevado a la consideración de la Secretaría de Estado española, se preguntaba, en alusión a la Constitución de Cádiz:

⁴⁷ Briceño-Iragorry, M., *op. cit.*, pp. 183 y ss.

⁴⁸ Quintero, I., “Autoridad militar vs. legalidad constitucional...”, *cit.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Eran Juan Germán Roscio, José Cortés de Madariaga, Juan Pablo Ayala, Juan Paz del Castillo, Francisco Isnardy, Manuel Ruiz, José Mires y Juan Barona, quienes serían calificados por Monteverde como los “ocho monstruos”; véase Gil Fortoul, J., *op. cit.*, pp. 307 y 308.

¿No hubiera sido mil veces preferido no haber publicado las leyes, no haber dejado entrever el código santo de las libertades españolas, no haber establecido los tribunales, que quebrantar las unas, hollar las otras y desautorizar los magistrados propuestos por las leyes? Si el juzgar a los hombres por las comisiones militares se hubiera mirado como una invención útil a la política, ¿hubieran dejado los pueblos cultos, los pueblos amantes de su libertad, los que han tratado de simplificar la administración de justicia, de adoptarlas por sistema? ¿Por qué no lo han hecho? ¿Por qué han sido desterradas de todos los códigos dictados por la experiencia y escritos por filósofos? Porque la experiencia de todos los tiempos y todos los países enseña que las comisiones militares han sido siempre o las precursoras o las compañeras del despotismo o de la tiranía.⁵¹

La creación de estas comisiones especiales sería luego desautorizada desde la península. Pero la Capitulación seguía en vilo. Sólo después de un largo forcejeo institucional, que coincidió con exhortaciones provenientes de España e implicó al menos cinco encuentros de Heredia con Monteverde, se dispuso judicialmente el cumplimiento de la amnistía, en abril de 1813; así ha sido relatada la ejecución del acuerdo judicial:

A la luz empiezan a salir las víctimas de Monteverde y de sus áulicos. Macilento y tristes, con los pies hinchados por los grillos, van llegando a sus hogares o al sitio del confinamiento provisorio los patricios que hicieron la primera república. Ni de un solo hombre ha sido la sangre derramada por mandamiento del Tribunal. Han sufrido presiones impuestas por la bárbara autoridad ejecutiva, pero la Audiencia ha velado por sus vidas. Juan Escalona, Francisco Javier Uztáriz, José Tomás Santana, Francisco Espejo, Diego Jalón, Vicente Pulido, Manuel Villapol, Simón Luyando, Miguel José Sanz, Antonio Ignacio Rodríguez Picón, Vicente Salias, Luis María Rivas Dávila, Manuel Arráiz y tantos y tantos más que han soportado carcelería en Puerto Cabello, La Guaira, Maracaibo y Angostura.⁵²

Esto no puso fin, sin embargo, a la barbarie por todas partes desatada. La medida era tardía y ya se habían exacerbado la inquina y la intransigencia. El 2 de noviembre de 1812 Bolívar se había referido a esta situación en su Proclama a los Americanos sobre la conducta del Gobierno de Monteverde, en términos que anticipaban el llamado de guerra a muerte:

⁵¹ Briceño-Iragorry, M., *op. cit.*, pp. 191 y 192.

⁵² *Ibidem*, pp. 200 y 201.

La guerra, la guerra sola puede salvarnos por la senda del honor. No haya otro objeto que el exterminio de los tiranos, que sedientos de sangre y oro, invaden nuestras pacíficas y felices regiones, talándolas, incendiándolas, pillando al paisano indefenso, asesinando al defensor de la patria, y usurpando todos los derechos de la naturaleza y de los hombres. Estos caníbales que vienen huyendo del yugo de sus conquistadores, pretenden ponernos las mismas cadenas que ellos arrastran en su país, con el temor de unos tránsfugas, la rabia de unos perros, y la avaricia desenfrenada de su abominable nación. Vencidos, escarneados en Europa, por sus vecinos, vienen a saciar su venganza contra los inocentes habitantes de este hemisferio, que no tienen otro delito que el de conducirse por los principios de la humanidad, siguiendo la vía de la justicia, en la recuperación de su libertad e independencia.⁵³

Y la violencia se extendería aún más y se apoderaría de ambos bandos, alcanzando su paroxismo con la entrada en escena de Boves y sus huestes. El sangriento año de 1814 conduciría al fracaso de esta segunda avanzada republicana y haría caer a los patriotas en los excesos denunciados por ellos mismos, después del desprecio de Boves a la propuesta de Bolívar de fijar reglas propias de naciones civilizadas para el desarrollo de la guerra. Así lo evidencia la orden de Bolívar de pasar por las armas a todos los españoles o canarios detenidos en Caracas o la Guaira, ascendiendo a más de 800 las víctimas de esta instrucción. Con razón diría Gil Fortoul que al proceder de este modo Bolívar “no reflexionó que su nombre, y el de tantos héroes de la patria, iban a quedar en la historia de 1814 confundidos con los de aquellos vándalos. Tristes tiempos, cuando hasta el genio enloquece, y apaga él mismo la antorcha que le guía al porvenir”.⁵⁴

Tiempo después se le plantearía al oidor Heredia el dilema de desviarse por la vereda de las represalias o mantenerse en el camino del derecho y optó, como era de esperar, por el segundo, al rehusarse a cumplir la instrucción del capitán general Cajigal de someter a juicio en comisiones especiales a los republicanos presos en Coro.⁵⁵ Heredia le recordaría, el 21 de marzo de 1814, que el año anterior había sido desaprobada la creación de juntas militares de juzgamiento y le remitió la copia original de la decisión rubricada por el ministro.⁵⁶ Pero más tarde Cajigal ordenaría fusilar a quienes estuvieran presos en Coro por móviles políticos, previa identificación, que se encomendaba a Heredia, quien respondería de manera rotunda:

⁵³ Bolívar, *Obras...*, cit., vol. III, p. 537.

⁵⁴ Gil Fortoul, J., *op. cit.*, p. 349.

⁵⁵ Briceño-Iragorry, M., *op. cit.*, pp. 218 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 298.

“...como regente interino de la Audiencia y, por mi desgracia, jefe en este país de la magistratura, que en el ejercicio de su poder constitucional solamente depende de las leyes, no puedo proceder de acuerdo con nadie en el cumplimiento de órdenes de otra autoridad”.⁵⁷

Esa desgracia a la que se refiere Heredia es la de invocar el imperio de la ley en un país sumido en la violencia y entregado a la aniquilación y la venganza; en una sociedad convulsionada y enceguecida por el torbellino bélico, que parece no hallar en el derecho contribución alguna para la superación de su crisis. Y he allí precisamente lo heroico de su coraje judicial, que ha sido merecidamente elogiado por Briceño-Iragorry. En esta epopeya de la juridicidad convergen la institucionalidad monárquica y colonial representada en la Real Audiencia, anterior a la revolución liberal española, y el constitucionalismo moderno simbolizado por la carta fundamental gaditana.

Pedro de Urquinaona, nombrado por la Regencia comisionado para la pacificación del Nuevo Reino de Granada, al conocer la situación vivida en las provincias de Venezuela, aludió reiteradamente en sus informes a la importancia de observar la Constitución de Cádiz. Señaló que los habitantes de estas tierras habían reconocido la autoridad de la monarquía española bajo la capitulación y después de la Constitución “...y mientras este pueblo abrumado de calamidades reposaba sobre la estabilidad de un pacto solemne y sobre la firmeza de las leyes fundamentales observa con dolor que aquel y estas se desploman al impulso de la más irritante arbitrariedad...”⁵⁸ Criticó severamente el gobierno de Monteverde e insistió en que la pacificación de estos territorios sólo era posible nombrando: “...sujetos revestidos de toda la autoridad correspondiente, constituidos en la más estrecha responsabilidad, y capaces por sus luces y amor nacional de establecer el orden y poner en práctica la Constitución y demás soberanas disposiciones, tan benéficas y consoladores...”⁵⁹ Denunció igualmente la vulneración de los artículos de la Constitución de 1812 relativos a las garantías que debían rodear las detenciones y los procesos judiciales (artículos 247, 287, 290, 293 y 300).⁶⁰

⁵⁷ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁸ Don Pedro Urquinaona comisionado por la Regencia de España para la reconciliación de las Provincias de Santa Fe, informe desde Caracas al Soberano español sobre la situación de Venezuela, 27 de marzo de 1813, Blanco y Azpurua, 1983, t. IV, pp. 548-550; citado por Inés Quintero en el trabajo inédito ya mencionado “Autoridad militar *vs.* legalidad constitucional...”, *cit.*

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Comisionado don Pedro de Urquinaona para tratar de la reconciliación de algunas provincias de Costa Firme con la madre patria, se dirige a las Cortes Generales y Extraor-

Desde su curul en las Cortes de Cádiz Fermín de Clemente, en su condición de diputado suplente por la Provincia de Caracas, también censuraría duramente la política de Monteverde en suelo venezolano. Se referiría expresamente a las detenciones practicadas contra los ciudadanos españoles que habían sido enviados a España sin respetar los preceptos de la Constitución de 1812, que si para entonces aún no había sido jurada en tierra venezolana era por el retraso calculado del caudillo militar y por su inobservancia de la capitulación.⁶¹

En agosto de 1814 se conoció en Caracas la anulación de la Constitución de Cádiz y la disolución de las Cortes acordada por Fernando VII tras su retorno a España, con lo cual se pondría fin al intento de aplicar esta Constitución liberal en nuestras provincias. No obstante, la revolución liberal peninsular de 1820 dio vida nuevamente al texto gaditano en algunas provincias. En las Provincias de Caracas y Maracaibo se celebraron elecciones para los ayuntamientos y la Diputación Provincial conforme a lo dispuesto en esa Constitución, pero su vigencia fue parcial y efímera, a causa de la situación del país y de la victoria militar del año siguiente.⁶²

Pese a su limitada y accidentada vigencia en Venezuela, la Constitución de Cádiz de 1812 pudo servir, en la primera fase de nuestro proceso independentista, como fundamento de reclamos de moderación y de respeto al derecho planteados en medio de la guerra y de la barbarie desatada. Sólo por ello ha de ocupar un lugar en nuestra historia constitucional, al haber introducido, así sea mínimamente, en la institucionalidad de su tiempo, justo antes del ocaso del dominio colonial en nuestras tierras, la savia del constitucionalismo, que ya habían proclamado los patriotas en 1811, aunque debieron esperar para que las ideas constitucionales tuvieran posibilidad real de alcanzar alguna eficacia. Además, la invocación de la Constitución gaditana en suelo venezolano entre 1812 y 1814 anticipó dos grandes dilemas de nuestra evolución política y de nuestro constitucionalismo: la lucha entre lo civil y lo militar y la tensión entre el gobierno constitucional y la autocracia.⁶³

dinarias de España, representándoles varias circunstancias del caso referente a Venezuela y Nueva Granada, 29 de marzo de 1813, Blanco y Azpurua, 1983, t. IV, pp. 550 y 551; citado por Inés Quintero en el trabajo inédito “Autoridad militar *vs.* legalidad constitucional...”, *cit.*

⁶¹ Intervención en las Cortes de Fermín de Clemente, 13 de abril de 1813, reproducida por Inés Quintero en el estudio inédito arriba señalado.

⁶² Quintero, I., “La iniciativa gaditana...”, *cit.*, pp. 197 y ss.

⁶³ Sobre la lucha entre el Estado constitucional y Estado autoritario como constante de nuestra evolución constitucional véase Oropeza, A., *op. cit.*, p. 15 y ss.

VI. CONCLUSIÓN

Lo anteriormente expuesto demuestra que la Constitución de Cádiz ocupa un lugar no despreciable dentro de nuestra evolución constitucional. Los distintos ángulos desde los cuales dicha Constitución ha sido examinada revelan la significación que ha tenido en el constitucionalismo venezolano, lo que comprende la repercusión de su texto en algunas de nuestras Constituciones; la influencia de la actuación de las Cortes Generales y Extraordinarias en nuestro primer Congreso Constituyente; la incidencia del proceso político constituyente peninsular en nuestro proceso de independencia y en la gestación de nuestro constitucionalismo; así como las vicisitudes de la vigencia o aplicación de la Constitución gaditana en Venezuela. En todas estas facetas la relevancia de esta Constitución fue bastante limitada, lo cual no justifica, sin embargo, el silencio casi absoluto respecto de la misma en el tratamiento de nuestra historia constitucional y de las corrientes de las cuales es tributaria.

Como fuente del derecho, la trascendencia de la Constitución de Cádiz en la formulación del derecho constitucional venezolano es reducida, pues han sido pocas las disposiciones constitucionales tomadas de ella o inspiradas en sus normas. Por otra parte, si bien ella estuvo formalmente vigente en Venezuela por un breve lapso, aunque no de manera uniforme en todo el territorio, como sabemos, su aplicación estuvo condicionada por múltiples factores; ello no le resta, en todo caso, el mérito de haber introducido en nuestras tierras, en medio de las circunstancias más adversas y de reveses desalentadores, la lucha por el imperio y observancia de una Constitución moderna, destinada a limitar y controlar el ejercicio del poder.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUICIO POLÍTICO

Edgar DANÉS ROJAS*

La alternancia política ha contribuido de manera importante para que nuestro país avance en el proceso de madurez democrática. En el México de hoy tenemos medios de comunicación críticos, abiertos e independientes; los tribunales se pronuncian con independencia; los organismos autónomos también dan prueba de ello; las instituciones electorales funcionan dentro de la normalidad democrática; las organizaciones de la sociedad civil, los sindicatos y los ministros de los cultos opinan y actúan sin censura; los integrantes de las cámaras del Congreso se pronuncian sin cortapisas; los ciudadanos expresan sus demandas públicamente; los organismos empresariales hacen valer con libertad sus opiniones, y han cobrado auge en todas las tribunas del país temas de corte democrático como la lucha contra la impunidad y corrupción, la rendición de cuentas, la información pública, la transparencia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad de género y muchos temas más que nos hablan del proceso de consolidación democrática que experimenta el país.

No obstante lo anterior, uno de los temas que se ha quedado en el papel y que no ha caminado al ritmo de estos cambios se refiere a la responsabilidad política de los servidores públicos, especialmente los de alta jerarquía. A pesar de los avances en todos los frentes, nuestro juicio político sigue siendo en la práctica una asignatura pendiente dentro del sistema efectivo de responsabilidades públicas.

El juicio político es un mecanismo de control del poder, que a pesar de las numerosas reformas constitucionales permanece en su esencia y en su operatividad intacto desde 1917. Su aplicación es casi inexistente, los sujetos susceptibles de ser enjuiciados políticamente están incompletos, y su regulación está fuera de lugar.

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Desde el punto de vista de la división de poderes, el juicio político se refiere al establecimiento de frenos y contrapesos institucionales para que cada poder se mantenga dentro de sus propios límites constitucionales. Su vigencia efectiva hace posible que el poder frene al poder, es decir, sirve como instrumento de limitación y control asegurando que un poder pueda controlar y vigilar a los otros para impedir su desempeño arbitrario.

La función equilibradora del juicio político está en sus orígenes. El primer antecedente que se tiene se remonta a mediados del siglo XVII, cuando la Cámara de los Comunes del Parlamento inglés destituyó al rey Carlos I, enjuiciándolo y condenándolo a muerte bajo los cargos de tirano, asesino y traidor a la patria.

En el derecho de la época enjuiciar a un monarca era impensable pues prevalecía el principio absolutista de que la monarquía no debía rendir cuentas ni tampoco era responsable ante ninguna institución política o judicial. Esa irresponsabilidad del monarca obedecía a la doctrina del derecho divino que sentenciaba que por mandato de Dios el rey es infalible. Frente a este argumento medieval, la respuesta del Parlamento fue contundente: en Inglaterra nadie está por encima de la ley. Este mecanismo de control del poder, conocido como *impeachment*, fue plasmado en la Constitución estadounidense de 1787, y de ahí se transmitió a las posteriores Constituciones de los países americanos, entre ellos el nuestro.

El propósito del *impeachment* fue expuesto por Hamilton en *El Federalista* (núm. LXV). En su razonamiento afirma que este juicio tenía exclusivamente como fin la destitución del servidor público y la inhabilitación para ocupar otro cargo en el futuro, en virtud de haber cometido una falta grave contra el orden constitucional. En el *impeachment* es la Cámara de Diputados el órgano investigador y acusador, y el Senado hace las veces de jurado para dictar e imponer la sentencia. Según Hamilton, esta división entre las dos ramas de la legislatura evita el inconveniente de que las mismas personas acusen y juzguen, y protege al acusado contra el peligro de una persecución originada por el espíritu fáccioso que pudiera prevalecer en cualquiera de las cámaras.

El *impeachment* se incorporó a nuestro orden constitucional en 1824, aunque desde la época de la Colonia habían existido mecanismos para exigir responsabilidad a los empleados públicos. Desde los primeros días de la Nueva España, existió el juicio de residencia, que era un procedimiento judicial que revisaba la conducta de los empleados del gobierno a la terminación de sus cargos. Estaban sujetos a este juicio los altos funcionarios de la Corona, incluidos los virreyes y gobernadores, y su sanción era la multa, el destierro y la inhabilitación temporal o perpetua.

Los primeros tres textos constitucionales que estuvieron vigentes en nuestro país conservaron el juicio de residencia: la Constitución de Cádiz de 1812; la Constitución de Apatzingán de 1814, y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822. Es hasta la Carta de 1824, cuando nuestro constitucionalismo abandonó el juicio de residencia y asimiló rasgos del modelo de responsabilidades consagrado en la Constitución norteamericana, facultando a las cámaras del Congreso para formular la causa de procedencia, separar del cargo al acusado, y remitir lo actuado a la Suprema Corte de Justicia para su resolución.

Bajo este sistema eran sujetos de responsabilidad el presidente y vicepresidente, los diputados y senadores, los secretarios de despacho, y los gobernadores de los estados.

Las siete Leyes Constitucionales de 1836 conservaron el mismo mecanismo. Las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843 también lo contemplaban. En la Constitución de 1857, donde originalmente el Senado fue suprimido, la Cámara de Diputados hacía la declaración de procedencia ante la Suprema Corte de Justicia. La reforma constitucional de 1874 que restableció el Senado, eliminó la intervención de la Suprema Corte y trasladó a esta Cámara dichas facultades.

En el texto original de la Constitución de 1917 se introdujo la acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos oficiales y del orden común cometidos por los altos funcionarios de la Federación. En el caso del presidente, sólo había lugar a acusarlo durante el tiempo de su encargo, por traición a la patria y delitos graves del orden común. En 1928 se reformó el artículo 111 constitucional para establecer que el presidente de la República podía solicitar a las cámaras del Congreso la destitución, por mala conducta, de jueces, magistrados e inclusive de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Las siguientes cinco décadas el sistema de responsabilidades permaneció inalterado, hasta la reforma de 1982 la cual por primera vez menciona por su nombre al juicio político. Esta reforma, estableció el modelo que actualmente subsiste, una de sus aportaciones más importantes es que clarifica los cuatro tipos de responsabilidades en que puede incurrir un servidor público: penal, política, administrativa y civil.

La notoria expansión que han tenido las funciones del Estado, y consecuente el crecimiento del gobierno, se han visto reflejadas en las posteriores reformas al régimen de responsabilidades, las cuales han ampliado el catálogo de servidores públicos que son sujetos de responsabilidad. A la larga lista de servidores públicos de alta jerarquía ejecutiva, legislativa y judicial

existentes, la reforma de 1987 que añadió al jefe de gobierno del Distrito Federal y a los representantes de la Asamblea Legislativa.

La reforma de 1993, incluyó a las personas encargadas de la conducción del Banco de México; la de 1994, incorporó a los consejeros de la JUDICATURA FEDERAL y a sus homólogos del Distrito Federal. En 1996 se añadió a los consejeros electorales del IFE, a su secretario ejecutivo, así como a los magistrados del Tribunal Electoral. La reforma de 1999 agregó al titular de la entidad de fiscalización superior de la Federación, y al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Y finalmente, en el año 2006, se incluyó a los miembros de la Junta de Gobierno del INEGI.

Como puede verse, desde nuestros primeros textos constitucionales los servidores públicos siempre han sido sujetos de responsabilidad. Hoy todos los servidores públicos de la alta jerarquía son sujetos de responsabilidad.

Un rasgo que salta a la vista es que en México el presidente de la República, desde 1857 en materia de responsabilidades, tiene un trato privilegiado. En México, el titular del Ejecutivo goza de inmunidad absoluta por lo que se refiere a los actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

Esto significa que no puede ser sometido a juicio político. Sólo es responsable penalmente, de manera muy limitada porque, según la Constitución, es sólo durante el tiempo que dura su encargo, por traición a la patria y delitos graves del orden y, además, no está sujeto a las reglas del procedimiento penal ordinario, ni tampoco está sujeto a las autoridades judiciales ordinarias. Sólo puede ser acusado por la Cámara de Diputados, ante la Cámara de Senadores la cual resolverá conforme a lo establecido en la legislación penal aplicable.

En otras palabras, el presidente sólo puede ser juzgado penalmente (juicio de procedencia) aunque con el procedimiento del juicio político, donde los órganos para juzgarlo también son los del juicio político; aunque las sanciones aplicables son las establecidas en la ley penal ordinaria.

Actualmente este régimen de excepción resulta inadmisible porque se está dejando en manos del Congreso; es decir, de un órgano cuyos integrantes se caracteriza por su condición política no por sus conocimientos jurídicos, la valoración de una conducta punible, esto es que sus resoluciones penales no se tomarían por la fuerza del derecho, sino por la de una mayoría parlamentaria.

Este régimen de excepción ha sido justificado por la doctrina y la jurisprudencia mexicana con un razonamiento muy similar al que sostuvieron en la Inglaterra del siglo XVII los defensores de Carlos I, quienes entonces argumentaban que por mandato de Dios el rey es infalible; hoy sostie-

nen que la irresponsabilidad política del presidente deriva de su investidura como jefe del Estado mexicano.

Un sector de la doctrina señala que en los sistemas presidenciales, el hecho de que el presidente de la República sea elegido directamente por el pueblo, imposibilita al cuerpo legislativo para poder removerlo de su cargo, pues su legitimidad deviene precisamente del pueblo. Este trato de excepción al presidente ya no se justifica en el México de nuestros días, basado en un modelo democrático cada vez con mayores pautas internacionales; hacerlo equivaldría a permitir un régimen de excepción y privilegio que resulta inadmisible en la época actual.

Es aleccionador ver que en países con menor tradición democrática que la nuestra como Guatemala, Bolivia o Ecuador, el presidente sí puede ser sometido a juicio de responsabilidad política. Está claro que bajo una perspectiva moderna un presidente democrático debe tener una mayor acotación a su actuación, por lo que debe ampliarse su rango de responsabilidades a la violación de la Constitución, al igual que los demás servidores públicos de alta jerarquía.

La alternancia política y el auge del pluralismo han sido catalizadores de un cambio. Esto explica en parte por qué a partir de 1997 cuando por primera vez ninguna fuerza política tenía la mayoría de la Cámara de Diputados, las demandas de juicio político se incrementaron exponencialmente; desde entonces se han presentado más de 100 demandas pero ninguna a la fecha ha progresado. Esta inoperancia alienta la idea de reformar esta figura constitucional.

En los últimos 25 años se han presentado 13 iniciativas de reforma constitucional al juicio político, tampoco ninguna ha progresado. Las actuales condiciones políticas del país exigen que este debate deba retomarse con parámetros democráticos, coherentes con el espíritu del juicio político que es el control en el ejercicio del poder, para evitar su ejercicio discrecional.

En este sentido, el presidente de la República debe ser sujeto de juicio político, como en 1854, y debe ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación la instancia sancionadora, no el Senado. Además, este mecanismo de control constitucional debe abrirse más para proceder contra violaciones a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y la Cámara de Diputados debe tener facultades para remover por faltas en su desempeño a los secretarios del Ejecutivo federal y a los gobernadores de los estados.

También se debe eliminar la intervención de las legislaturas locales cuando se trata de procedimientos de juicio político instaurados en contra de servidores públicos estatales. Finalmente, su reglamentación debe trasladarse de la ley de responsabilidades de los servidores públicos a la ley or-

gánica del Congreso de la Unión, haciéndose el procedimiento más claro, simple y ágil, evitando interpretaciones subjetivas.

De progresar una reforma al juicio político en este sentido, tendríamos en México un mejor sistema de responsabilidades de los servidores públicos, y como consecuencia un mejor sistema de controles democráticos.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA FIGURA DEL OMBUDSMAN EN MÉXICO

Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México.* III. *Algunos otros organismos protectores de derechos humanos surgidos después de la CNDH.* IV. *Asuntos pendientes y retos por atender en relación con la figura del Ombudsman en México.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En México a menudo cuando se habla de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos, se hace referencia exclusivamente a la figura del Ombudsman; sin embargo, este error consiste en confundir el todo con la parte, ya que si bien es cierto la institución del Ombudsman constituye una protección no jurisdiccional de los derechos humanos, ésta no es la única institución que realiza o ha realizado dicho tipo de protección.

Por otro lado, también se suele identificar como Ombudsman en México, al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), aunque en realidad no queda suficientemente claro si se trata de una institución unipersonal o si, como su nombre lo indica, es una comisión y, como el artículo 102 Apartado B lo establece, es un organismo complejo y colectivo (con un Consejo Consultivo) e incluso más aún, si en realidad se trata de todo un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los

* Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; maestro en derecho constitucional. Profesor en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y en la Universidad Iberoamericana, Campus León, Guanajuato. Especialista en temas de derechos humanos.

derechos humanos, integrado por 33 órganos de protección (la CNDH y 32 organismos locales).

De esta manera, es importante hacer notar que la protección no jurisdiccional de los derechos humanos no surgió ni se circunscribe exclusivamente a la CNDH, sino que tiene más antecedentes y existen actualmente también otras instituciones más que desarrollan tal función.

Así pues, hoy en día realizan la función de protección no jurisdiccional de derechos humanos, además de la CNDH, las comisiones u organismos de protección de derechos humanos de los estados y del Distrito Federal, constituyendo un sistema nacional de protección de los derechos humanos, siendo quizás el sistema más importante pero no el único, ya que también realizan protecciones específicas de ciertos derechos humanos, también, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y los organismos respectivos locales; el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred); la Procuraduría Agraria; la Procuraduría Federal del Consumidor; el Sistema DIF; el sistema nacional de protección de víctimas con la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y las comisiones ejecutivas locales.

Por lo expuesto, podemos advertir, que aun cuando a los titulares de las comisiones de derechos humanos u órganos de protección de tales derechos, establecidos por el artículo 102, apartado B, de la Constitución, se les denomina como Ombudsman, la función de protección no jurisdiccional es mucho más amplia y comprende además de ellos, a otras instituciones y a otros mecanismos distintos de las quejas que normalmente se tramitan ante ellos; sin embargo, tan poderosa ha sido la influencia de dichas comisiones de derechos humanos que se suele identificar en nuestro país como si fueran sinónimos, a las comisiones, al Ombudsman y a la protección no jurisdiccional de los derechos humanos.

Para ayudarnos a entender un poco mejor las cosas conviene señalar las características generales o más reiteradas que posee la institución del Ombudsman, mismas que han sido sintetizadas por el distinguido jurista y ex defensor del pueblo en España, Álvaro Gil Robles, y que son a su entender las siguientes:

- a) elección por un Parlamento constituido democráticamente;
- b) el elegido no debe ser un hombre político ni de partido, pues su neutralidad política se considera esencial;
- c) actuación independiente de toda presión del parlamentario o del gobierno;
- d) acceso directo del ciudadano al Ombudsman sin requisitos de abogado ni pago de dinero;
- e) investigación de las quejas de forma sumaria e informal con acceso directo a la documentación administrativa del caso;

f) su competencia abarca el control de las distintas administraciones públicas incluida la de justicia y la militar; g) elaborar un informe anual o extraordinario que eleva al parlamento con el resultado de sus gestiones dándose publicidad al mismo y señalando nombres de los funcionarios implicados en mala administración, y h) relativo poder sancionador sobre los funcionarios o de propuesta de sanción a los organismos competentes para ello...¹

Por su parte, Héctor Fix-Zamudio ha descrito al Ombudsman como el organismo dirigido por uno o varios funcionarios designados por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, que con el auxilio del personal técnico, posee la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones por la afectación de los derechos fundamentales de los gobernados, realizadas esencialmente por las autoridades administrativas, no sólo por infracciones legales, sino también por injusticia, irracionalidad o retraso manifiesto, y con motivo de esta investigación puede proponer sin efectos obligatorios la soluciones que estime adecuadas para evitar o subsanar dichas violaciones. Esta labor se comunica periódicamente a los más altos órganos del gobierno o del parlamento, con la atribución de sugerir las medidas legales y reglamentarias que se consideren necesarias para perfeccionar la protección de los derechos humanos.²

Obviamente estas características pueden variar relativamente de país en país, aunque un aspecto básico deberá ser siempre que cuenten con autonomía funcional. En el mismo sentido, se han señalado como características su independencia respecto de los poderes públicos y privados, el carácter no vinculatorio de sus decisiones, la agilidad y rapidez en la solución de los asuntos planteados, la autoridad moral de sus titulares, la naturaleza técnica y jurídica del propio órgano, su magistratura de opinión y su labor preventiva.³

Teniendo en mente lo anterior reseñaremos brevemente, de manera general, los principales antecedentes históricos de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México y específicamente los antecedentes históricos relativos a la figura del “Ombudsman” mexicano, o sea de la CNDH y las comisiones u órganos de protección locales.

¹ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 16 y 17.

² Álvarez de Lara, Rosa Ma., *Legislación estatal en materia de defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 8 y 9.

³ Alfonzo Jiménez, Armando, *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, Argentina, Ad-Hoc, 2010, pp. 39-52.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

La cuestión de la protección no jurisdiccional de los derechos de la persona humana no es un tema del todo nuevo en estas tierras, pues incluso podemos encontrar, por sólo citar algunos ejemplos, antecedentes tan remotos como el nombramiento que se hiciera por el cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, a principios del siglo XVI, a Bartolomé de las Casas como procurador y protector universal de todos los indios, los afanes y actividad de don Vasco de Quiroga en favor también de los indígenas, o como el Protomedicato que existió en la Nueva España para proteger la salud de las personas.⁴

Ya en el México independiente, podemos darnos cuenta cómo desde el constitucionalismo local propio de los Estados parte de la Federación, y bajo el auspicio de la Constitución de 1824, existió ya un esbozo de protección no jurisdiccional del orden constitucional y consecuentemente de los derechos por éste establecidos, como es el caso de la Constitución Política del Estado de Michoacán de 1825 que estableció, en su artículo 73, dentro de las atribuciones del gobernador la de velar sobre el puntual cumplimiento no sólo de la Constitución local, sino de la Constitución general también.⁵

Posteriormente, dentro de las siete Leyes Constitucionales (1836), la Segunda Ley Constitucional estableció el Supremo Poder Conservador, conformado por cinco individuos, al que se le asignó la función del control de la constitucionalidad y dentro de ésta, por tanto, asegurar la vigencia de los derechos establecidos en la Primera Ley Constitucional. Aunque fue y ha sido muy cuestionada la actuación de este órgano, hay que reconocer que éste es un antecedente importante de la protección constitucional y por ende también de los derechos constitucionales.

A partir de la creación del juicio de amparo en la Constitución Yucateca de 1841 y de su establecimiento a nivel nacional en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, la protección de los derechos de la persona en México se inclinó por ser realizada más a través de la vía jurisdiccional por medio del amparo, que por la vía no jurisdiccional; sin embargo, esta última no dejó de existir y como veremos a continuación existieron instituciones y mecanismos que siguieron realizándola a lo largo del tiempo, del tal suerte que a

⁴ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 152, 385-387.

⁵ *Constitución Política del Estado de Michoacán, Sancionada por el Congreso Constituyente en 19 de julio de 1825*, México, Edición Facsimilar. H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, 2002, p. 35.

pesar de, como es bien sabido, el establecimiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y los correspondientes órganos locales, se deben a la influencia de la institución escandinava del Ombudsman, no dejan de tener también una influencia propia de instituciones mexicanas preexistentes.

1. Procuraduría de Pobres en San Luis Potosí (1847)

Creada por la Ley de Procuradurías de Pobres en 1847, en San Luis Potosí. Promovida por Ponciano Arriaga.

Tenía asignado realizar acciones humanitarias y caritativas, así como funciones asistenciales.

Estaba integrada por tres procuradores cuya actuación podía ser de oficio o a petición de parte.⁶ Estos tenían entre sus atribuciones realizar visitas a oficinas públicas, formular quejas, y formular recomendaciones a las autoridades que incumplían con sus funciones.⁷

2. La Suprema Corte y la facultad de investigación de violaciones graves a garantías individuales (1917)

La Constitución de 1917, adicionalmente a las funciones jurisdiccionales de protección constitucional de las garantías individuales, asignadas a la Suprema Corte, también le encomendó a través del artículo 97 la facultad de investigación, para averiguar de oficio o a petición de parte algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual o la violación del voto público. Dicha facultad subsistió hasta la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que transfirió la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).⁸

⁶ Acuña Llamas, Francisco Javier, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos una institución a medio camino*, 2a. ed., México, Universidad Anáhuac del Sur-Grupo Mandala Editores, 2003, P. 67 y Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, cit., pp. 11-13.

⁷ Castañeda, Mireya, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 25.

⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 359-366, 387 y 388.

3. Procuraduría Federal del Consumidor (1976)

Fue creada en 1976, como un organismo descentralizado con funciones de autoridad y con personalidad jurídica y patrimonios propios. Su objeto es defender los derechos, dignidad y patrimonio de los ciudadanos consumidores.

Es una instancia de arbitraje conciliatorio entre consumidores y proveedores de bienes y servicios, y realiza acciones preventivas de inspección y vigilancia, así como sancionatorias (multas, clausuras). Esta institución tiene una inspiración y parecido con el Ombudsman sueco de los consumidores.⁹ Fue la primera institución de este tipo en Latinoamérica aunque ya existían instituciones semejantes en países como Suecia, Noruega y Dinamarca.¹⁰

*4. Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos
del Estado de Nuevo León (1979)*

Creada por Ley en 1979 en el estado de Nuevo León, como una gestoría ante autoridades (municipales, estatales y federales) instándolas a resolver de oficio o a solicitud de particulares, y gratuitamente, sobre reclamaciones de la ciudadanía en cuanto a las obligaciones de éstas. La ley que la estableció proponía se crearan oficinas en todo el territorio del estado de Nuevo León. Era un órgano dependiente del gobierno del Estado.¹¹

5. Procuraduría de Vecinos del Municipio de Colima (1983)

Creada por el Ayuntamiento de Colima el 21 de noviembre de 1983, con un funcionamiento acotado en la esfera de la administración municipal. Tuvo poca utilidad práctica.¹²

*6. Defensoría de los Derechos Universitarios
de la Universidad Nacional Autónoma de México (1985)*

Creada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en mayo de 1985, a propuesta del rector Jor-

⁹ Acuña Llamas, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 57-59.

¹⁰ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ Acuña Llamas, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 63.

¹² *Ibidem*, p. 62.

ge Carpizo, como una institución tipo Ombudsman de los derechos de los universitarios. Se creó como un valladar ante la actuación irracional, negligente y defectuosa de órganos y autoridades (docentes y administrativas) universitarias en perjuicio de alumnos y profesores.

Surgió con la idea de prevenir y resolver conflictos al interior de la universidad en el marco de su autonomía, investigando y proponiendo soluciones a las autoridades universitarias.¹³ Se le autorizó para recibir quejas individuales por parte de estudiantes y personal académico por posibles afectaciones a sus derechos amparados por la legislación universitaria.¹⁴

El proyecto de estatuto de esta institución lo formuló el distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, siendo el primer defensor el jurista Jorge Barrera Graf.¹⁵

7. Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca (1986)

Creada en septiembre de 1986 en el estado de Oaxaca.¹⁶

8. Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero (1987)

Creada en abril de 1987 en el estado de Guerrero.¹⁷

9. Procuraduría de Protección ciudadana del Estado de Aguascalientes (1988)

Establecida con fundamento en la reforma promovida por el ejecutivo estatal de Aguascalientes, en la revisión de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de Aguascalientes, en agosto de 1988.

Esta figura se encontraba localizada en el capítulo de medios para lograr determinar las responsabilidades de los servidores públicos. Era un órgano dependiente del Poder Ejecutivo del estado.

Su función era la de resolver quejas presentadas por personas afectadas por las violaciones de las obligaciones de los servidores públicos, investigando y buscando esclarecer la verdad en relación con la queja y ver que

¹³ *Ibidem*, p. 60 y 61.

¹⁴ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ *Idem*.

se aplique la ley. Se trataba de un mecanismo de autocontrol del ejecutivo. Su titular fundador fue Miguel Sarre Iguíñez,¹⁸ quien realizaría un papel sobresaliente y de un verdadero Ombudsman impulsando grandemente la defensa de los derechos humanos en Aguascalientes, y generando un ejemplo a seguirse en subsecuentes instituciones análogas.

10. *Defensoría de los Derechos de los Vecinos del Municipio de Querétaro (1988)*

Creada por acuerdo del Ayuntamiento, el 7 de octubre de 1988, con la finalidad de: “Que la ciudadanía cuente con una instancia que procure el respeto de sus derechos”.

El 22 de diciembre de 1988 se publicó el reglamento de sus competencias, el cual en su exposición de motivos afirmaba su derivación del Ombudsman sueco y de otras figuras mexicanas.¹⁹

11. *Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal (1989)*

Creada en 1989 por acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal, como “vía expedita, gratuita y sin formalidades procedimentales que no constituye instancia ejecutiva ni jurisdiccional dotada de la facultad de mediar o intentar una composición amigable”.²⁰

Su función básicamente era velar porque los actos administrativos de las autoridades dependientes del propio Departamento del DF se ajustaran a los principios de legalidad, eficiencia, honestidad y oportunidad, mejorando la prestación de los servicios públicos.²¹

Se trataba de un canal de desahogo de tensiones políticas y sociales.

12. *Comisión Nacional de (los) Derechos Humanos (1990)*

La Comisión Nacional de Derechos Humanos surgió con similitudes a la figura del Ombudsman escandinavo aunque como bien señaló en aquel entonces Jorge Carpizo, no eran exactamente lo mismo.²²

¹⁸ Acuña Llamas, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 63-65 y Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman, cit.*, pp. 12-14.

¹⁹ Acuña Llamas, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

²⁰ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

²¹ Álvarez de Lara, Rosa Ma., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

²² Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 15.

Efectivamente, esta institución tiene una inspiración en la figura del Ombudsman surgido en Suecia con la Constitución de 1809, y que posteriormente se abriría camino en el mundo iberoamericano, en 1975 en Portugal con el Promotor de la Justicia, en España en 1978 con el Defensor del Pueblo, en 1982 en Costa Rica con la Procuraduría de los Derechos Humanos, y en Guatemala en 1985 con el Procurador de los Derechos Humanos.²³ Todas estas instituciones servirían de inspiración y antecedente, conjuntamente con los antecedentes mexicanos de la propia protección no jurisdiccional de los derechos humanos que ya hemos señalado, para dar forma y para la conformación del “Ombudsman mexicano” en la figura de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), y que con el tiempo cambiaría su denominación por la de Comisión Nacional de “los” Derechos Humanos. De esta manera, la CNDH vendría a constituir en México una institución de las que Jorge Madrazo catalogaría bajo la denominación de “Ombudsman Criollo”, para referirse de esta manera a las instituciones surgidas en los países de América Latina, mezcla de una paternidad sueca y una maternidad española y que al nacer en suelo americano se impregnaría de los matices y características propias de estas tierras dando origen a un tipo especial de Ombudsman.²⁴

Efectivamente, la CNDH traerá en su génesis la influencia del Ombudsman sueco y las figuras que le antecedieron como el Preboste, el Högste Ombudsmannen (procurador supremo) y el Justitie Kansler (canciller de justicia),²⁵ pero también la influencia hispana del Defensor del Pueblo y figuras históricas semejantes, que le antecedieron como el Sahíb Al-Mazalim (señor de las injusticias) en la España Musulmana y el Justicia Mayor de Aragón en la España Medieval (Cortes de Egea 1265),²⁶ a lo cual se sumará también la influencia de las instituciones de protección no jurisdiccional de derechos de la persona que se dieron en nuestro país y a las cuales ya hemos hecho referencia.

Así, de esta manera en México el origen de la CNDH se remonta al 13 de febrero de 1989, fecha en la que se había creado la Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, la cual posteriormente se transformaría para crearse la Comisión Nacional de Derechos Huma-

²³ *Ibidem*, p. 16.

²⁴ Alfonzo Jiménez, Armando, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

²⁵ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, p. 13, y Alfonzo Jiménez, Armando, *op. cit.*, pp. 36 y 37

²⁶ Rebollo Delgado, Lucrecio, *La institución del Ombudsman en España*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 26 y 27, 37-41.

nos²⁷ al año siguiente, por acuerdo presidencial (decreto administrativo del 5 de junio de 1990²⁸), siendo entonces presidente Carlos Salinas de Gortari. El decreto de su creación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990, entrando en vigor ese mismo día de su publicación.²⁹

La CNDH surgió como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, bajo el Ejecutivo Federal y tuvo como primer titular al distinguido jurista Jorge Carpizo, quien fue nombrado por el presidente de la República. En esta primera comisión se contó con un Consejo integrado por personas de reconocido prestigio en la sociedad, entre los que se encontraban: Héctor Aguilar Camín, Guillermo Bonfil Batalla, Carlos Escandón Domínguez, Javier Gil Castañeda, Carlos Fuentes, Óscar González César, Carlos Payán Velver, César Sepúlveda, Rodolfo Stavenhagen y Salvador Valencia Carmona, teniendo como secretario técnico del Consejo al ex director general de derechos humanos Luis Ortiz Monasterio y como secretaria ejecutiva a Rosario Green, y como primer y único visitador a Jorge Madrazo Cuellar.³⁰ Su reglamento interno se dio el 1º. de agosto de 1990, y fue elaborado por el propio Consejo de Ciudadanos Notables.

En 1992 se dio su constitucionalización, transformándola en virtud de la reforma constitucional que se hizo al apartado B del artículo 102. Con esta reforma se mandataba la creación de organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, tanto por parte tanto del Congreso de la Unión como por las legislaturas de los estados, dando así surgimiento a un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, compuesto por una comisión nacional y por las comisiones u órganos que se establecieran en el ámbito estatal.

Estos organismos conocerían de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violaran los derechos humanos otorgados por el orden jurídico mexicano. Tendrían la facultad de formular recomendaciones públicas, autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante autoridades respectivas. Serían incompetentes en asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

²⁷ El artículo 4º. transitorio del Decreto que creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos estableció que los recursos con los que contaba la Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación pasarían a formar parte del órgano desconcentrado que se creaba por dicho ordenamiento.

²⁸ Alfonzo Jiménez, Armando, *op. cit.*, p. 67.

²⁹ Narváez Hernández, José Ramón, *Breve historia del Ombudsman en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp. 11-16.

³⁰ *Ibidem*, p. 9.

La CNDH conocería de las inconformidades que se presentaron en contra de las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los órganos equivalentes de los estados, con lo cual se estableció un auténtico sistema nacional de Ombudsman o de protección no jurisdiccional de los derechos humanos.

Posteriormente, con la reforma de 1999 se convirtió a la CNDH en un órgano constitucional autónomo, estableciendo que tanto su presidente como su Consejo Consultivo serían elegidos por mayoría calificada del Senado y en sus recesos por la Comisión Permanente. Se le dio también a la CNDH autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio. Igualmente, se estableció la obligación del presidente de la CNDH de presentar anualmente a los poderes de la Unión un informe de actividades, compareciendo ante las cámaras del Congreso en los términos que dispusiera la ley.

Con el paso del tiempo varias reformas más han ido dándole forma y consolidando a la institución del Ombudsman en México encarnado por la CNDH.

III. ALGUNOS OTROS ORGANISMOS PROTECTORES DE DERECHOS HUMANOS SURGIDOS DESPUÉS DE LA CNDH

La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México como ya vimos no se inició exclusivamente con la creación de la CNDH y tampoco quedó reducida a ella, sino que posteriormente a su surgimiento, se fueron estableciendo también algunos otros organismos que de una u otra manera y a veces en cierta rama o materia específica, también realizarían la función de la protección de derechos humanos por la vía no jurisdiccional, y entre los cuales podemos señalar, a manera de ejemplo, los siguientes:

1. *Instituto Federal Electoral (IFE), 1990 - Instituto Nacional Electoral (INE), 2014*

Como resultado de las reformas constitucionales en materia electoral de 1990, el Congreso de la Unión expidió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) y se ordenó la creación del Instituto Federal Electoral (IFE) a fin de contar con una institución imparcial que pudiera dar certeza, transparencia y legalidad a las elecciones,³¹ y a través

³¹ <http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/menuitem.cdd858023b32d5b7787e6910d08600a0/>.

de distintas reformas tanto legales como constitucionales se fue reforzando su autonomía, independencia, estableciéndolo como un órgano constitucional autónomo (artículo 41 de la Constitución). A este órgano del Estado no sólo se le encomendaría llevar a cabo el proceso electoral sino también la defensa del sufragio y del sistema democrático, así como velar y garantizar la autenticidad y efectividad del voto, con lo cual tendría a partir de entonces un papel importante en la cuestión de la protección no jurisdiccional de los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos (que también son derechos humanos).

En 2014 una reforma constitucional transformaría al Instituto Federal Electoral (IFE) en una autoridad de carácter nacional: el Instituto Nacional Electoral (INE), con el fin de homologar los estándares de organización de los procesos electorales tanto federales como locales, así como para garantizar altos niveles de calidad en la democracia electoral.³²

2. Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), 1996

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano descentralizado de la Secretaría de Salud, que fue creado por decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 1996, para contribuir a tutelar el derecho a la protección de la salud así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos. Es una institución que tiene por objeto contribuir a resolver en forma amigable y de buena fe los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de los mismos. Tiene atribuciones para recibir quejas, investigar presuntas irregularidades en la prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, los cuales permiten solucionar los conflictos.³³

3. Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), 1999

Surgió en virtud de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, expedida el 18 de enero de 1999. Esta institución fue concebida como una entidad encargada de promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios de servicios financieros, y actuar como

³² <http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/menuitem.cdd858023b32d5b7787e-6910d08600a0/>.

³³ http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/funciones.pdf.

árbitro en los conflictos que éstos sometan a su competencia, buscando proveer la equidad en las relaciones entre los mismos usuarios y las instituciones financieras.³⁴

La Condusef, de acuerdo con su estatuto orgánico, es un organismo público descentralizado de la administración pública federal, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,³⁵ cuenta con autonomía técnica y jurídica para dictar sus resoluciones y laudos, facultades de autoridad para imponer las sanciones correspondientes, así como las atribuciones y obligaciones que le confiere la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros y las demás leyes, reglamentos y disposiciones aplicables que hagan referencia a la Comisión Nacional.³⁶

4. Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), 2001

El 5 de julio de 2001 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto de Creación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) que estableció la organización y funcionamiento de un órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía técnica, administrativa y operativa, responsable del ejercicio de las atribuciones en materia de regulación, control y fomento sanitarios en los términos de la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables.³⁷

Entre sus atribuciones se le encomendó el control y vigilancia de los establecimientos de salud, la prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales de la salud del ser humano, el control sanitario de productos y servicios, así como equipos médicos, insumos, prótesis, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos, el control sanitario de la publicidad en la materia, el control sanitario de disposición de órganos, tejidos, y sus componentes así como células de seres humanos, y también el control sanitario de las donaciones, y trasplantes de órganos y tejidos.³⁸

5. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), 2003

Órgano de Estado que fue creado por la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, aprobada el 29 de abril de 2003 y publicada en

³⁴ http://www.condusef.gob.mx/PDF-s/Comunicados/2010/Ley_2009_version_2010.pdf.

³⁵ <http://www.condusef.gob.mx/index.php/conoces-la-condusef>.

³⁶ http://www.condusef.gob.mx/PDF-s/marco_juridico/estatuto.pdf.

³⁷ <http://www.cofepris.gob.mx/cofepris/Paginas/Historia.aspx>.

³⁸ <http://www.cofepris.gob.mx/cofepris/Paginas/Historia.aspx>.

el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de ese año. A dicho Consejo se le asignó la tarea de promover políticas y medidas tendientes a contribuir al desarrollo cultural y social y avanzar en la inclusión social garantizando el derecho a la igualdad establecido en el artículo 1o. constitucional. También se le encargó recibir y resolver las reclamaciones y quejas por presuntos actos discriminatorios cometidos por particulares o autoridades federales en el ejercicio de sus funciones, recomendándosele también desarrollar acciones para proteger a todos los ciudadanos y ciudadanas de toda discriminación.

El Conapred es una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propios sectorizada a la Secretaría de Gobernación y que goza de autonomía técnica y de gestión, adoptando sus decisiones con independencia y sin estar subordinada a ninguna autoridad para sus resoluciones en los procedimientos de reclamaciones o quejas (artículo 16 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación).³⁹

6. *Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2002 - Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), 2014*

El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública fue creado por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002, como un organismo autónomo encargado de garantizar a todas las personas el acceso a la información pública y la protección de sus datos personales que posee el gobierno federal.⁴⁰

En virtud de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, estableció la constitucionalización de este ente determinando sus reglas generales de organización, su integración y nombramiento de manera semejante a como en su momento se hizo con la CNDH.⁴¹

Por lo anterior, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) se transformó en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), tras

³⁹ http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=38&id_opcion=15&op=15.

⁴⁰ <http://inicio.inai.org.mx/SitePages/marcoNormativo.aspx>.

⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 34-36.

la publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada el 4 de mayo de 2015.⁴²

A este Instituto se le otorgó la misión de proteger y garantizar el derecho a de los ciudadanos a la información pública gubernamental y a la privacidad de sus datos personales (artículo 6o. constitucional).⁴³

Es importante señalar que en esta materia se han creado también en el ámbito de las entidades federativas institutos con funciones semejantes e incluso se ha creado todo un sistema nacional de protección en la materia.

7. Otros organismos que realizan protección no jurisdiccional de los derechos de la persona humana

Finalmente, es preciso señalar que adicionalmente a estos órganos que hemos mencionado existen otros que realizan también funciones de protección no jurisdiccional de derechos como pueden ser tanto a nivel federal como local, entre los cuales podemos encontrar al Sistema DIF, la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, las Procuradurías de Protección al Medio Ambiente (Profepa), las procuradurías del Menor, de la Mujer, de Indígenas, Procuraduría Agraria, Procuraduría de Defensa del Contribuyente (Prodecon), comisiones ejecutivas de atención de víctimas, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), etcétera.

Incluso es preciso anotar que la protección no jurisdiccional de los derechos humanos se ha ampliado considerablemente en virtud de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que estableció en el artículo 1o. la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte, con lo cual podemos decir que la protección no jurisdiccional será más generalizada y difusa.

Del mismo modo y aunque no se trata de un organismo, órgano o autoridad nacional mexicana, no debemos olvidar la labor que ha venido realizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con nuestro país, ejerciendo también una verdadera función de protección no jurisdiccional de los derechos humanos a través de sus diversos procedimientos.

⁴² <http://mexico.cnn.com/nacional/2015/05/06/el-ifai-cambia-de-nombre-a-inai-tras-aprobacion-de-ley-de-transparencia>.

⁴³ <http://inicio.inai.org.mx/SitePages/misionVisionObjetivos.aspx>.

mientos que son de su competencia y que son de beneficio para todos los países sujetos al sistema de protección interamericana y entre los cuales se encuentra México.⁴⁴

Del mismo modo pueden considerarse también coadyuvantes en la función de protección no jurisdiccional de los derechos humanos los llamados órganos de los tratados o comités de los pactos, del sistema de protección universal de los derechos humanos, y respecto de los cuales nuestro país ha admitido su competencia.

Por todo lo anterior, podemos válidamente concluir que actualmente y desde hace ya tiempo, existe en México un control difuso de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales por la vía no jurisdiccional.

IV. ASUNTOS PENDIENTES Y RETOS POR ATENDER EN RELACIÓN CON LA FIGURA DEL OMBUDSMAN EN MÉXICO

- La cuestión relativa a si la CNDH y los organismos locales respectivos son realmente órganos colegiados o si se trata de una institución unipersonal como el Ombudsman, en virtud de la existencia de un Consejo y un presidente, con atribuciones no siempre perfectamente definidas y coordinadas. Ello en ocasiones ha llegado a generar que o bien el Consejo de esta institución rivalice con el presidente de la misma, o prácticamente desaparezca sin funciones realmente relevantes, figurando únicamente en todo el presidente.
- Otro aspecto sin duda relevante es el de la independencia y autonomía real tanto de la CNDH como de los órganos de protección locales, ya que no ha bastado establecerlo en su regulación constitucional, pues aun cuando se ha quitado intervención al Poder Ejecutivo, por otra parte, se ha partidizado su nombramiento (cuotas de partidos) y con ello desgraciadamente, mezclado el tema político en su funcionamiento, sobre todo en las instituciones de los estados.

Igualmente, es preciso asegurar una cierta autonomía financiera, a efecto de paliar su vulnerabilidad presupuestal (sobre todo en los organismos locales), misma que les obliga a gestionar ante el Poder Legislativo, y a veces también ante el Ejecutivo, se les conceda un presupuesto aceptable, lo cual les pone a estos organismos

⁴⁴ Para una mejor comprensión de dichas funciones se sugiere ver la obra de Arp, Björn, *Las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una guía práctica*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

o bien en una situación de cierta sumisión o cuando menos en una situación delicada.

Es importante lograr que el Ombudsman tenga una autonomía e independencia no sólo *de iure* sino *de facto*.

- Por lo anterior, se precisa mejorar también los procesos de selección y nombramiento de sus titulares más allá de los procedimientos constitucionales debiendo definirse requisitos y perfiles deseables para las personas que han de integrar estos órganos, estableciendo la obligación de que los órganos legislativos que los eligen justifiquen públicamente y de manera formal la decisión de su elección.

Es fundamental que las personas que se elijan para integrar estos órganos sean conocedoras a profundidad de la materia de los derechos humanos, de reconocido prestigio, solvencia moral, conducta intachable así como con una neutralidad política, lo cual les permita tener una verdadera autoridad moral a la hora de pronunciarse y emitir sus recomendaciones.

Igualmente es preciso también entrar a definir la cuestión de la duración del cargo de su titular, el cual debe ser no por poco tiempo, pero tampoco demasiado, para evitar que llegue a suceder lo ocurrido en el caso del estado de Guerrero, que tuvo un Ombudsman “vitalicio”.

- Como sabemos la CNDH y los órganos correspondientes locales emitirán recomendaciones públicas, no vinculatorias, por ello se hace necesario para que éstas tengan la fuerza “moral” suficiente para compelir a que sean cumplidas, el que dichas recomendaciones gocen de una amplia publicidad, concediendo acceso a los medios de comunicación en los tiempos oficiales como ocurre con los tiempos asignados a los partidos políticos, a fin de que se den a conocer a la población en general de la manera más ampliamente posible.

Otra cuestión relevante a discutir, es el tema relativo a la conveniencia o no, del establecimiento de figuras semejantes a un Ombudsman municipal, figuras que ya existen en algunos lugares del país.

- Igualmente, desde hace tiempo se ha venido manejando la cuestión relativa a la necesidad de establecer un Ombudsman militar en México,⁴⁵ cuestión que en los tiempos más recientes se ve más que necesaria, debido a las graves violaciones de derechos humanos que

⁴⁵ Sobre esta cuestión uno de los principales promotores ha sido el general José Francisco Gallardo Rodríguez, y para más detalles se recomienda ver su obra: Gallardo Rodríguez,

han ocurrido en el país, imputables a las fuerzas armadas, no sólo hacia la ciudadanía sino también hacia su interior con sus propios miembros.

- Un aspecto que también debe ser abordado es la posibilidad de que el Ombudsman pueda conocer de quejas o denuncias en contra de particulares y no sólo de autoridades, actualizándolo con los nuevos paradigmas que se viven actualmente en materia de derechos humanos.
- En cuanto al ámbito de sus funciones resulta importante empezar a discutir y determinar el valor que deben tener los protocolos de actuación y manuales que emitan estas instituciones, del mismo modo que la validez y fuerza que deben tener las medidas cautelares que determinen, así como también la pertinencia del establecimiento de criterios a modo de precedente o “jurisprudencia”⁴⁶ en materia de derechos humanos.

Igualmente, resultaría quizás importante dotar a la CNDH de la facultad de poder interponer juicios de amparo, facultad que no resulta descabellada, toda vez que ya tiene la facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 constitucional).

Así mismo, sería interesante ver la posibilidad de dotarles de cierto poder sancionador en el caso de incumplimiento de medidas cautelares, de entorpecimiento de sus procedimientos de investigación y negativa de acceso a lugares y documentación

- Otra cuestión que es importante tratar es algo que podríamos llamar la “Ombudsman-manía”, que tiene que ver con la proliferación a partir de los años noventa, de organismos que de algún modo u otro protegen los derechos humanos de las personas, lo cual ha generado una cierta competencia y rivalidad del Ombudsman con otros organismos semejantes, situación que puede crear confusión o también superposición de competencias. Es conveniente tal vez, analizar y explorar la posibilidad de fusionar algunos creando quizás un órgano más fuerte con secciones especializadas por áreas temáticas.
- Un aspecto sumamente importante para el Ombudsman en México

José Francisco, *La necesidad de un Ombudsman militar en México*, México, Flores Editor y Distributions, 2012.

⁴⁶ Sobre esta última cuestión ver a Soberanes Fernández, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2002, pp. 189-202.

es su vinculación y articulación con las organizaciones de la sociedad civil, que se dedican a la defensa y protección de los derechos humanos, y dejar de ser como a veces parece un vocero oficial del Estado. Los tiempos que corren exigen que el Ombudsman esté del lado de la sociedad civil y no del gobierno. Que trabaje con y para la sociedad.

- El Ombudsman (CNDH) es una institución joven en México, pues al año que corre (2015) apenas cuenta con 25 años de vida, 23 de su constitucionalización y 16 de su autonomía, por lo cual, como dice Francisco Acuña Llamas, aún es una institución “a medio camino”,⁴⁷ que tiene muchos aspectos por pulir y consolidar y, sobre todo, adecuar a la nueva realidad social y jurídica.

V. CONCLUSIÓN

La protección no jurisdiccional de los derechos humanos ha sido y es parte importante y vital del sistema jurídico mexicano, y dentro de ésta el Ombudsman (CNDH y organismos locales) juega un papel fundamental no sólo en lo que hace a la protección de los derechos en sí, sino también en la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho. Su funcionamiento no es opuesto ni sustitutivo de la protección jurisdiccional de los derechos humanos (amparo) sino más bien complementario. Evidentemente nos quedan muchos retos por sortear y muchas metas por lograr, pero en definitiva podemos decir que estos primeros 25 años de vida de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por tanto del llamado Ombudsman mexicano, han sido positivos, intensos y fructíferos. Esperemos que la institución se consolide y mejore en su funcionamiento y que tenga así cada vez un mayor prestigio y reconocimiento social así como una larga vida.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, *El Ombudsman contemporáneo, entre la fidelidad al origen y el experimentalismo institucional*, México, H. Cámara de Diputados-Fundación Konrad Adenauer-Comisión Nacional de Derechos Humanos-Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Zacatecas-Miguel Ángel Porrúa, 2005.

⁴⁷ Acuña Llamas, Francisco Javier, *op. cit.*

- ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos una institución a medio camino*, 2a. ed., México, Universidad Anáhuac del Sur- Grupo Mandala Editores, 2003.
- AGUILA CUEVAS, Magdalena, *Manual de capacitación derechos humanos. Enseñanza-aprendizaje-formación*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- ALFONZO JIMÉNEZ, Armando, *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, Argentina, Ed. Ad-Hoc, 2010.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa Ma., *Legislación estatal en materia de defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991
- ARP, Björn, *Las Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Una Guía Práctica*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.
- CARBONELL, Miguel *et al.*, *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, Porrúa-UNAM, 2008.
- CASTAÑEDA, Mireya, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Constitución Política del Estado de Michoacán, Sancionada por el Congreso Constituyente en 19 de julio de 1825*, edición facsimilar, México, H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, 2002.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 175a. ed., México, Porrúa, 2015.
- CRUZ BRANEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, José Francisco, *La necesidad de un Ombudsman militar en México*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Luis Fernando (coord.), *Estudios en homenaje al 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Fundap, 2008.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, México, Limusa- Grupo Noriega Editores, 1999.

IBÁÑEZ AGUIRRE, José Antonio y SALCEDO GONZÁLEZ, Sandra (coords.), *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013.

Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 30, 2000.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *Breve historia del Ombudsman en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

Principios de París con Respecto al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, adoptados en los encuentros internacionales de las instituciones nacionales de los Derechos Humanos y adoptados posteriormente en 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *La institución del Ombudsman en España*, Madrid, Dykinson, 2013.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2002.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Sonia ESCALANTE LÓPEZ*

SUMARIO: I. *A manera introductoria.* II. *Avance de la justicia constitucional local.* III. *La omisión legislativa en el quehacer parlamentario.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes consultadas.*

I. A MANERA INTRODUCTORIA

En este análisis abordamos algunos aspectos de la justicia constitucional local, tomando como parámetro las reformas constitucionales que se realizaron en 1987, 1994, 1995 y 1996, las cuales impactaron en la transformación de las Constituciones locales, teniendo como fin la creación de salas constitucionales y tribunales constitucionales al interior de los poderes judiciales, asimismo se construyeron novedosos medios de control constitucional, como la omisión legislativa, el juicio de protección de los derechos humanos local, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, lo anterior sumado a la reforma a la Constitución federal del 10 de junio de 2011 sobre derechos humanos, para realizar el estudio de este tema abordamos para su desarrollo los métodos siguientes: análisis, sistemático, histórico y de síntesis.

El tema reviste importancia en cuanto a su fin de solución de conflictos de control constitucional y en aras de la reforma a la Constitución federal en el tema de derechos humanos, que originó la sentencia de la Corte Interamericana sobre el *caso Rosendo Radilla vs. Estado Mexicano* y el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, impactando en la transformación del control concentrado a un control difuso de constitucionalidad y difuso *ex officio* de convencionalidad, lo que fortalece la efec-

* Doctora en derecho; presidenta del Instituto Sinaloense de Profesores de Derecho Procesal Constitucional Dr Gonzalo M Armienta Calderón, A.C.; nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt; investigadora y capacitadora en el Instituto de Investigaciones Parlamentarias del Congreso del Estado de Sinaloa.

tividad de la justicia constitucional y la supremacía de nuestra ley suprema, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de las Constituciones locales, en donde todos los jueces en el ámbito de su competencia pueden desaplicar una norma que sea contraria a la Constitución a los tratados internacionales, y que violente derechos humanos.

Así pues, la justicia constitucional en relación con el control constitucional aparece como una garantía de la democracia, la fuerza normativa implica la vinculación regulada y política de los poderes públicos, la Constitución es un cuerpo de estipulaciones sencillas y precisas que indican dónde debe trazarse el límite de las prerrogativas, en donde comienzan los derechos humanos y hasta dónde llegan las facultades del gobierno, así que toda historia constitucional tiene la misma forma de definiciones, de métodos y de mecanismos.¹

II. AVANCE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

La justicia constitucional como técnica garantizadora de libertad y como estudio sistemático de las garantías constitucionales, tuvo su aparición en México precisamente en las Constituciones locales, basta recordar el origen del juicio de amparo en la Constitución de Yucatán en 1840 y ya antes de 1840 se comparaba el texto local o decreto a la luz de la Constitución federal de 1824.

El precedentes de mayor relevancia de la justicia constitucional en México es con la obra en 1956 de Héctor Fix-Zamudio, iniciando su sistematización científica con la expresión de derecho procesal constitucional, a más de 59 años de este estudio, analizaremos cuál ha sido su avance en las entidades federativas, de ahí su expresión de derecho procesal constitucional término que se ha utilizado en distintos países, latinoamericanos y europeos.²

A saber, el Poder Judicial con facultades para interpretar la Constitución y para ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes y para el caso del estudio del federalismo mexicano, representa la más poderosa y eficaz garantía que la Constitución otorga al sistema federal.³ En este

¹ Wilson, Woodrow, *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Federico González Garza, México, Editorial Cultura, 1922, p. 15.

² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2003.

³ Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano, Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 2004, p. 34.

trabajo se realiza un recorrido por los Estados precursores que fueron los iniciadores en la construcción de salas y medios de control constitucional y tribunales jurisdiccionales a partir de 2000.

Las reformas a la Constitución federal de 1987 y 1994, 1995 y 1996, además de consolidar al Poder Judicial como un Tribunal Constitucional, orientaron a las entidades federativas para que éstas reformarán su Constitución, con una tendencia hacia la descentralización, es así que el estado de Veracruz, en el año 2000, fue el primero que construyó una sala constitucional y diversos medios de control constitucional, como la omisión legislativa, acción constitucional y la controversia constitucional, seguido de Coahuila en 2001, considerando las garantías constitucionales, de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; en ese mismo 2001 Tlaxcala hizo lo propio con el juicio de protección constitucional, juicio de competencia, juicio de inconstitucionalidad, juicio de omisión legislativa, por último de todos estos estados iniciadores.

En este mismo asunto, en 2001 Guanajuato también reformó su Constitución y estableció la competencia al Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, para resolver sobre las acciones abstractas de inconstitucionalidad, y las controversia legales; se suma Chiapas en el año de 2002 considerando a la Sala Superior del Tribunal Superior de Justicia como guardián de la Constitución, y posteriormente con la construcción de un Tribunal Constitucional dentro del mismo Poder Judicial, los medios de control constitucional se visualizaron en la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, y la omisión legislativa, de la cual a pesar que data del año 2000, no se ha presentado ninguna omisión legislativa ante el tribunal jurisdiccional.

Asimismo, en el estado de Quintana Roo, en el año 2003, se instaura una Sala Constitucional y Administrativa (integrado por un magistrado numerario) adscrita al Tribunal Superior de Justicia, al que le corresponde formular los proyectos de resolución que debe de decidir el Pleno del Tribunal, al magistrado le corresponde formular los proyectos que deberá conocer y resolver el pleno, sobre controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa; en 2004 se reforma la Constitución de Nuevo León, otorgándole al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer y resolver sobre las controversias de inconstitucionalidad local, de la acción abstracta de inconstitucionalidad, de la cual se le otorgó competencia; sobre el Estado de Querétaro se fortalece la justicia constitucional en 2008 con la reforma constitucional y la nueva Ley de Jurisdicción Constitucional de 2009 y con la construcción de la acción abstracta de inconstitucionalidad, acción por omisión legislativa, juicio de protección de

derechos fundamentales (amparo local) y juicio de protección de derechos colectivos difusos.

Al realizar un análisis de los medios de control que expresamos, podemos observar que en las entidades federativas, prevalecen la acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, y el juicio de protección de los derechos humanos (amparo local), de esta última garantía constitucional solo tres Estados la contemplan en sus Constituciones, la cual sólo procede contra actos violatorios de derechos humanos contenidos en la Constitución local. Según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2010 antes de la reforma a la Constitución Federal del 10 de junio de 2011, en el caso de Querétaro establece que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales previstos en la Constitución local, así como en los expresados en los tratados internacionales.

Sobre el juicio de protección de los derechos humanos local al resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación en amparo directo señalando que este procede contra las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en materia de derechos humanos, argumentando que si bien el federalismo constitucional autoriza que las Constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución general y las Constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales (derechos humanos) reconocidas en la ley fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional, lo que se busca garantizar tratándose de esos fallos a través del juicio de amparo directo. Por ello, los tribunales colegiados de circuito, lejos de actuar como jueces del orden jurídico federal, funcionan como jueces de la Constitución federal en ese supuesto, salvo la materia electoral, la cual está sujeta a un sistema de regularidad constitucional especializado.⁴

Aquí es relevante expresar que a la fecha al no considerar los derechos humanos en las Constituciones locales, basta razonar sobre los tratados internacionales de derechos humanos que a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, obliga a todas las autoridades en el ámbito de su competencia a interpretar las Constituciones a la luz de los tratados internacionales, de tal forma advierto que posterior a esta reforma se edifica otro paradigma en nuestro país en temas relacionados con la justicia cons-

⁴ Tesis: P./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5.

titucional y la protección a los derechos humanos abriendo la ventana a un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*.

Ahora bien, en lo que se refiere al estado de Sinaloa sobre este tema del control constitucional, conoce el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia para resolver sobre la controversia constitucional, figura que data en la Constitución de Sinaloa de 1984 (31 años) y su ley reglamentaria de 1998 (17 años), paradójicamente hasta la fecha nunca se ha presentado una controversia constitucional en la que deba de resolver el Tribunal de Justicia de Sinaloa, sin embargo, se han presentado controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dejando a un lado la justicia constitucional local.

En resumidas cuentas, a propósito de la efectividad de las garantías constitucionales en el estado de Tlaxcala, por ejemplo, en 14 años de la implementación de los órganos de control y las garantías constitucionales, se han resuelto 71 asuntos relacionados con el juicio de protección, es decir, un promedio de 5 asuntos por año, 26 de juicio de competencia, un asunto y medio por año, 1 del juicio de inconstitucionalidad, y 6 omisiones legislativas.

<i>Año</i>	<i>Juicio de protección</i>	<i>Juicio de competencia</i>	<i>Juicio de inconstitucionalidad</i>	<i>Juicio de omisión legislativa</i>
2002	1	1	0	0
2003	0	5	0	0
2004	1	1	0	3
2005	2	5	0	0
2006	8	0	0	1
2007	1	4	0	0
2008	5	1	1	0
2009	2	6	0	0
2010	13	2	0	1
2011	11	0	0	0
2012	9	0	0	0

Año	Juicio de protección	Juicio de competencia	Juicio de inconstitucionalidad	Juicio de omisión legislativa
2013	2	1	0	0
2014	13	0	0	1
2015	3	0	0	0
Total	71	26	1	6

FUENTE: Infomex-transparencia, Tlaxcala, 10. de octubre de 2015.

En el estado de Veracruz desde el año 2000, con la construcción del órgano constitucional y los medios de control constitucional, al año 2015 se han resuelto: una acción de inconstitucionalidad, una controversia constitucional, treinta y tres juicios de protección de derechos humanos, y ninguna omisión legislativa.⁵

Mecanismos de control constitucional local	Número de sentencias dictadas
Acción de inconstitucionalidad	1
Controversias constitucionales	1
Omisión legislativa	0
Juicio de protección de derechos humanos	33

En el estado de Coahuila, en un lapso 14 años se han resuelto 29 acciones de inconstitucionalidad, 43 controversias constitucionales, y 5 cuestiones de inconstitucionalidad.

Año	Acciones de inconstitucionalidad	Controversias constitucionales	Cuestiones de inconstitucionalidad
2005	2	0	1
2006	5	3	0
2007	4	0	0
2008	0	1	0

⁵ Infomex-Veracruz, 21 de septiembre de 2015

<i>Año</i>	<i>Acciones de inconstitucionalidad</i>	<i>Controversias constitucionales</i>	<i>Cuestiones de inconstitucionalidad</i>
2009	1	1	0
2010	1	7	0
2011	5	11	0
2012	2	14	1
2013	3	6	2
2014	5	0	0
2015	1 en trámite	0	1 en trámite

Resulta que el estado de Veracruz, posterior a las reformas de 1994, 1995 y 1996, es la entidad federativa antecesora de la creación de los órganos y medios de control constitucional; sin embargo, en sólo catorce años se ha resuelto una acción de inconstitucionalidad y una controversia constitucional; en otros estados como Sinaloa, que data de 1984 la facultad del Pleno del Tribunal de Justicia para conocer de las controversias constitucionales y la propia ley reglamentaria desde 1998, en un lapso de 31 años no se ha determinado ninguna controversia constitucional, es aquí en donde surge la interrogante: ¿la justicia constitucional local es efectiva? También es importante resaltar que a pesar del vacío legislativo que existe en las entidades federativas y en las que existen órganos constitucionales y medios de control constitucional no se ha presentado ninguna omisión legislativa, como es el caso de Veracruz y Chiapas, salvo el caso de Tlaxcala en donde se han resuelto seis.

En el estado de Chiapas desde 2002, desde que se estableció el órgano constitucional y los medios de control constitucional, en un periodo de trece años, sólo se han determinado dos actos de inconstitucionalidad, una controversia constitucional, una acción de inconstitucionalidad, una cuestión de inconstitucionalidad y ninguna omisión legislativa.

III. LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL QUEHACER PARLAMENTARIO

La figura de la omisión legislativa es un medio de control constitucional que sólo algunos Estados contemplan en sus ordenamientos jurídicos, a 14 años de la reforma a la Constitución federal más del 50% de los Parlamentos no

han creado esta importante figura, por lo que siguen siendo omisos en su responsabilidad como legisladores.

El diputado o senador no puede escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer *sine die* el encargo constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas que están en la ley básica⁶

En esencia, la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta de desarrollo del aparato legislativo, por un tiempo largo de aquella normatividad constitucional que impide su eficaz aplicación

Con la reforma del 10 de junio de 2011 se modificaron 11 artículos constitucionales, en referencia a los derechos humanos, el artículo 1o. de la Constitución en su párrafo tercero ordena que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

A contrario sensu sobre lo que menciona este artículo, los legisladores con su actuar en no legislar en lo referente a esta figura, puede resultar que no se promulguen leyes encaminadas a la protección de los derechos humanos y sobre otros temas, y que de no realizarlo no existe una ley que obligue a que estos temas sean considerados en la agenda legislativa.

El párrafo cuarto del mismo artículo 1o. constitucional señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En este mismo orden de ideas, existen temas tan importantes que requieren que se legisle, por ejemplo: desde hace tiempo el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido tema de debate entre diversos sectores de la sociedad, entre grupo minoritarios y organizaciones religiosas, que se pronuncian en contra de la unión de personas del mismo sexo, es un tema que reviste interés, y la evolución que ha tenido ha sido el reconocimiento

⁶ Bazán Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 52.

de los derechos humanos de las personas con diferentes preferencias sexuales y la protección jurídica, esto se origina por la creación de leyes para reconocer y proteger la unión de las personas del mismo sexo, sin embargo, es un asunto en que a pesar del reconocimiento de los derechos humanos de estas personas, ha sido difícil el trabajo legislativo en virtud de la intervención de grupos religiosos que se oponen.

El que las parejas del mismo sexo no gocen de la misma protección que las parejas heterosexuales, se debe tal vez a un vacío legislativo o por los prejuicios que tradicionalmente se han dado a través del tiempo por la discriminación tan marcada en su contra.

Para el caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el “reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente la norma, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restituidos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo”.

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1º. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en

discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.⁷

Lo anterior demuestra que el legislador está obligado a respetar el principio de igualdad al construir las leyes y el juzgador debe realizar un estudio a la luz del principio de igualdad, cuando se considere que existe una presunción de inconstitucionalidad, pero si no existe un medio de control constitucional que obligue a cumplir lo que señala nuestra ley suprema, posiblemente se continúe con esta omisión legislativa en perjuicio de los derechos humanos de los grupos minoritarios.

Ahora bien, sobre el tema, el ministro Cossío, ha expresado que: “Lo que pierden de vista los grupos que están en contra del matrimonio igualitario es que la posibilidad jurídica de éste no deriva de una decisión judicial. Con ello, la modificación de lo decidido tiene que darse en un ámbito diverso al de los congresos locales”, a continuación mencionaremos el avance que existe en algunas entidades federativas.

1. Colima

A su vez, sobre el asunto del matrimonio igualitario al resolver el juicio de amparo 823/2014, los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideraron que la legislación de Colima al hacer la distinción entre el matrimonio entre hombre-mujer y establecer “enlace conyugal” para personas del mismo sexo, se contrapone al derecho a la igualdad, pronunciado en la Constitución federal, declarando incons-

⁷ Tesis: 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175.

titucional esta figura que se expresa en el artículo 147 de la Constitución local.⁸ Tema que no está en la agenda legislativa de este estado.

2. Sinaloa

Este estado no es la excepción en este asunto tan relevante sobre el matrimonio igualitario y la creación de los medios de control constitucional como lo es la omisión legislativa, por ejemplo, en el juicio de amparo 262/2013 se reclama la expedición de las porciones normativas señalada en los artículos 40 y 165 del Código Familiar del Estado de Sinaloa y hasta la fecha no se ha legislado sobre este rubro y no existe la normativa para obligarlos a que se realice la reforma y mucho menos existe una sanción para los legisladores por su omisión en la creación o reforma de la ley.

Artículo 40. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.

Artículo 165. El concubinato es la unión de un hombre y una mujer quienes, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hacen vida en común de manera notoria, permanente, han procreado hijos o han vivido públicamente como marido y mujer durante dos años continuos o más

El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sus cesorios, con independencia de los demás reconocidos en este Código o en otras leyes.

No se considerará concubinato, cuando haya varias uniones de este tipo, con una misma persona.

Cualquier condición contraria a estos fines, establecida por los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Los artículos mencionados claramente son violatorios del derecho humano a la igualdad ante la ley como principio de justicia, en virtud de que establecen generalmente que el matrimonio y/o concubinato lo conforman un hombre y una mujer, es discriminatorio y violatorio de los artículos 1o. y 4o. constitucionales por excluirlos como homosexuales para celebrar matrimonio o formar el concubinato, además de ser violatorio del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su inconstitucionalidad

⁸ Periódico *El Universal*, 18 de junio de 2015, p. A12.

versa en las porciones normativas de señalar que el matrimonio se celebra por el varón y la mujer; el juez séptimo de distrito de Sinaloa ha decretado que se entienda que el matrimonio y la conformación del concubinato puede celebrarse y/o constituirse “por dos personas”.

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro Carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁹

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.¹⁰

⁹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre los mencionados artículos ya existen en Sinaloa iniciativas para la modificación de estos, los cuales señala que el matrimonio y el concubinato es la unión de “dos personas”, iniciativa que aún se encuentra en espera de ser aprobada, para el caso la Corte ha resuelto:

El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio.¹¹

Sin embargo, son iniciativas que se presentaron pero se encuentran fuera del proceso legislativo vigente.

El derecho humano de las minorías en este criterio se establece como un mandato constitucional, señalando con ello que las legislaturas tendrán que armonizar sus Constituciones con la norma general, garantizando con ello la supremacía de la Constitución, dejarán por un lado las omisiones legislativas, y construirán leyes que garanticen los derechos de estos grupos.

3. Oaxaca

En el estado de Oaxaca se advierte la omisión legislativa al no realizar reformas al artículo 143 del Código Civil de Oaxaca que contraviene los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación consagrada en el artículo 1o. de la Constitución federal, queda así excluido el derecho a la familia, considerado un acto de discriminación en la preferencia sexual de las personas.

Artículo 143. El matrimonio civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida. El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio.¹²

El numeral hace distinción, en la exclusión y restricción de derechos, ya que describe que el matrimonio es un contrato celebrado “entre solo hombre y una sola mujer”, además distingue entre las parejas heterosexuales y

¹¹ Tesis 1^a.CCLX/2014(10^a), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, julio 2014.

¹² Código Civil del Estado de Oaxaca.

las homosexuales conformadas por dos hombres o dos mujeres, restringiendo el matrimonio a las parejas homosexuales.

4. Yucatán

En el estado de Yucatán se han creado precedentes sobre lo referente al matrimonio igualitario, por ejemplo: la pareja de Javier y Ricardo fue la primera en ganar en 2013 un amparo que obligó a las autoridades del Registro Civil a casarlos y a reconocerlos como matrimonio, también en más de dos años han logrado obtener otros derechos como cónyuges en las prestaciones del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Las legislaturas de los estados tienen la responsabilidad de crear las normas que garanticen los derechos fundamentales de estas personas, máxime que el tribunal constitucional mexicano ha determinado la inconstitucionalidad de esas leyes locales y es incongruente que las legislaturas la mantengan, permaneciendo en una omisión legislativa sobre las leyes que no están a la luz de la Constitución federal y local. Ante lo anterior, se observa que la justicia constitucional representa un medio idóneo para la consolidación de los derechos humanos a través de los medios de control constitucional.¹³

IV. CONCLUSIONES

Las Constituciones locales establecen diferentes medios de control constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, sin embargo, podemos observar que no existe ese repunte de ejercer el derecho en los tribunales locales, incluso, hay medios de control constitucional que nunca se han hecho valer ante un tribunal local, como es el caso de la omisión legislativa en Chiapas, se opta por acudir a la justicia constitucional federal, existiendo un vacío legislativo local en cuanto a la armonización de la leyes locales a la luz de la Constitución local y federal.

Además, se advierte que en otras Constituciones locales no se han realizado las reformas para incorporar a los órganos constitucionales autónomos, salvo el caso de Tlaxcala que en su reforma constitucional del 21 de julio de 2015, incluyó a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; otro estado que reformó su Constitu-

¹³ Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Derecho procesal convencional, el nuevo desafío de la justicia constitucional*, Universidad de Valencia, 2016.

ción el 16 de agosto de 2013 fue Chiapas, considerando también a la Comisión Estatal de Derechos Humanos para presentar acciones de inconstitucionalidad, si la justicia constitucional es lenta, se retarda la efectividad de los derechos humanos.

Hemos mencionados la omisión legislativa de leyes sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero también falta armonizar otras leyes como, por ejemplo, la Ley de Desaparición Forzada de Personas, a lo que manda la Constitución federal. Con todo lo que se ha expresado creo que la justicia constitucional ha evolucionado muy lentamente en su efectividad; al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su obra *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional* expresa que tal vez la solución podría darse en una reforma al artículo 116 constitucional para establecer las bases de desarrollo de las garantías y magistraturas locales, que permitieran una debida unión con las garantías y tribunales federales, lo cual me parece interesante, estaremos construyendo para tal propuesta esas bases para que sean incluidas en una reforma constitucional.

También debemos tener en cuenta que la reforma a la Constitución federal del 10 de junio de 2011 ha marcado en el sistema jurídico mexicano, en la impartición de justicia, control constitucional, control convencional y en la protección de los derechos humanos un nuevo modelo a seguir. En consecuencia advirtiendo en el transcurso de esta investigación los avances que se han realizado en lo referente a las reformas constitucionales en el ámbito federal y estadual sobre medios de control constitucional han sido pocos relevantes en su efectividad, es decir se realizaron los cambios a las Constituciones y se crearon algunos medios de control constitucional que a mi parecer han tenido poca efectividad, pero también es necesario señalar que hay garantías constitucionales que son necesarias que se ordenen en las Constituciones para un mejor proveer en el quehacer parlamentario como la omisión legislativa.

V. FUENTES CONSULTADAS

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

Contradicción de tesis 293/2011.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *Derecho procesal convencional, el nuevo desafío de la justicia constitucional*, Universidad de Valencia, 2016.

Expediente varios 912/2010.

FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Periódico *El Universal*, 18 de junio 2015.

Tesis: P./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010.

Tesis: 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008.

Tesis 1^a.CCLX/2014(10^a), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, julio de 2014.

WILSON, Woodrow, *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Federico González Garza, México, Editorial Cultura, 1922.

LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN LA ENCRUCIJADA: REFLEXIONES EN TORNO A UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

SUMARIO: I. *Sobre la relevancia de la convencionalización del derecho en un contexto como el latinoamericano.* II. *Los retos a enfrentar para la consolidación de la convencionalización del derecho a nivel jurisdiccional en América Latina.* III. *Algunas puntuales especificaciones sobre lo resuelto por la Corte Suprema frente a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina.* IV. *Breves apuntes a modo de conclusión.*

I. SOBRE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN UN CONTEXTO COMO EL LATINOAMERICANO

Una de las más importantes tareas a cargo de un juez o jueza constitucional es hoy, qué duda cabe, la de la convencionalización del derecho. Y es que en contextos como el latinoamericano, en donde problemas a nivel mundial (crisis de respeto a los derechos, muy a despecho de su reconocimiento constitucional, legal o jurisprudencial; crisis por falta o por insuficiencia de reconocimiento y vigencia de la idea de “buen gobierno”, etcétera) se dan la mano con algunas limitaciones ya casi endémicas en nuestros países, la convencionalización del derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las diferentes personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor principal y ex director general de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial) del Perú.

Y es que frente a un escenario como el latinoamericano, en donde, además de lo que se encuentra a nivel mundial, nos encontramos, entre otros elementos planteados con mayor o menor intensidad en función de la condición de cada Estado en particular, a la constatación de una situación de debilidad institucional y de poca participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes en una sociedad determinada. Junto a ello conviene anotar que el quehacer político estatal latinoamericano oscila entre democracias insuficientes (ubicadas entre los riesgos de “democracias elitistas excluyentes”¹ y diversas manifestaciones de populismo²) y autocracias más o menos desembozadas.

Y por si lo expuesto no fuera suficiente, si bien son importantes los logros tutivos alcanzados básicamente en el ámbito de los derechos, necesario es anotar cómo muchas veces existe un reconocimiento más formal que real de algunos derechos, o nos encontramos ante situaciones donde la titularidad de ciertos derechos aparece como razonablemente restringido para ciertos colectivos. También hay cuestionamientos vinculados con la actuación de quienes desempeñan labores jurisdiccionales (carácter contramayoritario de la tarea jurisdiccional, legitimidad democrática de la labor emprendida, falta de familiaridad con las particularidades de la interpretación constitucional (riesgo de encontrarnos con interpretaciones hiperformalistas, o de ubicarnos ante comprensiones que demuestran serias deficiencias formativas a nivel argumentativo en el plano conceptual).

Incluso son cuestionables algunas disposiciones constitucionales o ciertas regulaciones o prácticas vinculadas con competencias asignadas a los juzgadores (sistemas de nombramiento, promoción, sanción y término de la carrera de juezas o jueces, o manejo de recursos económicos), y, finalmente, la hiperreglamentación de los derechos recogida en algunas Constituciones, la cual, por cierto, con intención o sin ella, recorta el ámbito de acción de quienes juzgan o interpretan. Frente a este contexto, adquiere

¹ Nombre que se otorga a posturas como las acogidas en su momento por Schumpeter, las cuales tienen el antecedente de posturas como las de la escuela del “Public Choice”, hoy predominantemente en la ciencia política norteamericana. Una estupenda explicación de los alcances y consecuencias de este elitismo excluyente lo encontramos en Salazar Ugarte, Pedro, *Política y derecho (derechos y garantías). Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, pp. 34 y ss.

² Y es que en América Latina, mas no solamente allí, se ha tenido y se tiene manifestaciones del populismo que puedan ser definidas de “derecha” (invocan representatividad popular adscrita a perspectivas de fortalecimiento del *status quo* ante) o de “izquierda” (se reivindica un cambio del *status quo* ante y de las correlaciones del poder desde una perspectiva que se reclama progresista pero que, o mantiene la misma concentración del poder a otras manos pero, en el fondo, bajo las mismas prácticas).

innegable relevancia el aporte de la ya mencionada “convencionalización del derecho”.

Sinceramente creo que hay mucho a favor de la relevancia y utilidad de la “convencionalización del derecho” frente a la labor que hoy tocó asumir a jueces y juezas. En primer lugar, apostar por la configuración de un derecho común permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de nuestros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio; implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.

En segundo término, la convencionalización del derecho facilita una comprensión de los temas en la cual cuando a nivel interno no ha habido respuesta a alguna materia (o dicha respuesta ha sido deficitaria en términos de reconocimiento y protección de derechos), permite recurrir a una pauta para la configuración de una alternativa, pauta proveniente del texto de las convencionales suscritas por cada Estado, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens* (sin que ello, claro está, involucre reconocer la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento —según fuese el caso— de un parámetro común).

Por otro lado, y en tanto y en cuanto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del derecho como “concretización”, la dinámica aquí descrita le permite al juez(a) constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una compresión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

No debe además soslayarse que, muy a diferencia de lo que sucede con otras construcciones, donde la alegación de estar trabajando por buscar superar las limitaciones de un contexto de democracia formal o insuficiente muchas veces parece más bien encerrar la justificación de nuevas expresiones de un populismo bastante lejano al ideal que se dice querer impulsar, la convencionalización del derecho parte de una clara defensa de aquello que

inspira, orienta y regula (muy a despecho de innegables tensiones y dificultades) el quehacer de un Estado constitucional y democrático.

En ese sentido, esta dinámica ayuda a quienes interpretan y hasta juzgan, a encontrar o generar respuestas debidamente articuladas con los parámetros que por lo menos hoy acompañan al Estado constitucional y a la democracia constitucional. Con esto me estoy refiriendo a que permite construir, o por lo menos, potenciar opciones en donde se imponen límites y vínculos constitucionales de las decisiones de los órganos de gobierno democráticos. Ello con el objetivo de preservar el rol de los derechos fundamentales como centro no sólo de la acción estatal, sino del quehacer de todo aquel que cuenta con autoridad.

Entonces, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un derecho común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas. Necesario es entonces anotar aquí, y ya frente a estas materias, que ha habido importantes avances construidos o potenciados desde sede jurisdiccional.

Para ello se ha seguido, explícita o inconscientemente pautas como las reseñadas en este texto. Hay pues relevantes e innegables aportes en ese sentido. Sin embargo, tampoco puede soslayarse la subsistencia de significativos retos por enfrentar. Precisamente sobre estos aspectos pasaré a efectuar, siquiera a modo de puntual reseña, alguna referencia de inmediato.

II. LOS RETOS A ENFRENTAR PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A NIVEL JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Los retos considerados como más relevantes en una época donde la labor de interpretación y resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente, muy a despecho de eventuales cuestionamientos, es innegable reconocer cómo el quehacer jurisprudencial ha planteado importantes avances en esta misma dirección, los cuales, por cierto, no se han quedado en el ámbito de tutela de los derechos, sino que se ha proyectado también al escenario de la toma de las decisiones de gobierno y gestión más relevantes en un Estado en particular.³

³ Una explicación sobre los importantes avances alcanzados al respecto se encuentra en “Los retos de un(a) juez o juez(a) constitucional en un contexto de crisis y el aporte de la

Ahora bien, estos avances o aportes deben, en su caso, hacer frente a la presencia de algunos significativos retos, más allá de los problemas de contexto mundial y latinoamericano a los cuales he hecho mención en otra parte de este mismo texto. Mucho es lo que podría decirse al respecto, pero aquí, siquiera puntualmente, voy a referirme a tres temas que considero son de la mayor importancia.

El primero de ellos va dirigido a discutir qué y con cuál legitimidad algo es justiciable. El segundo, muy directamente relacionado con lo anterior, se vincula a si, por la particular configuración del quehacer jurisdiccional, todo es realmente justiciable. El tercero va referido a la comprensión de los alcances de la misma tarea de convencionalización asumida. Buscar proporcionar insumos acerca de cómo abordar estos temas es aquello a lo cual dirigiré mi atención a continuación.

1. *El reto sobre qué es justiciable y sobre con cuál legitimidad algo lo es*

No olvidemos que es parte de la premisa mediante la cual se afirma que en un Estado constitucional no deben existir zonas o actividades exentas de control, y que la lucha para evitar la inmunidad (que suele devenir en impunidad) en el ejercicio del poder no debe detenerse. También demos tener presente que el Estado constitucional se caracteriza por ser un Estado limitado, donde nadie tiene todo el poder, sino cuotas del mismo (competencias), las cuales son expresamente asignadas a cada quien en la Constitución, o en su caso, por la norma correspondiente dictada por la autoridad competente, o por lo que se desprenda razonablemente de esa normativa, aunque allí no se encuentre explícitamente señalada.

Además, en el Estado constitucional no solamente importa contar con la competencia para desempeñar una función (incluso la de interpretación vinculante y control de constitucionalidad). Importa también llegar a esa responsabilidad y ejercerla dentro de ciertos parámetros. Por ende, un juez o una jueza constitucional tienen tareas muy importantes a su cargo, pero no están habilitadas para hacerlo todo. Corresponde entonces siempre preguntarse no solamente por la legitimidad de su labor, así como de un tema muy vinculado con éste, el de los límites del quehacer de un juez constitucional.

Convencionalización del Derecho en esta labor jurisdiccional”, *Libro Homenaje a Lucio Pegoraro* (en prensa, 2011). También abordo el tema en *Derecho y Debate*, Lima, núm. 27, diciembre de 2016, disponible en: www.derechoydebate.com.

Mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional, y con más detalle se ha hablado de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aun cuando el tema no se encuentra exento de polémica, en líneas generales se parte de reconocer que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solamente el quehacer jurídico, sino también el político, el social y el cultural. La interpretación de dicha Constitución no solamente busca tutelar la voluntad general, sino sobre todo una mejor protección de los derechos (y especialmente los de las minorías), garantizado ello con una limitación del poder que se traduce en la distribución de funciones y de mecanismos de control a esas funciones.

El juez o jueza constitucional se legitima en esa delicada labor en función a que asume y justifica sus competencias en mérito a parámetros establecidos conforme a derecho, en la imparcialidad que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional, y al desarrollo de sus tareas con base en su conocimiento del derecho y lo jurídico (que es precisamente lo que debe aplicar). Ahora bien, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

Es importante entonces tener presente el tema de los límites a la labor del juez o jueza constitucional. Conviene allí entender que estos juzgadores y juzgadoras tiene un punto de partida y, por ende, un límite a su quehacer: la Constitución (más que su lectura literal, en su comprensión sistemática o convencionalizada) y lo que puede inferirse razonablemente de lo previsto en ella. También debe comprenderse que estamos ante autoridades, y por ende, frente a personas que en las tareas a su cargo deben respetar parámetros de racionalidad, razonabilidad, corrección funcional o deber de motivación.

Por último, y en tanto son autoridades con labores de carácter jurisdiccional, no corresponde a esos jueces y juezas efectuar juicios con base en consideraciones de calidad o de oportunidad. En estos casos también operan como límites al quehacer del juez los alcances de las pretensiones puestas en su conocimiento, frente a las cuales puedan actuar en aplicación del *Iura Novit Curiae* o de la suplencia de queja deficiente, mas no romper una indispensable congruencia funcional, la especialidad de las materias decididas, la misma “convencionalización del derecho”, pues deja de lado y sin sustento algunas posibilidades interpretativas para los diferentes juzgadores y juzgadoras, y finalmente, por no seguir con un largo etcétera, cuenta también la complejidad de los casos puestos en conocimiento de una jueza o juez (fáciles, intermedios, difíciles y hasta trágicos⁴ como elemento a tomar en cuenta para limitar su accionar.

⁴ En este sentido, conviene revisar el importante trabajo de Atienza, Manuel, “Los lími-

Sin embargo, no son estas materias las únicas que generan algunas interrogantes. Cabe también preguntarse, tomando en cuenta las especiales características de ciertos temas, si es posible que puedan ejercerse sobre ellas eficientemente las labores de interpretación y control que se le piden a los jueces y juezas. Cabe entonces cuestionarse por si realmente todo es justiciable. En el fondo de ello hay una pregunta clave dentro del Estado constitucional, uno de cuyos aspectos básicos es el de la necesidad de limitar y organizar el poder: la pregunta sobre quién se encarga de qué en un Estado en una sociedad en particular. Corresponde entonces pasar a dar algunos apuntes al respecto.

2. El reto sobre si todo es realmente justiciable

Centraré el análisis en un tema en particular a modo de ejemplo de lo que queremos plantear: el electoral. ¿Acaso todo lo conflictivo en lo electoral (materia sobre cuyos alcances por cierto no necesariamente coincide el análisis de todos) es canalizable en sede jurisdiccional? La dificultad de lo que debe resolverse en tan poco tiempo, la real utilidad de la labor de algunas autoridades electorales, en función a sus actuales configuraciones y diseños o el riesgo de politización de los espacios jurisdiccionales específicamente previstos para atender lo electoral (o que deben efectuar una interpretación constitucional con competencia en lo electoral) son algunos de los factores que por lo menos ponen en entredicho la pertinencia de judicializar cualquier materia, aun cuando dicha judicialización sea confiada a jueces y juezas constitucionales.

Bien podrá decirse que la especial sensibilidad que genera el tema electoral, en donde se encuentra en juego precisamente cómo alguien llega o se mantiene en el ejercicio de los espacios que habilitan a un ejercicio legitimado de las mayores cuotas de poder en un Estado o en una sociedad en particular. Confiar a políticos el control del quehacer político puede sin duda causar ciertos resquemores; sin embargo, y como acertadamente plantea Diego Valadés, existen casos ante los cuales las garantías de carácter jurisdiccionales devienen en francamente ineficientes, siendo oportuno analizar la conveniencia de recurrir en estos casos a lo que el reconocido jurista mexicano denomina “garantía política”.⁵

tes de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, México, núm. 6, 1997.

⁵ Recomiendo ver al respecto Valadés, Diego, “La garantía política como principio cons-

Como fácilmente puede apreciarse, la misma pertinencia de acudir al escenario jurisdiccional es lo que muchas veces se encuentra cuestionada. Ante la dificultad de dar respuesta a tan difíciles materias y mirando los temas desde una perspectiva positiva, adquiere entonces especial significación contar con perspectivas interpretativas como la de la convencionalización del derecho para así preservar o potenciar aspectos tan relevantes como aquellos a los cuales he hecho mención en otros apartados de este texto, muy a despecho de si eventualmente la aplicación de esta propuesta es o no finalmente confiada a organismos de naturaleza jurisdiccional.

3. El reto sobre la comprensión de los alcances de las tareas de convencionalización del derecho

Como se ha dicho en más de una ocasión, se entiende por “convencionalización del derecho” a esa apuesta por la configuración de un derecho común (que no descuida lo propio, sino que busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado), dentro del cual la comprensión del derecho y de los derechos debe hablarse de acuerdo con lo señalado en los diferentes tratados suscritos por los distintos Estados, o, en su caso, conforme a lo que se desprende de dichos tratados, o de acuerdo con aquella normativa que ya ha adquirido carácter de *ius cogens*.

Ahora bien, necesario es anotar que los alcances de esta convencionalización (máxime en el escenario latinoamericano, donde se ha optado por un control de convencionalidad y no por un margen de apreciación estatal; la misma Corte Interamericana apuesta por un sistema de reparaciones integrales, y, finalmente, la Corte de San José de Costa Rica ha establecido su propio sistema de audiencias y sentencias para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias) también han admitido lecturas distintas.

Así, por ejemplo, hay quienes hacen una lectura literal de lo previsto, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre los Tratados, y alegan sin más que no cabe alegar derecho interno para desconocer el parámetro convencional. Frente a esta postura extrema, hay quienes alegan un carácter subsidiario de la convencionalización frente a lo existente en el derecho interno, y sobre todo a nivel constitucional. En ese tenor, lo convencional sólo se cumple si no afecta el parámetro constitucional interno, correspondiendo en principio a los organismos competentes de cada país (en líneas

titucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1259-1291.

generales, las altas cortes de cada país, responsabilidad que incluso podría compartirse con otros órganos jurisdiccionales) determinar si es aplicable lo convencional o no.

Es más, hay quienes alegan que la comprensión en clave convencional de estos temas debe entenderse en una dinámica de estándar mínimo: prima lo convencional mientras no sea que lo estatal no sea más tuitivo. Si lo previsto en un Estado en particular fuese más tuitivo que el parámetro convencional, primará la solución estatal en esa situación en particular. Esta postura es interesante, pero tiene la dificultad de determinar qué es lo más tuitivo y a quién corresponde esa determinación.

Corresponde entender que la configuración de la convencionalización del derecho se da, como bien ha indicado calificada doctrina,⁶ comprendiendo que hoy nos encontramos en un escenario de fragmentación jurídica, y por ende, de pluralismo interpretativo: alguien va a tener que dar la última palabra en un caso en particular, la solución de dicho caso; sin embargo, ello no va a ser consecuencia de la decisión unilateral de un supremo intérprete sobre los eventuales pareceres de otros intérpretes que en ciertos contextos pueden ser calificados como finales.

Y es que el tantas veces invocado “diálogo multinivel” no implica que alguien decide y el resto acata. Involucra más bien el uso de técnicas de cohabitación para así articular unas no siempre sencillas relaciones interordinamentales. La necesaria convergencia de interpretaciones en un escenario de varios intérpretes que se reclaman como finales va a llevar a la generación de consensos mínimos que encuentran en el principio *pro homine* su límite de actuación.⁷

Estos consensos mínimos, como bien se ha explicado,⁸ son “soluciones de síntesis”, centradas en evitar interferir sobre la eficacia de la norma interconectada. Alcanzar estos consensos mínimos implica articular entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los represente. La obtención de una respuesta común consensuada, añado ya a nivel personal, sin desconocer con ello, añado también, lo ya previsto en el parámetro convencional.

Bien podría cuestionarse la relativa perdida de certeza a la cual puede llevar la construcción de este tipo de respuestas. Esto, por lo demás, no es en

⁶ Véase, al respecto, Pizzolo, Calógero, “¿Ser «intérprete supremo» en una comunidad de intérpretes finales?”, *La Ley*, Buenos Aires, febrero de 2017, año LXXXI, núm. 39, t. 2017-A.

⁷ En este mismo sentido, Pizzolo, *op. cit.*

⁸ Sobre el particular, Pizzolo, *op. cit.*

rigor ni nuevo ni cierto. Es lo que ya ocurre en la práctica en muchos países donde ya a nivel jurisdiccional coexisten varios intérpretes finales (o por lo menos, que reclaman esa condición), para así evitar un “choque de trenes”, o, dicho con otras palabras, inconvenientes y harto perjudiciales conflictos interinstitucionales.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que la certeza de un pronunciamiento vinculante (entre los cuales destacan nítidamente las resoluciones emitidas por órganos con competencias jurisdiccionales) no solamente está marcada por la pulcritud de su redacción y motivación. Aquello, sin duda indispensable, debe darse en un contexto en que asegure el cumplimiento de lo planteado. Eso es precisamente lo que busca conseguirse generando consensos mínimos entre la pluralidad de intérpretes vinculados.

III. ALGUNAS PUNTUALES ESPECIFICACIONES SOBRE LO RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA*

Hace algunos años, cuando Carlos Menem era presidente de la Argentina, corrió el rumor que tenía un hijo al cual no reconocía públicamente. La revista *Noticias* investigó el hecho y no solamente hizo una serie de notas al respecto, sino que dedicó alguna tapa de esa publicación a este tema. El entonces presidente argentino demandó planteando que la revista *Noticias* habría violado su derecho a la intimidad.

Luego de haberse rechazado la demanda en primer grado, tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina más bien proceden a condenar a la editorial que emite “Noticias” como a los ciudadanos Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico a pagar una indemnización. Este caso es llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual, en 2011, consideró, para plantearlo aquí muy puntualmente, que en este caso la revelación hecha por “Noticias” estaba justificada, al ser Menem una figura pública, y que la condena aplicada en Argentina constituía una violación a la libertad de expresión. Por ello, condena al Estado argentino en este proceso en particular.

Cabe destacar que la condena al Estado argentino, en la lógica de reparación integral que aplica la Corte IDH, incluía tomar las siguientes acciones:

- 1) Dejar sin efecto la condena impuesta a Fontevecchia y D'Amico, así como todas sus consecuencias.
- 2) Publicar completa la sentencia de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, así como un resumen oficial de lo resuelto por la Corte IDH (elaborado por la Corte Suprema) en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia circulación.
- 3) Devolver a Fontevecchia y a D'Amico lo que habían pagado por la condena, y además, los gastos que tuvieron que hacerse durante el proceso ante la judicatura argentina.

El Estado argentino ya había cumplido con las publicaciones mencionadas en el punto dos, y estaba ya tramitando las devoluciones incluidas en el punto tres. Es en ese contexto que el Ministerio de Relaciones Exteriores le pide a la Corte Suprema de su país que cumpla con el punto 1 al cual acabo de hacer mención.

Ante ese requerimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, el 14 de febrero de 2017, en mayoría, señala lo siguiente:

- 1) Si bien se reconoce que el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es en principio obligatorio, esa obligatoriedad puede discutirse si la Corte IDH no cumple con ciertas condiciones y entre ellas, ceñirse a sus propias competencias.
- 2) La Corte Suprema argentina se autohabilita la competencia de determinar si la Corte IDH, al momento de emitir *Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*, está en el ejercicio de sus atribuciones o se encuentra actuando al margen de ella. En este caso en particular, considera que la Corte IDH ha ido más allá de sus propias competencias.
- 3) Se alega que la protección internacional de los derechos tiene un carácter subsidiario (entendido aquí como que son los organismos nacionales los que deben cesar y reparar internamente las violaciones a dichos derechos, correspondiendo al plano internacional solamente participar cuando no se había conseguido la protección interna), y, por ende, no constituye una cuarta instancia o grado destinado a revisar o anular decisiones jurisdiccionales tomadas, en este caso, por la judicatura ordinaria argentina.
- 4) Se invoca una aplicación de la teoría del margen de apreciación estatal.
- 5) Finalmente, la Corte Suprema argentina hace una invocación del artículo 27 de la Constitución de su país (por cierto, no comprendida

sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución). Con base en ello señala la existencia de unos principios de derecho público provenientes de la Constitución (y, a tal caso, de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional), los cuales están por encima de lo dispuesto en los diferentes tratados, a los que se les reconoce un rango supralegal pero infraconstitucional. La invocación de esos principios, junto a las otras consideraciones ya aquí invocadas en este texto, le permite a la Corte Suprema argentina, a la vez, preservar su sentencia y no materializar lo planteado en su momento por la Corte IDH.

Mucho es lo que se podría señalar al respecto, tema que abordaré con detalle en otros trabajos. Sin duda, como ya se ha invocado en algún texto reciente, siempre es necesario conversar sobre cuáles debieran ser los alcances y efectos de una sentencia de la Corte IDH. Además, se añade, conviene siempre construir respuestas que sean producto de un diálogo interinstitucional multinivel; sin embargo, ello no puede hacerse de cualquier manera.

Explico los alcances de esta última afirmación. Sin duda alguna siempre puede discutirse si un órgano jurisdiccional pasa, si de tutela de derechos se trata, de lo que bien señalaba Augusto Morello, de un necesario activismo a un riesgoso hiperactivismo en la comprensión de sus competencias; sin embargo, no puede desconocerse que, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz, es a la Corte IDH a quien le corresponde determinar cuál es su margen de competencias. El resultado debe consensuarse, pero con base en un parámetro ya establecido (el convencional) y con respeto a las competencias reconocidas a los diferentes intérpretes involucrados.

Además de lo expuesto, debe mencionarse que la invocación al principio de subsidiariedad es muy respetable, pero errónea, pues en rigor no guarda relación con las medidas de reparación que puede fijar la Corte IDH, escenario en el cual precisamente se desenvuelve esta controversia. Como bien conviene tener presente, este principio de subsidiariedad busca asegurar que la alegada violación de algunos derechos tenga una respuesta adecuada a nivel interno antes de eventualmente ir al escenario de la protección internacional de derechos. Una medida de reparación decidida por la Corte IDH es la consecuencia de un momento posterior: ya lo debatido escapó del conocimiento a nivel nacional. Ya tiene un pronunciamiento supranacional, acompañado de una serie de medidas destinadas a asegurar el cabal cumplimiento de dicho pronunciamiento.

También, con todo respeto, es equivocada la comprensión de la Corte IDH como una cuarta instancia o grado. La Corte IDH no hace evalua-

ciones en función al cumplimiento de respetables ordenamientos jurídicos nacionales. La Corte IDH evalúa si lo que se ha cumplido son los parámetros convencionales, previstos en la Convención Interamericana o en la interpretación contenciosa o consultiva que la misma Corte haya hecho de la misma Convención. No es pues un organismo de revisión de un ordenamiento jurídico estatal con base en las pautas de ese mismo ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, las apreciaciones más preocupantes son aquellas vinculadas a la invocación del margen de apreciación estatal y a los principios de derecho público incluidos en el artículo 27 de la Constitución argentina. Con cargo, repito, a volver a este tema en posteriores trabajos, la lógica del margen de apreciación estatal —por cierto muy cuestionada en el escenario europeo donde habitualmente se ha aplicado— va en un sentido muy distinto de la configuración del control de convencionalidad que se ha venido siguiendo en los países inscritos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Y es que una cosa es tomar en cuenta las especiales características de lo que ocurre en un país para un mejor resolver, y otra condicionar la respuesta o su ejecución a la voluntad de organismos pertenecientes al Estado sancionado (o posible de sanción por violación de parámetros convencionales). Lo segundo, con todo respeto, conspira contra el sentido último de la convencionalización del derecho, el de la construcción de un derecho común. Un derecho común no es pues el producto de lo que se quiera aceptar o se admita ejecutar. Debe ser más bien, como ya se ha adelantado en otro apartado de este mismo texto, el producto de consensos interpretativos mínimos

Es precisamente en mérito a esto último que la invocación hecha a los principios de derecho público en la sentencia en comento no solamente es incompleta, sino también preocupante. Incompleta, en primer lugar, pues, como bien anotan algunos autores,⁹ el artículo 27 de la Constitución debe leerse de acuerdo con lo señalado en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución, y, sobre todo, con el segundo párrafo de ese inciso, en el cual se consagra la vigencia de un Estado constitucional y convencional. La consagración de un Estado convencional queda despojada de sentido y contenido si el plano convencional es desconocido o entendido como un elemento subordinado.

⁹ En este sentido destaca nítidamente lo trabajado por Gil Domínguez, Andrés, *La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos*, disponible en: <http://underconstitucional.blogspot.pe/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.htm>.

Y es que el diálogo no implica que alguien tenga la razón *per se*, o que resuelva en función no solamente a cómo entiende sus propias competencias, sino también aquellas que son propias de los demás intérpretes involucrados. Menos aun que, en función de ese respetable razonamiento unilateral, se irrogue tener la última palabra en lo referido a la tutela de diversos derechos. Aquello, sensiblemente, no es generación de un derecho común con una lógica tuitiva de los derechos ciudadanos, que es precisamente a lo que todo juez(a) constitucional (sin importar si es parte de la judicatura ordinaria o de un tribunal constitucional) debería apuntar, máxime si tomamos en cuenta el actual contexto mundial en general, y latinoamericano en particular, salvo mejor parecer.

IV. BREVES APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la desconfianza (en América Latina tradicional, cuando no endémica) en la labor de jueces y juezas, precisamente en mérito a un contexto difícil a nivel mundial y latinoamericano al respecto, las ventajas de la convencionalización del derecho son a todas luces ostensibles. Ahora bien, esta convencionalización tiene (y seguramente tendría) que hacer frente a una serie de retos. El recientemente pronunciamiento de la Corte Suprema argentina a propósito de *Fontevecchia y D'Amico* nos demuestra cuáles son algunos de estos retos, presentando algunos de ellos bajo nuevas justificaciones.

Bienvenido entonces el análisis crítico e incluso la discrepancia, materia que analizaré con más detalle en otros trabajos. Ahora bien, creo que este caso corresponde discrepar respetuosamente con lo señalado con la mayor parte de los jueces supremos argentinos, e ir, en esa lógica de generación de consensos mínimos, procesando algunas eventuales imprecisiones (alcances de la convencionalización; configuración del escenario de diálogo; pautas de nombramiento, promoción y salida de los juzgadores(as) nacionales y supranacionales) vinculadas. Lo ya obtenido gracias a la convencionalización del derecho y la relevancia de los objetivos que apunta conseguir así lo reclaman, por lo menos en nuestro escenario latinoamericano.

2010: DOSCIENTOS AÑOS DE UNA NACIÓN QUE NO SABE QUE LO ES

Rafael ESTRADA MICHEL*

Inquietantes los 7 (siete!) títulos jurídicos de la conquista española de América según Victoria.

Carl SCHMITT

Esa actitud, por decirlo en pocas palabras, estribaba en considerar que nuestra presencia en aquel territorio era legal pero ilegítima. Teníamos un derecho abstracto a estar ahí, un derecho de nacimiento, pero la base de ese derecho era fraudulenta. Nuestra presencia se cimentaba en un delito, el de la conquista colonial, perpetrado por el *apartheid*. Sea cual fuere lo contrario a “nativo” o “arraigado”, así nos sentíamos nosotros. Nos considerábamos transeúntes, residentes temporales, y en ese sentido sin hogar, sin patria.

J. M. COETZEE

SUMARIO: I. *La misión y la nación.* II. *En el entronque de los milenios: la crítica del potaje.*

Raíces, legitimidad, justicia en la guerra, territorio, nacer, nacido, nación. Todo se había cocinado durante un par y medio de siglos en las Indias, traumatizadas por las conquistas del Quinientos. Y al paso de las revoluciones del siglo de las luces, que fueron revoluciones “de nación” como ha dicho

* Director del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

José María Portillo, el cocido se convirtió en cuestión explosiva. El cardenal Lorenzana, un ilustrado en la corte de México, supo verlo en 1770 cuando denunció que mientras que en la antigua España (esto es, en la peninsular) existía un solo tipo de hombres, en la nueva convivían varios, organizados “en muchas y diferentes” castas. Los distintos climas imponían a ambas Españas diversidad de leyes y hasta de gobiernos, “mas siempre con el fin de asemejarlos”. A pesar de este buen deseo, las “naciones” se iban separando, ponían un océano de por medio conforme se acentuaban las diferencias fundadas en los sitios en los que cada quien había nacido.¹

De ahí que, por lo menos en la Nueva España propiamente dicha —ese México “noble por español y por azteca” al que cantó Machado— el criollismo diera lugar a la nación entendida en su sentido reducido, en absoluto panhispánico, mesoamericano cuando no meramente anahuacense. La historia oficial de las pasadas centurias ha pretendido ver en el blanco nacido en estas tierras al único y auténtico criollo. A diferencia de lo que ha ocurrido en la América meridional, “criollo” es expresión que se utiliza en sentido étnico, no territorialista. Nada más alejado de las pretensiones de los padres fundadores en su versión mexicana: el “gachupín” era, para el cura Hidalgo, el europeo advenedizo que, encima, colaboraba con las huestes invasoras francesas (o incluso inglesas) en el difícil contexto del fundacional año 1808. Los criollos, “españoles americanos”, habrían de hacerle frente para mantener estas tierras bajo el dominio de su legítimo rey, el deseado Fernando VII de Borbón. Había que expeler a los traidores, los colaboracionistas, los antiamericanos. Logrado esto, blancos, indios y mestizos —todos “nacionales” de la España en la que habían nacido, es decir, de “ésta, la nueva y fidelísima”— pondrían al reino en situación de obediencia respecto de la Corona y de la dinastía, pero no de otra nación que como la europea, la España “antigua”, les era ajena y antipática. Son estos los conceptos que, andando el tiempo, permitirán instrumentar la expulsión de los españoles en un México ya republicano e independiente (1828-1829) sin mayor reparo en que muchos de aquellos “extranjeros” habían realizado contribuciones decisivas tanto para la obtención de la Independencia como para la erección de la República.

Así, durante la práctica totalidad del siglo XIX los mexicanos se las verían —solos y sin intervenciones alienígenas— con sus diferencias, con los “tipos de hombre” que contemplaba Lorenzana. Si los españoles eran

¹ Lorenzana, F. A. de, arzobispo de México, *Historia de Nueva España escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortés, aumentada con otros documentos y notas por...*, edición facsimilar de la publicada en México por la imprenta del superior gobierno, 1770 (México, Universidad de Castilla-La Mancha-Miguel Porrúa, 1992), s.p.

tan “iguales”, qué mejor. Aquí teníamos nuestras especificidades criollas y les haríamos frente a nuestra manera, sin que nadie nos diera indicaciones, procurando abstraernos de ellas puesto que los problemas y las realidades son en cualquier caso cuestiones de percepción. Surgía el dogma del México mestizo, broncíneo, posthispánico que, así como había expulsado a los españoles, terminaría decretando la desaparición del indio o, por mejor decir, su condensación compartida en la categoría totalizadora de “ciudadano de los Estados Unidos Mexicanos”.

No pretendo resumir las enormes críticas que, fundamentalmente en tiempos porfirianos, se dirigieron contra la creencia (que eso es lo que era, sincera o no: una creencia) de que los indígenas mexicanos estaban listos para hacerse cargo de las responsabilidades del ciudadano al despuntar el XIX. Tales críticas resultaban, además de racistas y reduccionistas, complacientes con las clases poderosas que, por lo demás, no han demostrado en doscientos años ser capaces de encabezar adecuadamente la toma republicana de decisiones: no han sabido constituir aristocracia, ni con sufragio censitario ni sin él. Lo que quisiera mostrar es el batidillo de nociones, de conceptos y de deseos que se dieron cita al momento en que los mexicanos configurábamos nuestra nación, tan contradictoria desde que daba sus más enternecedores balbuceos. Fue precisamente en el contexto de 1808 en el que el oidor peninsular Aguirre nos espotó la gran verdad de nuestra constitucionalidad, la misma que aún hoy no hemos sabido responder: si esa “nación” de la que hablaba el síndico criollo Primo de Verdad era tan “soberana” como pretendían los autonomistas, ¿por qué no se decretaba la soberanía de las “naciones” aborígenes, la soberanía de los auténtica y legítimamente *nacidos* en este reino desde antes de que fuera tal cosa? ¿Por qué los “criollos” se resistían a la mera idea de ver independientes y libres, dueños de sus destinos y haciendas, a los indios? ¿Qué no podrían los indígenas encabezar el *renacimiento* de la *nación* mexicana?

La pregunta sigue ahí, en el aire, sin que nos hayamos atrevido a decidir si lo que más nos conviene es el modelo de *melting pot* o el de *salad bowl*. De hecho, buena parte de las reacciones que llegan, desde posiciones de izquierdas o derechas, a los intentos uniformizadores del precario Estado liberal mexicano, se han caracterizado históricamente por manifestar una enorme nostalgia hacia la “ensaladera”, hacia la distinción de los componentes, hacia la división de los espacios comunitarios sólo aparentemente compartidos y convivenciales en una “república de indios” y otra “de españoles”.²

² Icaza, F., *Plus ultra. La monarquía católica en Indias (1492-1898)*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2008, pp. 220 y ss.

En efecto, los discursos diferenciadores se distinguen ideológicamente y racis-
tamente según se ponga el énfasis en la bondad del indio y se pondere, en
consecuencia, el esquema de *traza* cortesiana, tendente a evitar el contagio
del indígena con los vicios europeos³—posición que entre nosotros aparece
como políticamente correcta y hasta *progre*—, o según se idealicen los valo-
res y las conductas occidentales y se deplore la incapacidad del indio para
asimilarlos y vivirlos, lo que lleva tras algunas piruetas discursivas a “com-
probar” la inexorable decadencia de lo indígena y a deplorar la igualmente
inexorable aportación aborigen a la composición de nuestro tipo nacional.
La postura pasa por realista y “científica”, y otorga a los fracasos evidentes
de nuestras élites una suerte de “cimismo desconsolado”.

Lo peor está en que sobre ambas posiciones hemos pretendido —hay
quien diría que “dialécticamente”— edificar una nación.

I. LA MISIÓN Y LA NACIÓN

El extendidísimo culto a la Virgen de Guadalupe, con lo que de ecléctico,
barroco y sincrético tiene, es no sólo un espontáneo reconocimiento a lo viva
que está la prehispanidad, sino también a la vida virreinal, a la del México
hispánico, tan fácilmente negada desde un liberalismo miope. En 2010 con-
trastó enormemente el fervor del 12 de diciembre, fiesta de nuestra señora
del Tepeyac, con lo artificioso de los festejos del Bicentenario de la Indepen-
dencia y del centenario de la Revolución. Desde un laicismo anticulturalista,
los gobiernos mexicanos se han negado año con año a reproducir los sabios
términos del grito de Dolores, los que verdaderamente lograron unificar a
las gentes y a los territorios de este país: “Viva la Virgen de Guadalupe, viva
Fernando VII, muera el mal gobierno”.

No parece equivocado desde la perspectiva de un Estado de ciudadanos,
consciente de la necesidad de su laicidad para ejercer adecuadamente las
labores de moderador en las querellas religiosas, según suspiraron Bodino,
Hobbes y Constant. Pero es sin duda el manifiesto de una enorme enemiga
anticultural, que reduce la experiencia humana a lo político (o, lo que es
peor, a lo políticamente impuesto) y que así como defenestró del imaginario
público a un rey, el de las Españas, al que algunas comunidades indígenas
siguen esperando para que les haga justicia (*la iurisdictio* es el gobierno en las
sociedades del Antiguo Régimen,⁴ y en varias porciones de nuestro territo-

³ Duverger, C., *Cortés*, México, Taurus, 2005, pp. 236-247.

⁴ Fioravanti, M., “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, trad. de M. Martínez, Madrid, Trotta, 2004, pp. 17-20.

rio lo sigue siendo), así pretende sustituir el genuino sentido guadalupano de las mayorías mexicanas con una religión cívica basada en efigies broncíneas antes que en ejemplos axiológicos. Los resultados los denunció Octavio Paz hace varios lustros en su magistral biografía —de la poetisa y del país— *Sor Juana Inés de la Cruz o las trampas de la fe*: la mentira y la negación adquirieron en el Anáhuac jerarquía constitucional.

Nacimos a la modernidad siendo Estado. Perdonemos la tautología, puesto que no hay más modernidad política y jurídica que la del modelo estatalista, sin dejar de reparar en que el hecho nos trajo numerosas consecuencias y contradicciones, precisamente en lo tocante a la estructuración del modelo. De haber existido sociólogos en el siglo XVI habrían denunciado, a no dudar, nuestras insalvables antinomias sistémicas.

La primera de ellas radica en que nuestro precoz estatismo,⁵ derivado de la determinación de Fernando “El Católico” que evitó que en Indias se gozaran las libertades aragonesas, preestatales y pactistas, no se preocupó por igualar a los súbditos en un sentido absolutista, sino por mantener el vasallaje y la diversidad de tipos humanos sobre la base isabelina de que los había “rústicos y miserables” que requerían, por tanto, de una protección paternalista que no podría —hoy nos resulta obvio— llevar por ruta alguna a la ciudadanía compartida. Los derechos humanos, si cabe hablar de ellos a partir del testamento de la castellana Isabel (1504) y de la Bula *Sublimis Deus* del pontífice Paulo III (1537),⁶ son manifestaciones de la comiseración más que de la justicia, de la protección al débil antes que de la conquista de libertades e igualdades, de la compasión ante la desgracia ajena antes que del reconocimiento pleno de la dignidad que en estricta igualdad corresponde a cualquier criatura racional.

De ahí que nuestro Estado fuese jurisdiccionalista y legolátrico a una y precoz vez. Jurisdiccional porque procuró mantener, junto con el inmemorial *Ordo Iuris*, las diferencias estamentales que permitían proteger a la parte más desfavorecida del reino, esto es, a las repúblicas de indios. Legicentrista porque tal mantenimiento procedía en exclusiva de la voluntad normativa de la Corona a través de una suerte de hobbesiano *pactum subjectionis* que no reconocía derechos previos, que definía y *recreaba* personalidades corpóreas y jurídicas, que otorgaba protecciones y libertades con el mismo desparpajo

⁵ La idea es de Rubert de Ventós, X., *El laberinto de la hispanidad*, Barcelona, Planeta, 1987.

⁶ Zavala, S., *Repaso histórico de la Bula Sublimis Deus de Paulo III en defensa de los indios*, México, Universidad Iberoamericana-El Colegio Mexiquense, 1991.

con el que podía retirarlas.⁷ Había nacido lo que David Brading llamará, para contextos y realidades posteriores, el “Leviatán mexicano”. Por lo demás un curioso monstruo bíblico, ya que no fue construido para igualar sino para mantener en la desigualdad.

El modelo estatalista pretende fundamentar toda libertad y toda igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa. En este sentido, es antijudicialista: los jueces no están legitimados para crear derecho, como pretendió con violencia la Revolución de 1789. Pero en sociedades como la india, en la que las atribuciones normativas corresponden en exclusiva a un Monarca lejano y frecuentemente obnubilado, el mantenimiento del *statu quo*, con su trisecularidad estamental y jerarquizada, se confió sin titubeos a los operadores jurídicos *in situ*. Ellos fueron los encargados de impedir la plena asimilación de los habitantes del reino a una “españolización” que no obsesionaba a casi nadie, al menos hasta el advenimiento de los Borbones. Ellos fueron los encargados de mantener a las diversas comunidades indígenas en el goce de sus peculiaridades e, incluso, de sus atavismos, siempre que estos y aquellas no se encontraren “con nuestra sagrada Religión, ni con las leyes de este libro”.⁸ Ellos tenían que mantener a los débiles en situación de debilidad, pues de su adecuada tutela dependían la salvación de las almas de los fuertes y la salvación de la Monarquía católica como estructuración política y como cuerpo místico encargado de llevar el Evangelio “a todas las naciones”. Existen de hecho, provenientes del siglo XVI, testimonios escritos que dan cuenta de la necesidad de perpetuar la pobreza a fin de que los ricos sean capaces de salvar su alma a través de la limosna.

Si algo había justificado el tránsito hacia formas estadales de organización en la Castilla de los Trastámaras había sido el deseo de igualación, de uniformización entre los súbditos. Justo el proceso del que la literatura castellana dará cuenta por espacio de tres siglos, los que pasan por el *Criticón*, el *Quijote*, la *Vida del buscón* y *fray Gerundio de Campazas*. El Leviatán en Indias buscará, en cambio, mantener la diferencia. No se construyó para igualar, sino para cimentar la presencia de los europeos en el nuevo Occidente. Puede parecer paradójico, pero eso es precisamente lo que permite la perpetuación de los usos y costumbres indígenas en la América española. Muchos de ellos, por cierto, provienen del México hispánico y tienen poco,

⁷ Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, lo explica magníficamente cuando desarrolla lo que llama la “fundamentación estatalista de las libertades”.

⁸ *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias*, II, I, 4. Citamos por la edición facsímil de la Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porruá, México, 1987, t. I, p. 126.

muy poco, de precortesianos, lo que habla de comunidades vivas, creativas, creadoras de su ordenamiento.

Varios de los malos entendidos jurídicos de la modernidad radican en la asunción equivocada, o en la confusión pura y dura, de los conceptos de “mandato” y “ordenamiento”.⁹ Si se repara en la ley de Indias antes citada, así como en otras normas que poseen contenido semejante, se notará que a los pueblos indígenas se les permitiría autoordenarse, incardinarse sus regulaciones propias en un sentido más general y extendido del “Orden”, pero no autogobernarse en términos de mandatos voluntaristas y artificiosos. El “Orden” se hallaba en los principios de la “santa y verdadera Religión”, así como en los que podían extraerse de la legislación dada desde la península al otro pilar de la Monarquía, el americano. Su aterrizaje podía hacerse en sede indígena, a través de una variada gama de regulaciones consuetudinarias que mostraban lo poco que el reino estaba por la labor de cortar con la misma tijera a todos los súbditos de la Corona española.

Carl Schmitt, acaso injustamente, leyó los títulos de Francisco de Vitoria en clave decisionista con su archiconocida caracterización de la categoría política suprema, la de “amigo-enemigo”. Para él Vitoria, y no sólo Ginés de Sepúlveda,¹⁰ habría hecho de la conquista de América una “guerra justa”, aquella que, alejada de la ordalía, de la guerra civil y de la apelación al ser supremo:

Pone el juicio en manos de los hombres. Esto, en los tiempos del positivismo moderno, tiene un matiz peculiar. El positivismo moderno convierte el Derecho en una ley hecha por los hombres para los hombres. Hace del Derecho una superposición de imposiciones (*Setzung von Setzungen*). En el mismo grado despoja a la guerra justa de los últimos restos de una idea sacral. La diosa de la Justicia abre su caja de Pandora, y aparecen no solamente las trampas de procesos complicados, sino también los terrores jurídico-formalistas de guerras civiles sangrientas.¹¹

Esa “ley” que el positivismo confunde con el “derecho” y que no es sino la expresión formal de la imposición que se hace al enemigo vencido, habría

⁹ Ha insistido en ello P. Grossi, desde *El orden jurídico medieval*, la *Mitología jurídica de la modernidad* y, ahora, en *Europa y el derecho*, trad. L. Giuliani, Barcelona, Crítica, 2007, y en *De la codificación a la globalización del derecho*, trad. de R. García Pérez, Pamplona, Aranzadi, 2010.

¹⁰ Cf. Sepúlveda, J. G., *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹¹ Schmitt, C., *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, ed. de J. A. Pardos, Madrid, Minima Trotta, 2010, p. 57.

arrojado en el quinientos la extraña consecuencia de permitir a los habitantes originarios el *continuum* de sus experiencias jurídicas y, por tanto, el ejercicio de su derecho a la diferencia, algo que Schmitt, agobiado por responder a su conciencia y a sus interrogadores en el difícil contexto de Núremberg, no alcanzó a comprender. Luigi Ferrajoli, mucho más cercano a la obra del dominico de San Esteban, en un reciente libro coordinado por Michelangelo Bovero y titulado *¿Qué libertades?* afirma que antes de que el paleopositivismo sentara sus reales, antes de que Hobbes reivindicara a la vida como el primero de los derechos fundamentales y Locke hiciera lo propio con la seguridad y la propiedad, Vitoria había derivado los *fundamentos* de la convivencia civil en el *Ius communicationis* y en el *ius migrandi*. Una comunicación y una migración entre seres iguales en la diferencia pues, como el propio Ferrajoli ha señalado en alguna otra ocasión, el antónimo de “igualdad” no es “diferencia” sino “desigualdad”.¹²

En muchas ocasiones me he detenido a considerar si no es tal distinción la que han querido *reivindicar* (empleo la palabra con toda la mala intención historiográfica de la que soy capaz) los indios de Mesoamérica en los pasados doscientos años. Todos los testimonios a los que he conseguido acercarme, así sea someramente, me han confirmado que algo hay de cierto en mi recurrente consideración. Con la Independencia, los indígenas no querían ciudadanía sino rescate de la opresión. No se trataba de caer en la dominación de los “españoles americanos”, sino de *re-generar* lo que fray Servando Teresa de Mier llamó la “Constitución histórica de las Indias” en el libro XIV de su *Historia de la Revolución de Nueva España, antiguamente Anáhuac*. Y es que la opción que desde el XVI se les concedió para aplicar sus propios ordenamientos jurídicos les hablaba bien a las claras de un respeto por sus civilizaciones, una consideración vitoriana, aunque presente también en personajes tan disímbolos como Cortés y Las Casas, que hacia del indio un nuevo componente de Occidente, acaso el que faltaba para poder llegar con éxito al final de los tiempos según pretendían los diversos milenarismos que, con el franciscano a la vanguardia, veían signos muy claros de que era llegado el tiempo de la conversión global y definitiva de *todos* los hombres.

Si bien las voces “república” y “comunidad” se emplean con finalidades harto diversas —incluso contradictorias entre sí— a lo largo de la *Recopilación de leyes indiana*,¹³ lo cierto es que no parece haber mayor intención de abolir la distinción entre castas y condiciones a lo largo de los períodos

¹² Ferrajoli, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés I., Madrid, Trotta, 2001, pp.73-83.

¹³ Lira González, A., “La voz comunidad en la Recopilación de 1680”, en *Recopilación, cit...*, pp. 415-427.

de gobierno austriaco. Se comprende porque el orden es la unidad en la diversidad, según el pensamiento tomista al uso por entonces, y en este sentido es claro que supone a la diferencia. Las cosas irán cambiando durante la centuria ilustrada, que es el siglo de los Borbones —ya hemos visto lo que opina y describe el cardenal Lorenzana— hasta que, en el año ocho, iniciático gracias a Bonaparte, el tema —como tantos otros— no dilata en salir a la palestra.

Durante la conspiración habida en Valladolid de Michoacán en el Advenimiento de 1809 los criollos americanos, aterrados ante la posibilidad de que los peninsulares los mataran a degüello merced a la simple sospecha de infidencia hacia el rey cautivo, buscan desesperadamente el apoyo de las parcialidades indígenas de la ciudad y de las cercanías. Sus gobernadores parecen dispuestos a brindarlo, pero la conspiración es descubierta y sólo el buen tino político del arzobispo-virrey Lizana, indisputado a repetir los excesos del golpe de Estado que terminó con el movimiento legalista mexicano un año antes, evita que los americanos —indios incluidos— vayan a dar al cadalso. La moderación y la conciliación imperan porque Lizana tiene una idea clara de lo que está viniendo a ser y a incluir la nación novohispana. No ve en los alzados a reos de lesa majestad divina, ni a traidores que deban ser eliminados como enemigos públicos. Comprende, por el contrario, sus motivaciones y sabe que, a su modo, están defendiendo los derechos de la dinastía en contra del invasor francés. Lo que quizás no alcance a entender del todo es que el diferendo no sólo incluye a los blancos y que, a diferencia de lo que ocurrirá en la América del Sur, en la septentrional la guerra de Independencia que está por comenzar será una guerra de corte popular llamada a incluir, en uno y otro bando, a los más diversos “tipos de hombre”.

Las huestes del padre Hidalgo se lo harán ver al gobierno legitimista español, que pretende gobernar a las Américas como si de colonias se tratara a través de juntas centrales y de regencias poco o nada representativas de la realidad plural de la Monarquía. Hidalgo mismo cae, víctima de un “frenesi” que confiesa en su proceso final, en la tentación de terminar con los abusos peninsulares apelando al expediente de la decapitación e, incluso, del descabello taurino practicado en seres humanos. Los indios que siguen, por cientos de miles, al cura y al capitán Allende, cabezas que han elegido convenientemente a la Virgen de Guadalupe como estandarte del movimiento, saben que ha llegado el término de la “opresión” (eso los hermanas con los criollos y con los mestizos) pero no saben a dónde los conducirá un movimiento a final de cuentas ilustrado y poco claro en lo que al mantenimiento de los privilegios comunales se refiere: Hidalgo no es Vitoria y mucho menos es Las Casas. Se halla poseído por el mal del siglo, y su siglo es el

petit siècle que corre entre 1750 y 1810. Su centuria es la de la uniformización y la de la entronización, a toda costa, de la *Egalité*.

En sus célebres Bandos decembrinos de 1810, dictados en Guadalajara a título de “Generalísimo y Capitán General de América”, Hidalgo instruye abolir el tributo y “toda exacción que a los indios se exija”, así como restituir las tierras comunales a los indígenas “para que en lo sucesivo no puedan arrendarse, pues es mi voluntad que su goce sea únicamente de los naturales en sus respectivos pueblos”.¹⁴ Con ello inaugura una tradición dentro del progresismo mexicano que ahora cumple, junto con la nación en sentido jurídico, dos centurias: la de confundir el problema indígena con el agrario, asumiendo que con la corrección de los abusos (como el que se presentó durante el setecientos con el fraude a la ley que implicaba el arrendamiento a latifundistas de tierras que eran de las comunidades) quedaba resuelta, en sentido revolucionario, la cuestión. De la aplicación de los usos y costumbres indígenas no se dice, por supuesto, una sola palabra.

José María Morelos, el gran cura, general y estadista de la guerra por la Independencia, se apresuró en El Aguacatillo (17 de noviembre de 1810) a abolir las castas (“a excepción de los europeos todos los demás avisamos, no se nombran en calidades de indios, mulatos ni castas, sino todos generalmente americanos”) y a terminar con el tributo, la esclavitud y las cajas de comunidad, con lo que los individuos “percibirán las rentas de sus tierras como suyas propias”. Años después, desde Oaxaca y ya como capitán general, Morelos reiteraría que los “naturales” (no las comunidades) debían ser “dueños de sus tierras y rentas, sin el fraude de entrada en las cajas”, pudiendo los indios “comerciar lo mismo que los demás, y que por esta *igualdad* y rebaja de pensiones, entren como los demás a la contribución de alcabalas”.¹⁵ Nada, pues, de pluralismo jurídico. La Nueva España sería desmontada por completo, a través del conocido expediente revolucionario: una sola ley para todos los individuos.

Curiosamente ocurría algo semejante en la otra orilla Atlántica, en las Cortes de Cádiz que peleaban por la otra Independencia, la que se daría respecto de Napoleón y que se refería, también, a la soberanía de la nación pasando por encima del monarca. Pues bien, aquellas Cortes “generales y extraordinarias de la Monarquía” establecieron el 9 de noviembre de 1812, con miras a “remover todos los obstáculos que impidan el uso y ejercicio

¹⁴ Cf. Torre Rangel, J. A. de la, “La larga marcha jurídica de pueblos y comunidades indígenas por la dignidad y la autonomía (1808-2010)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 34, 2010, pp. 48-50.

¹⁵ Oaxaca, 29 de enero de 1813. Cf. Torre Rangel, J. A. de la, “La larga...”, cit., pp. 50 y 51.

de la libertad civil de los españoles de Ultramar”, la abolición de los repartimientos de indios o “mitas”, así como de todo “servicio personal” o “mandamiento” impuesto a los naturales originarios, a quienes además de ser casados o mayores de veinticinco años fuera de la patria potestad, se les repartirían tierras “que no sean de dominio particular o de comunidades”, si bien estas últimas cuando fuesen “muy cuantiosas con respecto a la población del pueblo” se repartirían hasta en una mitad, previo acuerdo de la diputación provincial correspondiente que atendiera a las “circunstancias particulares” de cada lugar.

Más allá de que las disposiciones parecen atender a las peculiaridades del Perú (la terminología es meridional: “mitayos”, “faltriqueras”, etcétera), destacan la intención de convertir al indio en “ciudadano español” y la expresa determinación constitucional respecto de su españolidad en “pie de igualdad” con los blancos europeos y americanos: algo de lo que no gozaron en plenitud las castas de mulatos y pardos. Una igualdad que traería, por supuesto, la eliminación del uso-costumbrismo.

En la misma tónica, el Decreto constitucional de Apatzingán, la más importante de las leyes constitucionales de la insurgencia mexicana (22 de octubre de 1814), ofrece una serie de conceptos sobre la “ley” que resultan de una gran profundidad y, a la vez, de cierta ingenuidad: ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común (artículo 18); debe ser igual para todos “pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esa regla común” (artículo 19). “La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general” (artículo 20). El mensaje para las comunidades indígenas quedaba claro: tendrían que sacrificar su “inteligencia particular” (o, por mejor decir, sus inteligencias comunales) a una “voluntad general” que no admitiría por ningún motivo la objeción de conciencia y que, a despecho de su rousseauiano ropaje de pacto *societas* respetuoso de los derechos existentes en el *status naturae*, nombraría una vocería estatalista (la nación en sede congresual) que lo otorgaría todo y, por ende, podría retirarlo todo, dado que en Rousseau mismo la voluntad general es esencial e intransmisiblemente soberana. Y así, no sólo para los indios, la legalidad llegó a ocupar el lugar de la juridicidad.

Así es que bien fuera desde la nación bihemisférica y panhispánica (Cádiz) o desde el conglomerado nacional restringido a la América septentrional (Apatzingán), los derechos indígenas tolerados por la regulación india-na tendrían que ser arrancados de raíz. El plan que llevaría a México a

la obtención definitiva de su Independencia (Plan de Iguala o de las tres garantías, 24 de febrero de 1821), con su obsesión por la unión de todos los habitantes y territorios que conformaban la Nueva España, se hará cargo de la necesidad monista y llamará “americanos” y “ciudadanos de esta Monarquía” a todos los habitantes del país, sin reparar en sus orígenes europeos, africanos, asiáticos o aborígenes. Regiría entre ellos un estricto e inmatizado “pie de igualdad”.¹⁶ En este sentido, Agustín de Iturbide, autor del plan y primer emperador de México, será también el primero de nuestros gobernantes liberales y, aunque deseara un gobierno “moderado por una Constitución adaptable al reino”, tal moderación no pasaría por el reconocimiento de capacidades normativas a las comunidades alternas a la dominante.

Conviene hacer un alto para reparar en el *Discurso* de Estocolmo pronunciado en este año bicentenario por un latinoamericano, Mario Vargas Llosa, al recibir el Premio Nobel de Literatura. El *Discurso* es signo de madurez, de abandono de una puerilidad que dura ya veinte décadas y que no se arredró ante el precoz estatalismo al que ya me he referido: no es que el niño precoz madure primero; es que empieza antes con una adolescencia que parece no terminar jamás.

Las palabras de Vargas Llosa pueden significar que hoy, desde una América compleja, contradictoria y complicada, comenzamos, por fin, a hacernos cargo de nuestras responsabilidades y a abandonar la imagen de la desnaturalizada madre España como pretexto perfecto para la incompetencia:

La conquista de América fue cruel y violenta, como todas las conquistas, desde luego, y debemos criticarla, pero sin olvidar, al hacerlo, que quienes cometieron aquellos despojos y crímenes fueron, en gran número, nuestros bisabuelos y tatarabuelos, los españoles que fueron a América y allí se acriollaron, no los que se quedaron en su tierra. Aquellas críticas, para ser justas, deben ser una autocrítica. Porque, al independizarnos de España, hace doscientos años, quienes asumieron el poder en las antiguas colonias, en vez de redimir al indio y hacerle justicia por los antiguos agravios, siguieron explotándolo con tanta codicia y ferocidad como los conquistadores, y, en algunos países, diezmándolo y exterminándolo. Digámoslo con toda claridad: desde

¹⁶ Un años después de obtenida la Independencia, el Congreso constituyente decretó, en cumplimiento del artículo 12 del Plan de Iguala, “que en todo registro y documento público o privado al sentar los nombres de los ciudadanos de este Imperio, se omita clasificarlos por su origen”. Con ello se consolidó la abolición iturbidista de las “condiciones” y de los “tipos humanos”, una abolición que, como hemos visto, abrevaba de Morelos. Cfr. González Oropeza, M., *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 13.

hace dos siglos la emancipación de los indígenas es una responsabilidad exclusivamente nuestra y la hemos incumplido. Ella sigue siendo una asignatura pendiente en toda América Latina. No hay una sola excepción a este oprobio y vergüenza.

II. EN EL ENTRONQUE DE LOS MILENIOS: LA CRÍTICA DEL POTAJE

El gran salto que no hemos sabido dar es el que va de la tutela al indio como “vasallo rústico y miserable de Su Majestad” a la tutela jurisdiccional efectiva del “ciudadano indígena”. En cierto modo permanecemos anclados en el siglo XIX, con su incomodidad manifiesta hacia la existencia de los *otros* ciudadanos, y así como el diputado Espiga pudo manifestar en las Cortes de Cádiz, para azoro de historiadores y de generaciones venideras, que en la España peninsular ya no había gitanos gracias a las medidas adoptadas por Carlos III, el México juarista ha pretendido acreditar la inexistencia de las categorías “indio” y “español” para supuestamente acrisolarlas en la pétrea e inexorable de “mexicano”. Para una sola nación, una sola ley, una misma felicidad, un idéntico concepto de justicia. Se ha destacado siempre lo paradójico que resulta que el presidente que logró consolidar idea semejante haya sido precisamente el presidente indígena, Juárez. No lo es tanto: don Benito parecía tan pétreo e incommovible como el nada dúctil Estado mestizo que nos dejó.

Nuestro federalismo, que viene de Cádiz, de Filadelfia y del primer intento imperial, no se planteó nunca ser una federación de comunidades autónomas, libres y autogestionadas como las que han sugerido en el siglo XX Tannenbaum, Illich y Zaid. El espacio republicano de las libertades, en la caracterización de Häberle,¹⁷ prefirió pasar por la configuración hasta cierto punto artificiosa de “Estados” o “entidades federativas” sobre la base de las antiguas intendencias y de las recién estrenadas diputaciones provinciales, y de “municipios” de planta no hispanorromana sino doceañista, tal como ha probado Annino.¹⁸ Municipios que, encima, pasarían a regular a las repúblicas de indios, con la administración de las cajas de comunidad incluida.

Quizá no esté de más revivir la antigua tesis de nuestra “imitación extratológica” del modelo estadounidense colocados en esta atalaya que pre-

¹⁷ Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, México, UNAM, 2001.

¹⁸ Véase entre muchos Annino, A., “Voto, tierra, soberanía. Cádiz y los orígenes del municipalismo mexicano”, Guerra, F. X. (dir.), *Revoluciones hispánicas. Independencias americanas y liberalismo español*, Madrid, Cursos de Verano de El Escorial, Editorial Complutense, 1994.

tende tomar en cuenta la perspectiva indígena, por cuanto tomamos de los Estados Unidos y de Cádiz la idea unívoca de “nación”, la que en última instancia lleva a la célebre sofisma del abate Sieyès en la Asamblea *Nacional*: si “nación” es “tercer estado” no caben en ella privilegiados (*i.e.*, gente que haga uso de sus “propias leyes”): ni nobles, ni clérigos, ni militares. Pero tampoco indios ni gitanos.

Tal ha sido la lógica con que nos hemos movido durante los pasados doscientos años. Si somos conscientes de nuestros límites, de aquello para lo que alcanzan las vidas humanas, pretender erradicarla parece absurdo. Se puede, con todo, emplear algunos aspectos de la misma lógica para impulsar pequeños grandes cambios en un sentido minimalista: muchos han hablado, en América Latina, del “uso alternativo del derecho”. Algunos han ido más allá y se han pronunciado por una “jurisprudencia de la liberación”, brindando sin querer la razón al Schmitt que afirmaba que el razonamiento jurídico moderno no es sino teológico. Se trata, en cualquier caso, de emplear categorías racionalistas sagradas, como la de “Ley”, en beneficio de quienes más las requieren: los parias de la modernidad política, del “absolutismo jurídico” que dice Grossi, y que entre nosotros poseen un innegable rostro indígena.

“Legalizar” es, por equívoca, mala palabra. Implica, por ejemplo, que uno de los instrumentos *jurídicos* por excelencia, la objeción de conciencia, pareciera no serlo en razón de su “ilegalidad”. Con todo, y para entendernos con la tipología ilustrada, sería útil “legalizar” ciertas prácticas, como la migración internacional, con miras a hacer visibles a los indígenas y saúcos de la clandestinidad. Si el *ius migrandi* es, en serio, un derecho fundamental —y el primero de ellos—, parece absurdo el empeño gubernamental por erigir la “fortaleza norteamericana” imponiendo a las poblaciones de la tierra media india fronteras que les son ajenas y que generan una cantidad de dolor evitable que resulta francamente indignante. Lo hemos visto con los recientes secuestros y ejecuciones masivas de centroamericanos en México. Lo que la gente hace por llegar a los Estados Unidos y lo que los gobiernos hacen por impedírselo constituyen la génesis de actividades clandestinas que poseen una magnitud inimaginable. Y todo por no reconocer a la migración como un derecho básico, humano. Y todo por brindar a los visados un carácter *legalizador* de las personas.

Constituye lo anterior ejemplo pertinente de lo que la práctica de los *derechos en serio* (la expresión, como se sabe, es de un norteamericano) podría hacer por las comunidades indígenas de nuestra América. Es un tema de utilidad marginal, de hallarle sentido a la justicia de los Estados. Pero para

que el aparato judicial estatal sea apreciado es preciso que funcione. Me gusta, en este sentido, citar la Recomendación 53/2010 dirigida por el Ombudsman nacional al gobernador de Chiapas en el sentido de concientizar a las comunidades acerca del orden normativo mexicano, del sistema judicial y de su armonización con los usos y costumbres indígenas, con miras a resolver casos tan graves como el de la intolerancia religiosa que se presentó en el ejido Lázaro Cárdenas Chilil, en Huixtán, Chiapas. Y me gusta porque es claro que si el orden normativo de la República así como su sistema judicial fallan, ni las comunidades, ni sus integrantes, ni ningún ser pensante podrán encontrarles utilidad alguna y continuarán, en consecuencia, resolviendo sus diferencias religiosas, nunca mejor dicho, “como Dios les dé a entender”.

Lo que los órdenes jurídicos que conviven con el uso-costumbrismo deben asegurar es un goce idéntico de derechos para todos en lo que se refiere a la extensión, no al contenido de los mismos. El debido proceso, como conquista de Occidente, sirve para el aterrizaje de un régimen de libertades e igualdades en la diferencia y evita los abusos derivados de un multiculturalismo mal entendido. No puede permitirse que nadie, ni siquiera otro indígena, trate a un indio solamente como un medio, haciendo abstracción de su dignidad.¹⁹ En este sentido, Las Casas es un Kant *ante litteram*.

Fray Bartolomé, en efecto, supo ver —con una claridad que nadie más tuvo en el siglo de la Conquista— que pueden aceptarse todas las diferencias con una salvedad: la diferencia en dignidad, puesto que la dignidad es el fundamento de la igualdad. Esto asegura el tratamiento de la persona humana como un fin en sí misma y evita los sacrificios estériles.

La comunidad, en cambio, es siempre un medio, lo que no le resta importancia. La jerarquización típica de las etapas racionalistas así como el individualismo kantiano que se emplean en 1812 y en 1857-60 provocan que las comunidades indígenas se asimilen a las monásticas y frailunas, y que se consideren tierras de “manos muertas” las que por siglos habían correspondido a los pueblos. Se peleó una guerra en México, la de Reforma, para dejar establecido principio individualista semejante, y sólo tras una intervención extranjera, un Imperio y varias dictaduras de ropaje republicano se llegó a una tensa fórmula de compromiso dilatorio basada en la resignación de las comunidades de indios y mestizos y en la consolidación paralela del régimen de las grandes haciendas en el sur de México. El latifundismo,

¹⁹ Tal es la tesis que sostiene a todo lo largo de su opúsculo Garzón Valdés, E., *Los derechos electorales de los pueblos indígenas en México*, (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2010).

base y cimiento de la producción agrícola capitalista, hizo que los pueblos pusieran en segundo plano la cuestión de sus usos y costumbres, de su autonomía, por cuanto resultaba mucho más perentorio para ellos el problema de la tenencia de la tierra.

La Revolución mexicana (1910-1938) utilizó al liberalismo como un “mito político unificador” en la expresión de Charles Hale. Se olvidó de la desamortización y del combate a las corporaciones al tiempo en que profundizó el culto a Juárez, Lerdo y Ocampo. Repartió tierras a las comunidades para cumplir con Zapata y con los zapatismos, pero no quiso hablar, como tampoco quisieron Hidalgo y Morelos, del pluralismo jurídico, con la agravante de que, al menos en su versión cardenista, el reparto agrario no lo haría nadie más que el Estado, desde el centro, con un afán uniformizador que ralentizó la voluntad y la querencia de comunidades e individuos y que no vino a cuento en grandes extensiones del norte de la República, mucho más propicias a la pequeña propiedad individual propia de una Norteamérica a la que se pertenece geográfica y culturalmente.²⁰ Apareció de nuevo el tema del absolutismo jurídico, de la imposición de modelos indúctiles desde el centro, y de él no hemos salido.

Y no saldremos mientras no comprendamos que en estos temas el operador jurídico tiene que hacer uso de la ponderación entre los derechos individuales y los colectivos o históricos para no discriminar y no permitir que la comunidad indígena discrimine. Con la reforma constitucional de 2001, que de alguna forma vino a hacer eco, en el orden fundamental de la República, del levantamiento neozapatista de 1994 (un alzamiento, por cierto, encabezado por un ejército que se autocalificó de “liberación nacional”), la nación mexicana se reconoció una aunque pluricultural, y los usos y costumbres de pueblos y comunidades indígenas pasaron a ser aplicables con toda la amplitud posible siempre que fuesen respetuosos de los derechos humanos, particularmente de los de las mujeres.

Como se habrá advertido, la categoría “derechos humanos” vino a sustituir la referencia que hacían las Leyes de Indias a la religión católica y a las regulaciones del rey. No es exagerado decir que para los indígenas ambas formas poliseculares de expresión son maneras de denominar una misma realidad: la civilización que en forma traumática llegó por los mares de Levante. Pues bien, así como “nuestra sagrada Religión” terminó por

²⁰ Son iluminadoras al respecto las líneas de Katz, F., *Pancho Villa*, trad. de P. Villegas, México, Era, 1998, pp. 25-51, si bien se señala (p. 44) lo agraviadísimo que se hallaron los *pueblos* de Chihuahua, estado norteño, con las medidas anticomunales del gobernador Creel durante la *pax porfiriana*.

representarles utilidad y por convencer a las comunidades, es necesario hoy que los indios de México se convenzan de lo útiles que resultan los derechos fundamentales para estructurar vidas dignas, útiles y plenas.

Convencimiento semejante no pasará sino por un replanteamiento casi absoluto de nuestros legolátricos Estados latinoamericanos. Reconocer dignidad al individuo implica reconocerle capacidad absoluta de fungir como legislador moral y tomar sus propias determinaciones.²¹ De ahí que cuando esas determinaciones parecen perjudicarlo para favorecer a la comunidad (como en el caso de los votos monásticos, o en el del tequio, trabajo obligatorio y gratuito que se impone al individuo en algunos pueblos indígenas del México meridional), el Estado legicentrista y kantiano que heredamos del XIX responda con una virulencia digna de la ley Le Chapellier. Ello contradice un aspecto esencial de la dignidad humana: el derecho a la diferencia, como fue captado por Bernanos en *Diálogo de carmelitas*. Vulnera también la libertad individual, personalísima, de renunciar a lo que el Estado considera indispensable para el desarrollo de mi personalidad y para mi acceso a la felicidad. Se trata, como puede verse, de un problema etimológicamente *religioso* (de lo que “vuelve a vincular”) y nos coloca, de vuelta, en la encrucijada de los voluntarismos.

El Estado mexicano continúa siendo profundamente paternalista. No se siente cómodo permitiendo que comunidades de ningún tipo decidan, en serio, los propios caminos, autogestionándose y autorregulándose. El célebre convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales le sigue siendo poco confortable (en general, aunque esa es otra historia, los tratados internacionales, merced a un nacionalismo que deriva en absolutismo jurídico de la peor ralea, incomodan desde siempre a la República).²²

Es preciso, para ser equitativos, tratar de comprender: si la incomodidad se deriva de una genuina preocupación por la no instrumentalización de los individuos en sede indígena, por la vigencia efectiva y universal de los derechos fundamentales, va una sugerencia de corte procesal, de debido y correcto proceso que pretende hacer operativa una figura tan mexicana como la del juicio de amparo, superando su individualista diseño procesal: ¿por qué no pensamos en las comunidades indígenas a las que se refiere el artículo 2o. constitucional como autoridades responsables para efectos del amparo? Reparemos por un momento en lo que ello implicaría para las

²¹ Garzón Valdés, *Los derechos...*, cit., pp. 27-32.

²² Moctezuma Barragán, J., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas”, *Voz y Voto*, México, núm. 211, septiembre de 2010, pp. 23-26.

relaciones familiares entre los naturales: la situación de la mujer daría lugar a un buen número de precedentes de amparo, pues ni la comunidad ni sus usos y costumbres podrían darle el indigno trato de instrumento, pero las modernas repúblicas de indios no perderían su capacidad autonómica ni sus derechos colectivos a la identidad. Se cumpliría, además, con la recomendación 64 realizada por Japón al Estado mexicano en el marco del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas (2010): “Revisar el sistema judicial” con miras a terminar con disparidades y discriminaciones injustificadas. Parece un buen modo de comenzar con la ponderación y con la equidad pues, como ha dicho Carpintero, no hay más justicia que la del caso concreto.

Con este tipo de medidas y rediseños la justicia de la Unión tutelaría, por fin, los derechos humanos de *todos* los nacionales mexicanos, aun cuando vivan en *comunidad*. Y quizá, sólo quizá, comenzaría la era del México nacional, plurijurídico, adulto y definitivamente libre.

**JUICIO DE AMPARO MEXICANO
Y PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO PERUANO.
SUS ANTECEDENTES NOVOHISPANOS:
LOS AMPAROS COLONIALES**

Gerardo ETO CRUZ*

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *Introducción*. III. *Las fuentes documentales del amparo colonial mexicano*. IV. *Una aproximación al amparo colonial*. V. *La propuesta de Lira: un boceto comparativo del amparo colonial y del juicio de amparo*. VI. *El amparo colonial en el Perú*. VII. *Modos de adquisición de propiedad en el virreinato del Perú*. VIII. *Medios de defensa de la tierra en el virreinato del Perú*. IX. *Comparación entre el amparo colonial mexicano y las figuras de interdictos en el virreinato peruano, de acuerdo con sus elementos constitutivos*. X. *Epílogo*.

I. PRELIMINARES

En el mundo siempre existen fechas en que se recuerda algo; hay fechas en las que la historia de la humanidad se vuelve para atrás, en retrospectiva, muchas veces para celebrar algún hecho apoteósico; otros tantos hechos fueron negativos, pero a partir de los ciclos históricos en que se gestaron, sirven para entender y reconstruir el pasado a partir de la proyección contemporánea.

Peter Häberle reflexiona las “grandes fechas y grandes personajes” en las que el Estado constitucional sea a nivel cosmopolita o en sus “variantes nacionales” se recuerde alguna efeméride o algún “cumpleaños constitucional”.¹

* Doctor en derecho público por la Universidad Santiago de Compostela; profesor de derecho constitucional en las universidades Nacional de Trujillo, Mayor de San Marcos, y de San Martín de Porres. Ex magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, introducción e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, México-Lima, 2003.

En lo que respecta a los orígenes históricos del derecho procesal constitucional, el profesor Néstor Pedro Sagüés, hace muchos años, ha identificado tres “cumpleaños” de esta disciplina, cumpleaños en el sentido de la aparición ontológica de algunas “materias”, que a la postre, serían pasibles de ser estudiadas por lo que hoy denominamos todos los indoiberoamericanos como “derecho procesal constitucional”. Estas fechas emblemáticas, corresponden a las siguientes: *a)* primer cumpleaños: el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la *Hábeas Corpus Amendment Act*, y que constituyó el tratamiento en la técnica legislativa más avanzada de la época en la que se reguló el proceso de hábeas corpus; *b)* segundo cumpleaños: el 24 de febrero de 1803, en que se expide el célebre fallo del *leading case, Marbury vs. Madison*, en donde se configura la matriz y soporte del control judicial americano o difuso; *c)* tercer cumpleaños: el 10. de octubre de 1920, fecha en la que se promulga la Constitución de Austria, en la que se introdujo, bajo la batuta de Kelsen, un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional.²

A estas tres efemérides bien puede incorporarse un “cuarto cumpleaños”, que se ubica en el interregno de 1803 y 1920: el 31 de marzo de 1841, fecha en la que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán, que, bajo la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, dio lugar a la creación de un instituto que hoy se ubica, a nivel planetario, en los cuatro continentes:³ el juicio de amparo.⁴

² Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2006, pp. 21 y ss.

³ Así, se encuentra presente en 31 países, correspondiendo 17 a Latinoamérica, 12 a Europa, uno a África y otro a Asia. Véase, al respecto: Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

⁴ Sobre el origen y nacimiento del amparo mexicano existen mil y un ensayo (Hurtado Márquez, Eugenio, *Ensayo bibliográfico de derecho constitucional mexicano y de garantías, amparo y derechos humanos*, 2a. ed., UNAM, México, 1998), por lo que nosotros preferimos identificar dicha fecha el 31 de marzo de 1841 en la que la Constitución del Estado de Yucatán establecía ya el amparo, y que según Fix-Zamudio “con toda razón Manuel Crescencio Rejón es considerado como uno de los creadores de nuestra máxima institución procesal, y también el primero que en Latinoamérica determinó la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Al introducir el nombre del amparo, el ameritado publicista yucateco tuvo el acierto de haber exhumado, deliberadamente o no, un vocablo tan hermoso y expresivo, evocador y legendario. A nivel nacional, el amparo fue establecido en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, que debe su nombre a que dicho documento introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida. Esta acta se inspiró en forma indubitable en el proyecto redactado por el otro distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, ya

Hoy, a 200 años de aniversario de la instalación del Primer Tribunal en Ario (1815-2015), resulta pertinente mirar en retrospectiva el proceso de amparo en torno a sus viejos antecedentes entre México y Perú. En efecto, lo que a continuación se desarrolla, a propósito de efemérides, cumpleaños y recuerdos constitucionales, es que existe un periplo en paralelo del juicio de amparo mexicano y el proceso de amparo peruano, oficialmente el primero tiene la fecha ya indicada del 1841, y el de Perú bien puede oficialmente tener como fecha de aparición del amparo con su reconocimiento histórico en la Constitución de 1979. 1841 y 1979 serían fechas históricas en ambos países. Mas, lo que aquí sigue, son líneas de reflexión en paralelo de México y Perú: el amparo, antes de su consagración en el México republicano del siglo XIX, y la del Perú republicano en el siglo XX, ya existía un viejo antecedente: la presencia en ambos países del *amparo colonial*, que no sólo lo ha tenido México, sino también Perú.

II. INTRODUCCIÓN

A raíz de la revolución historiográfica operada a inicios de los setenta en América Latina, cuyo auge coincidió, en el Perú de Velasco, con el *boom* de las ciencias sociales⁵ y, en México, con la presencia de CLADE, surgieron nuevas metodologías en torno a la historia económica y social. En este contexto, emerge una generación de historiadores formados en etnohistoria y en lo que se ha denominado la “historia desde abajo”. Como anota Peter Klarén, “esta es la historia sobre y desde la perspectiva de quienes no tienen el poder: trabajadores, campesinos, esclavos, mujeres, y así sucesivamente, las llamadas clases subalternas que pueblan cada vez más la historia poscolonial latinoamericana”.⁶

En el marco de estas nuevas corrientes de investigación histórica, es que aparece en México el libro de Andrés Lira sobre los antecedentes coloniales del amparo mexicano.⁷ El profesor mexicano, luego de criticar una

que en el art. 25 del propio documento constitucional se implantó la disposición calificada como «Fórmula Otero», que todavía subsiste». (Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 373, y del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 26).

⁵ Bernales, Enrique, *El desarrollo de las ciencias sociales en el Perú*, Lima, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1981, pp. 22 y ss.

⁶ Klarén, Peter F., *Nación y sociedad en la historia del Perú*, trad. de Javier Flores, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005, p. 17.

⁷ Existe una férrea posición respecto al surgimiento del amparo en México. Posición nacionalista que se traduce en la tesis de que el amparo como institución protectora de la

concepción de la historiografía jurídica que sólo atendía a las fuentes normativas, derribaría el mito de que el amparo fue un instituto creado única y exclusivamente bajo la inspiración individual de Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, afirmando con bases documentales concretas que el amparo mexicano tenía precedentes claros antes de 1840 y de 1847. En efecto, anota el historiador y jurista mexicano que ya en la época colonial se aprecia una larga tradición que institucionaliza el amparo dentro de un sistema de derecho, no tan expreso formalmente como el constitucional mexicano, pero sin duda, sí más vigente en la realidad.⁸

Queda expectante pues la pregunta, dada la cercanía de las disposiciones virreinales, mexicanas y peruanas, si es que los antecedentes del amparo fueron exclusividad del virreinato mexicano, o si es que se pueden apreciar sus características en otras realidades coloniales como era el virreinato del Perú.⁹

Para responder a esa pregunta, desarrollaremos lo que significó el *amparo colonial* mexicano y a través de un análisis comparativo observaremos si en el Perú se desarrolló una figura similar o idéntica.

III. LAS FUENTES DOCUMENTALES DEL AMPARO COLONIAL MEXICANO

El profesor Lira explica que las fuentes documentales en que se revela el amparo colonial se sustentan en archivos históricos. De este modo, el jurista mexicano ha construido o reconstruido esta parte de la historia del amparo, utilizando uno de los métodos que Paolo Grossi ha definido como de ineludible manejo en el oficio del historiador del derecho: el *método filológico* para el

persona y como medio de control político nace de la tradición de sus Constituciones escritas ya bien entrada la primera mitad del siglo XIX. El profesor Andrés Lira, excusando a Vallarta, quien realizó una comparación, en 1881, entre el juicio de amparo y el *writ of habeas corpus*, tildada como formal por el insigne maestro mexicano, señala: "...el XIX mexicano es en muchos sentidos un siglo ansioso de renovación y de rompimiento con el pasado colonial...", en Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del juicio de amparo)*, prólogo de Alfonso Noriega, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 1.

⁸ La necesaria comparación entre estas instituciones nace, según el profesor Andrés Lira, principalmente desde el punto de vista histórico y social, la similitud de nombre, la finalidad parecida o idéntica (protección jurídica otorgada a las personas frente a actos de autoridad), su estructura jurídica, funcionamiento especial y como medios para la realización del ideal de justicia en sus distintos tiempos.

⁹ Una aproximación general del virreinato peruano se puede apreciar en Vargas Ugarte, Rubén, *Historia General del Perú. Virreynato (1596-1689)*, Lima, Editorial Carlos Milla Batres, 1966, vol. IV.

estudio de las fuentes documentales. Andrés Lira narra el sumergimiento en las fuentes histórico-documentales del amparo de la siguiente manera:

El Archivo General de la Nación de México y el Archivo Judicial de la ciudad de Puebla, cuyos fondos documentales datan del siglo XVI y llegan hasta bien entrado el período nacional. En el primero, a través de los índices del Ramo de Indios y del de General de Partes, del de Mercedes y Tierras, Clero Regular y Secular y el de Criminal, hemos obtenido noticia de 532 casos de amparo a diferentes personas, y sacado la copia de 107 documentos de aquellos que nos parecen más típicos, para compararlos con otros 57 que presentan rasgos diferentes por ser casos de protección distintos del amparo. Con este procedimiento nos aseguramos de la existencia de la institución colonial y de sus características particulares que la hacen inconfundible con otras instituciones de protección en general. Del Archivo Judicial de la ciudad de Puebla obtuvimos copia de dos testimonios de amparo.

Fuera de los archivos históricos, en el Archivo del Juzgado de Distrito del Distrito Federal, en el amparo N° 1903/66, que se refiere al municipio de Santa Cruz Atizapán, Estado de México, encontramos interesantísimos antecedentes históricos de amparo colonial relacionados con juicios de amparo del siglo XIX y del actual, otorgado uno, después de varias protecciones en la posesión de tierras al pueblo, en 1887 y otro en 1966.¹⁰

Es así como se puede apreciar que durante la primera mitad del siglo XVI ya se encontraban remotos antecedentes del amparo novohispano; sin que estos procesos lleguen a tener una figura definitiva de los elementos que hoy la prefiguran.

IV. UNA APROXIMACIÓN AL AMPARO COLONIAL

En todos los casos que revela el profesor Lira, destaca nítidamente determinados elementos que identifican a la institución del juicio de amparo mexicano.¹¹ Así, se aprecia que existen los siguientes elementos constitutivos:

¹⁰ Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, cit., pp. 13 y 14.

¹¹ Petición de amparo de los indios “vecinos e moradores” de Santiago Tlatelolco del 10. de febrero de 1537; Mandamiento del Virrey Don Lorenzo Suárez de Mendoza del 15 de noviembre de 1582; Mandamiento de amparo de Don Álvaro Manrique del 14 de diciembre 1587 y del mes de octubre de 1589; Mandamiento de amparo del Alcalde Mayor del Pueblo de Querétaro de 10 de septiembre de 1590; Mandamiento de amparo de Don Rodrigo Pacheco Osorio, Marqués de Cerralvo del 10 de julio de 1630; Mandamiento de amparo expedido por el Virrey Antonio Sebastián Toledo Molina y Salazar del 8 de junio de 1966; Mandato de amparo de Don Joseph Sarmiento del 18 de febrero de 1701; Mandamiento

- a) La petición o demanda.
- b) El quejoso, que resultan ser normalmente indios o “vecinos o moradores”.
- c) Acto reclamado, o agravios consistentes en despojos de tierras, actuales y futuros, con alteración de la posesión pacífica.
- d) El derecho de propiedad de los quejosos.
- e) Unos agraviantes o responsables del acto reclamado, que actúan contra derecho en perjuicio del quejoso.
- f) Una autoridad a la que se acude en demanda de amparo, que en este caso es el rey.

En su intento de definición, Andrés Lira diseña una *clasificación lógica* de los *elementos esenciales del amparo colonial*, agrupándolos, luego de agregar el elemento diferenciador, en elementos *personales* (autoridad protectora, quejoso y agraviantes o responsables del acto reclamado), de *procedimiento* (petición o demanda de amparo y disposición o “mandamiento de amparo”) y *materiales u objetivos* (actos reclamados y derechos protegidos). Dicha agrupación la diseña consciente de la inalterabilidad de estos elementos en la época colonial por lo que su denominación de *esenciales del amparo colonial* resulta una consecuencia necesaria.

Con estos delineamientos, Andrés Lira define la institución novohispana:

El amparo colonial es una institución procesal que tiene por objeto la protección de las personas en sus derechos, cuando éstos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente, y conforme al cual una autoridad protectora, el virrey conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe de la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y/o futuros que se siguen para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación.¹²

de amparo de Don Luis de Velasco del 29 de enero de 1590, del 17 de septiembre de 1590, del 20 de octubre de 1590, del 24 de diciembre de 1590, del 24 de diciembre de 1590, del 30 de enero de 1591, del 4 de septiembre de 1591, del 23 de septiembre de 1591, del 10 de abril de 1592; Mandamiento de amparo de Don Rodrigo Pacheco Osorio del 20 de septiembre de 1630 y del 14 de diciembre de 1630; Mandamiento de amparo del 23 de enero de 1632; Mandamiento de amparo del 4 de abril de 1633, y Mandamiento de amparo de Don Toledo Molina del 1o. de diciembre de 1666.

¹² Lira González, Andrés, *op. cit.*, p. 35.

Como se puede verificar, la institución del amparo colonial es eminentemente protectora y esto con razón dado el régimen protecciónsta que tuvieron los indios como gobernados, consideración especial que se traduce en una clara diferenciación con otros grupos étnicos y castas. Los indios fueron un grupo étnico o estrato social jurídicamente determinado en la sociedad colonial; es por esto que la mayoría de casos presentados por Andrés Lira, se refiere a protección de indios (*... me pidieron mandase ampararla... y conforme a ellos la ampareis*), máxime si eran considerados, dado el paternalismo protecciónsta inserto en la sociedad colonial,¹³ como la parte débil de la sociedad a la que veían con especial empeño y cuidado en su condición de “vasallos o personas miserables”. Esto, aunado a la existencia del “...principio general de que el Rey y sus representantes tenían la obligación de cuidar el orden y la protección de sus gobernados, en tanto que el primero era «Amo y Señor natural» que debía impedir los abusos de cualquier persona frente a otra, y cuidar de no cometerlos él, y los segundos obraban en sus cargos siguiendo fines semejantes”,¹⁴ conllevaban necesariamente al origen del amparo como institución protecciónsta.

¹³ Los rasgos distintivos de la sociedad colonial hacen de la institución del amparo una figura eminentemente protecciónsta, dado que se trataba de una sociedad constituida por una población multirracial (complejidad étnica) y cada grupo racial (españoles, indios, mestizos, negros y castas) tenía una situación propia dentro de esa sociedad, con un estatuto jurídico propio; debido a la diversidad de problemas entre los grupos, creándose una desigualdad jurídica social de los estatus propios de cada grupo étnico, permaneciendo como característica fundamental; en sí una sociedad estamental con grupos étnicos y estatus jurídico social diferentes. Respecto a la forma de gobierno, existía una marcada centralización del poder en manos de un monarca absoluto y el fortalecimiento de la burocracia. Existía una dominación racional entre los gobernantes y los gobernados, estableciéndose una relación o vínculo personal, un paternalismo acentuado y predominancia del apego a las personas investidas del poder. El derecho, para evitar el choque de estamentos, da a cada grupo una situación jurídica propia, que paradójicamente acrecentó aún más los conflictos entre los diferentes grupos. Para los españoles, el derecho fue racionalizado en extremo con un carácter contractual predominante en sus relaciones; para los indios, un régimen protecciónsta especial, dada su condición de parte débil de la sociedad colonial o de “personas miserables urgidas de protección”; para los otros grupos, un régimen jurídico predominantemente prohibitivo. Véase en especial el capítulo “Sistema colonial de América Hispana”, en Gandia, Enrique de y Levene, Ricardo, *Historia de América*, t. III, Descubrimiento de América Colonial Hispana, Buenos Aires, W. M. Jackson, 1942, pp. 254 y ss.

¹⁴ Lira Gonzalez, Andrés, *op. cit.*, p. 16.

V. LA PROPUESTA DE LIRA: UN BOCETO COMPARATIVO DEL AMPARO COLONIAL Y DEL JUICIO DE AMPARO

Resulta sorprendente apreciar, en paralelo, la figura del amparo en su versión colonial y en la versión contemporánea del amparo en el marco de un régimen constitucional y que ha sido planteado por el profesor Lira en los siguientes términos:

Amparo colonial	Juicio de amparo
<i>1o. Sistema jurídico al que pertenecen</i>	
Derecho escrito, legislación integrada por la recopilación de disposiciones dictadas para resolver casos concretos.	Derecho escrito, legislación establecida por órgano legislativo conforme a una Constitución escrita, norma superior.
<i>2o. Forma en que se origina la institución</i>	
Nace por costumbre judicial, al irse resolviendo los casos de protección a las personas de acuerdo con los principios generales de derecho.	Nace por disposición legal, establecido en la Constitución, y reglamentado en las leyes ordinarias.
<i>3o. Objeto de la institución</i>	
Protección a las personas en sus derechos.	Sistema para controlar los actos de autoridad, asegurando la vigencia del régimen constitucional, a través de la protección de los derechos fundamentales del gobernado.
<i>4o. Tipo del medio protector</i>	
Jurisdiccional, en un sistema de derecho en el que no hay estricta división de poderes, aunque sí se diferencian las funciones, de las que una autoridad (la Audiencia y el virrey) se encargaron sucesiva y simultáneamente (“gobierno y justicia”).	Jurisdiccional, en un sistema organizado con base en la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) a cada uno de los cuales se asigna una función (gobierno y administración, legislativa y jurisdiccional, respectivamente).
<i>5o. Alcance de la institución</i>	
<i>Autoridad protectora:</i> virrey y Audiencia, máximas autoridades. <i>Quejoso:</i> toda persona en cuanto gobernada. <i>Agraviente:</i> toda persona.	Tribunales de la Federación, máxima autoridad judicial. Toda persona en cuanto gobernada. Autoridades (órganos del Estado únicamente).

Amparo colonial	Juicio de amparo
<i>5o. Alcance de la institución</i>	
<i>Queja o demanda:</i> exposición de hechos violatorios, suspensión de actos, reparación de daños, petición de protección o amparo.	Exposición de hechos violatorios, señalamiento de la garantía violada; petición de suspensión de actos, y de protección. Puede ampliar sus alcances por la suplencia de queja.
<i>Forma:</i> no la hay predeterminada; es la forma usada en la práctica la que define la institución.	Establecida por la ley: procedimiento para la prosecución del juicio.
<i>Sentencia:</i> mandamiento de amparo; protección a las personas en sus derechos frente a una violación, sin juzgar del fondo del asunto. Impone sanciones a los agraviantes y a quienes abusan de la protección.	Protege a las personas en sus derechos, sin juzgar del fondo del asunto. Reparación de las cosas al estado que guardaban antes de violarse la Constitución.
<i>Alcance relativo:</i> sólo personas y derechos sometidos al conocimiento de las autoridades en cada caso.	Sienta criterios para definir el derecho público, pues constituye una interpretación de la ley fundamental o Constitución.
<i>Derechos:</i> derechos de la persona en general, establecidos por el sistema de derecho positivo; hay algunos (fueros, nobleza, cacicazgo, etcétera) que son de desigualdad jurídica.	Derechos fundamentales del gobernado: igualdad, libertad, propiedad, seguridad jurídica y, en el régimen de 1917, seguridad social.
<i>Actos reclamados:</i> actos violatorios de esos derechos que causen un agravio, pudiendo provenir de cualquier persona; actos presentes, pasados y futuros, se consideran las posibilidades más o menos inmediatas. Actos de autoridad, presentes, pasados y futuros, pero inminentes, que causen al quejoso un agravio personal y directo, violando sus derechos establecidos en la Constitución; esto es, se requiere la violación de esta norma fundamental.	

VI. EL AMPARO COLONIAL EN EL PERÚ

Si bien, México ha venido desarrollando, a través de la tesis de Andrés Lira, la idea de que no sólo los orígenes del amparo se manifiestan en su versión republicana, a través de los proyectos que desarrollaran en su momento Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, a la que luego seguirían insignes teóricos como Vallarta y otros, sino que incluso desde la Colonia misma, ya se manifestaban genéticamente los delineamientos del amparo moderno. No obstante, cabe aquí reivindicar con ahínco que lo propio ha ocurrido en el Perú; esto es, dada la similitud del influjo de la Corona en México y el Perú colonial, las fuentes hispánicas, prácticamente se manifestaron en ambas latitudes, y por qué no decirlo, se extendieron a las antiguas intendencias de lo que hoy son los países latinoamericanos.¹⁵

Cabe aquí verificar cómo se ha manifestado el amparo colonial en el Perú. Al respecto, bien podríamos homologar la versión de Andrés Lira, con el trabajo que en su momento publicara en el Perú Jorge Guevara Gil, donde desarrolla una aproximación empírica de los antiguos interdictos y los amparos reales que existieron en la época y que Domingo García Belaunde lo ha reivindicado en un extraordinario ensayo.¹⁶

Las principales disputas surgidas alrededor de la sociedad colonial eran relativas a la propiedad y posesión de la tierra, y aun con mayor tesón por las cultivables, en las cuales tomaban lugar tanto españoles como indígenas, enmarañándose con frecuencia en procesos judiciales para defender los derechos que creían les correspondían. El régimen jurídico de los principales mecanismos de defensa de la propiedad agraria eran los interdictos: de posse, de conservar y de recobrar.

En su libro *Propiedad agraria y derecho colonial*, Jorge Guevara Gil, a través del análisis de antiguos documentos encontrados en la hacienda Santotis, nos acerca al pantagruélico bagaje documental que significó el derecho en esta etapa de nuestra historia, donde la escritura y el derecho iban de la mano, de forma obsesiva. Nos ofrece por tanto, valiosos aportes documentales, cuyo discurso seguiremos brevemente para observar si los elementos del amparo colonial se encontraban igualmente en el virreinato peruano, y

¹⁵ Aunque no se trata en estricto de los viejos interdictos coloniales, puede apreciarse un muestreo de heterodoxos procesos en las antiguas colonias de Santo Domingo en Rodríguez Morel, Genaro, *Cartas de la Real Audiencia de Santo Domingo (1547-1575)*, Santo Domingo, Archivo General de la Nación, vol. CXLIX, 2011.

¹⁶ García Belaunde, Domingo, “El amparo colonial peruano”, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Themis, 2001, pp. 79-87.

permitiéndonos, además, dar una mirada a los primeros años del derecho colonial.¹⁷

Cierto es, como se indica en el libro, que el apegado uso del exceso documental, tiene, entre otras razones, no sólo asegurar el derecho contra toda oposición particular, sino también contra las posibles arbitrariedades del absolutismo regio.

Los documentos de Santotis ofrecen a su vez constancia de los litigios jurídicos de sus sucesivos propietarios y la historia de su formación y consolidación a través de los años, valiéndose de los mecanismos legales que se encontraban a su alcance, otras veces abusando de ellos, brindándonos así una panorámica del derecho colonial.

VII. MODOS DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD EN EL VIRREINATO DEL PERÚ

Un somero vistazo a los medios de adquisición de propiedad de la tierra en la época virreinal, presenta el siguiente esquema.

1. *La merced de tierras*

Este mecanismo de adquisición consistía en que la Corona española o sus representantes concedían a un particular el dominio sobre determinada porción de terreno. Esta forma de adquisición se otorgaba en virtud de los servicios prestados a la monarquía, especialmente en el afán conquistador y colonizador que impuso la metrópoli.

2. *Compraventa*

En función del contexto histórico social, bien se puede precisar que el término compraventa estaba relativizado con relación a como hoy lo conocemos, pues muchas veces su figura parece fundirse con la permuta. Esto se debe a que los negocios de venta de predios se perfeccionaban al entregarse con frecuencia otros bienes, como llamas u ovejas; sin embargo, es de observar que en la época colonial, el dinero era muy escaso, obligando

¹⁷ Guevara Gil, Jorge A., *Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la Hacienda Santotis. Cuzco (1543-1822)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

a aquellos que querían hacer intercambios y compras a valorizar determinados bienes (*pecunia*), y entregarlos como dinero (*pecunia numerata*). Creando así un dinero virtual, que fue el modo en que la mayoría de los negocios se perfeccionaban.

Cabe indicar una diferencia sustancial con la permuta en aquellas épocas. En ésta se intercambiaba bienes de la misma especie (por ejemplo, se intercambiaban la posesión de dos predios), mientras que en la compra-venta, como era el caso colonial, se intercambiaban predios por animales, algún artefacto, o cosas que estaban valoradas, y que sustituían al dinero en la operación.

3. *La permuta*

Como ya se ha indicado, esta institución consistía en el intercambio de bienes de la misma especie, siendo ésta su diferencia principal con la compra-venta.

4. *Posesión*

En los documentos de Santotis se observa que la posesión operó como medio de adquisición de propiedad, es decir, que se esgrimió como perfeccionamiento de la titularidad del bien. Después de la obtención del título, el propietario debía tomar posesión del bien, siguiendo determinadas formalidades, como pasearse por sus linderos, cortar algunos árboles, etcétera.

La posesión por sí misma también podía trasformarse en título de dominio a través de la figura de la prescripción adquisitiva (*usucapío*), y tenía como requisitos: plazo, justo título y buena fe.

Debe destacarse que las propiedades adquiridas eran, cada cierto tiempo, puestas a prueba, por mecanismos de consolidación de la propiedad agraria:

- a) *La composición de títulos de propiedad*: mediante la cual se legalizaban los títulos agrarios cada determinado lapso, con diversos fines, algunos simplemente por la necesidad de la Colonia de mayor recaudación tributaria.
- b) *El real amparo*:

[era] pesquisa secreta realizada por un visitador, mediante la cual debía “averiguar el título de fundación de la dicha hacienda y (los títulos) en los

cuia virtud la tiene y posee el dicho Diego de Santotis". Por el otro, debía investigar 'si los indios de provisión (tales como) los yanaconas boluntarios concertados y alquilados... an sido agraviados, vexados o (molestados) por el dicho Diego de Santotis o por su muger hijos mayordomos o criados.¹⁸

VIII. MEDIOS DE DEFENSA DE LA TIERRA EN EL VIRREINATO DEL PERÚ

1. *Interdicto de adquirir*

Por el interdicto de adquirir, los hacendados, estancieros y campesinos consagraban su derecho a la posesión de las nuevas tierras en la Colonia, inscribiendo en el propio paisaje y en el papel el derecho de posesión rural, mediante la ejecución del rituales posesorios (actos) y su plasmación por escritos (actas), tratando de establecer así certeza legal gracias al registro documental y al carácter público de su actuación.

Jorge A. Guevara Gil expresa que la tramitación de interdictos en el ámbito rural colonial fue fruto de cuatro factores:

- 1) El requerimiento que en las transferencias de predios (o bienes en general) confluían el título y el modo de adquisición. Mientras que el título de dominio perfeccionaba el derecho del adquirente, el modo de adquisición lo facultaba a aprehender materialmente el predio; es decir, primero se transfería el derecho y sólo después se practicaba la entrega del bien mediante los interdictos de adquirir.
- 2) Había la necesidad de contar con mecanismos de publicidad y registro que garantizaran el reconocimiento legal y social de los derechos patrimoniales del poseedor.
- 3) Había una exigencia de verificar los elementos constitutivos de la posesión, el *corpus* y el *animus*, por tanto el poseedor debía aprehender el bien realizando ciertos rituales como: pasear por el predio, mudar terrones, arrojar hierbas, cortar ramas de árboles, desalojar a terceros que se encontraran en el terreno materia de posesión, etcétera.
- 4) La influencia de los glosadores medievales en insistir sobre la verificación de la aprehensión corporal del predio.

¹⁸ Guevara Gil, Jorge A., *Propiedad agraria y derecho colonial*, cit., p. 187.

2. *Interdicto de conservar*

Conocido como mandamiento de amparo de la posesión, era otro instrumento legal para tutelar la posesión de la tierra, y era interpuesto por la persona que sufría la perturbación de la pacífica posesión de sus predios. El procedimiento se iniciaba con la presentación de la demanda, debiendo acreditar el demandante la posesión del bien y la perturbación sufrida o el despojo inminente de su predio, solicitando sobre esta base la emisión de un mandamiento de amparo y que el corregidor ordenara al demandado el cese de los actos perturbatorios. Se tenía que adjuntar medios probatorios necesarios para reforzar su posición, por ejemplo, información acerca de los predios, testigos, etcétera.

Luego el corregidor dictaba un auto admisorio y mandaba a actuar las pruebas ofrecidas por el demandante. Actuadas las pruebas ofrecidas (testimoniales, exhibición de documentos) el corregidor decidía si ameritaban la emisión del mandamiento de amparo. Si era así, corría traslado al demandado y convocaba a un “juicio verbal” en el que todo lo actuado y expresado por las partes era registrado en actas.

Concluida esta etapa, y en razón de 24 horas, el corregidor expedía su resolución que si era favorable al demandante, expedía el mandamiento de amparo en la posesión, o, en caso contrario, declaraba que no había lugar a la acción ni a la emisión del mandamiento.

Todo este procedimiento debía hacerse de forma expeditiva, sin embargo, y atendiendo a lo farragoso, y excesivamente escritural que era el derecho colonial, y atendiendo a factores económicos y políticos, estos interdictos podían dilatarse en el tiempo, convirtiendo en una verdadera guerra judicial, cuyas campañas y batallas ponían a prueba la paciencia de las partes, dejando, sin embargo, como resultado de la abundante producción documental una fuente “muy valiosa para la sustentación de los derecho posesorios posteriores”.¹⁹

3. *Interdicto de recobrar*

Llamado también acción de restitución de despojo o querella de despojo, cuyo objetivo era recuperar la posesión de un bien que había sido arrebatado. Se tramitaba de forma sumaria y podía plantearse dentro del plazo de un año contado desde la cesación de la violencia. Con la demanda, el

¹⁹ *Ibidem*, p. 216.

despojado debía acompañar una información contundente para acreditar su posición. Si el juez acogía lo dicho por el demandante, ordenaba la inmediata restitución de la posesión, y podía a pedido de parte, ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Estaban legitimados a interponer este tipo de interdicto los poseedores y propietarios de los bienes, siendo condición indispensable para que proceda la acción que se hubiese perpetrado efectivamente el despojo o usurpación de la posesión. La simple amenaza no era suficiente para plantearlo porque en ese caso correspondía accionar el interdicto para conservar.

El interdicto más notable contenido en la historia de Santotis, es el ventilado por Inés Tocto contra Pedro Alonso Carrasco, el mozo.

IX. COMPARACIÓN ENTRE EL AMPARO COLONIAL MEXICANO Y LAS FIGURAS DE INTERDICTOS EN EL VIRREINATO PERUANO, DE ACUERDO CON SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Habiendo revisado las características del amparo colonial mexicano y observado los medios de defensa de la propiedad agraria en el virreinato del Perú, pasaremos a establecer sus semejanzas, con base en sus elementos constitutivos que proporciona Andrés Lira y que aquí tomamos como referencia.

1. *Sistema jurídico al que pertenecen*

Derecho escrito, legislación integrada por la recopilación de disposiciones dictadas para resolver casos concretos. Dependiendo tanto de la escritura que, como ya hemos indicado, en esta época hubo un apego documental excesivo. “Lewis Hanke —nos dice Jorge Guevara Gil— es quien más nítidamente ha formulado que tanto los españoles como los indios eran gente notablemente apegada a las formas legales, sumamente interesados y hasta obsesionados por las leyes y litigios”.²⁰ Con respecto a este fenómeno en la cultura autóctona del Perú, se ha llegado a decir que la misma “fetichizó la escritura y los papeles”.²¹

²⁰ Guevara Gil, Jorge A., *op. cit.*, p. 158.

²¹ La sociedad utópica sin letrados, que deseaba la Corona, dada la naturaleza “pleíticas” de éstos, nunca pudo ser alcanzada, y más bien, los pleitos judiciales abundaban entre los habitantes del continente conquistado, no sólo entre españoles, sino entre éstos y los naturales, y entre ellos mismos. Llegaron pues los indios a un conocimiento y práctica de las batallas legales que, en muchos casos, su pericia sólo podía ser contrarrestada, en el caso de

2. *Objeto de la institución*

Protección a las personas en sus derechos.

3. *Tipo del medio protector*

Jurisdiccional, en un sistema de derecho en el que no hay estricta división de poderes, aunque sí se diferencian las funciones, de las que una autoridad (la Audiencia y el virrey) se encarga sucesiva y simultáneamente (“gobierno y justicia”) como última instancia en el virreinato.

4. *Alcance de la institución*

A. *De los elementos personales*

a. Autoridad protectora

Virrey (a partir de la segunda mitad del siglo XVI) y Audiencia Reales (gobernó entre los años 1528-1535), máximas autoridades coloniales, en el caso del Perú, los corregidores y magistrados estaban en primer término.

b. Quejoso

Toda persona en cuanto gobernada, podían ser, indios o moradores. En el caso de indios tenían que hacerlo a través de sus representantes españoles, dada la condición de miserables o incapaces relativos que tenía la población indígena:

A tal efecto concurrieron instituciones y funcionarios entre los que se cuentan los curadores, los protectores, los procuradores, e inclusive los encomenderos que, en teoría, también debían participar en este propósito... inicialmente fueron los obispos quienes fungieron de protectores; [luego]... desde 1554 a 1557 el cargo recayó en los fiscales de audiencias, y después se transfirió a funcio-

los españoles, por el aplastante poder económico y político de éstos. Véase en especial “Las audiencias” y “La justicia colonial y formas de derecho procesal”, en Gandia, Enrique de y Levene, Ricardo, *op. cit.*, pp. 262-265 y ss.

narios especializados que recibieron el nombre de protectores generales de indios desde los tiempos del virrey Toledo.²²

c. Agravante

Toda persona que se comportaba de tal manera que su conducta era una agresión sobre otra en sus derechos, era agravante para los efectos del amparo.

B. *De los elementos de procedimiento*

a. Queja, petición o demanda de amparo

Exposición de hechos violatorios, suspensión de actos, reparación de daños, petición de protección o amparo. Se tenía que adjuntar medios probatorios necesarios para reforzar su posición, por ejemplo, información acerca del predio, testigos, etcétera.

b. Forma de presentación de la queja

No la hay predeterminada; es la forma usada en la práctica la que define la institución.

c. Procedimiento

Al referirnos al interdicto de conservar observamos el procedimiento que se llevaba a cabo luego de la presentación de la demanda, estableciéndose como característica saltante que debía ser expeditivo, sin dilaciones que podrían producir perjuicios irreparables al agraviado; sin embargo, como también habíamos indicado, algunas veces, se desnaturalizaban de tal manera que podían demorar años como en el caso que enfrentó a Inés Tocato contra Pedro Alonso Carrasco, el mozo, por la posesión de 30 pozas de sal y medio topo de tierra. Este caso se llevó de manera muy diligente hasta cierto punto luego del cual se “convertirá en una antología de artimañas legales y subterfugios que los agentes sociales, económica y políticamente

²² Guevara Gil, Jorge A., *op. cit.*, p. 95.

fuertes, enarbolaron para sustentar posiciones y posesiones jurídicamente insostenibles”.²³

d. Sentencia

Luego del “juicio verbal”, el corregido tenía 24 horas para dictar sentencia “en la que podía declarar que la petición del demandante era justa y bien probada, y procedía la emisión del *mandamiento de amparo en la posesión* (en caso contrario declaraba que no había lugar a la acción ni a la emisión del mandamiento).²⁴

Mediante el mandato de amparo el corregidor ordenaba al demandado el cese de los actos perturbatorios y la protección a las personas en sus derechos frente a una violación, sin juzgar el fondo del asunto. Impone sanciones a los agraviantes y a quienes abusan de la protección. Andrés Lira lo define como:

Disposición de la máxima autoridad, el virrey, dictada para proteger los derechos de una persona frente a la agresión actual o futura que en su detrimiento realizan otras personas, autoridades políticas o no, ordenándose, según el caso, la reparación de los daños causados o la suspensión de aquellos actos que puedan causarlos, sin resolver sobre el fondo del asunto, sino limitándose a defender al agraviado frente a la agresión injusta, y dejando a salvo los derechos de terceros en general, que puedan determinarse por la vía legal ordinaria, mediante el procedimiento adecuado.

Debe dejarse claro que el derecho, que reclama ser amparado, no se establece o declara a favor de los amparados, sino que se protege frente a un ataque injusto, hecho de manera ilegal conforme al ordenamiento jurídico positivo, y en el cual se concibe una vía (“fuerzo y derecho”) para discutir la titularidad del derecho que en el amparo es objeto de protección. En sí éste involucra diversos aspectos: establecimientos de precedentes de manera relativa (en relación con el caso concreto, caso de las “confirmaciones de amparo”), suspensión de los actos reclamados, la reparación del daño causado hasta el momento del amparo, imposición de penas a los agraviantes o responsables del acto reclamado y a los que abusaban de la protección del amparo, y la averiguación previa sobre las condiciones alegadas por el quejoso.

²³ *Ibidem*, p. 223.

²⁴ *Ibidem*, p. 217.

3. De los elementos materiales u objetivos

A. Derechos protegidos

- a) *Derechos de la persona en general*: (libertad individual, libertad de residencia, etcétera), establecidos por el sistema de derecho positivo; hay algunos (fueros, nobleza, cacicazgo, etcétera) que son de desigualdad jurídica.
- b) *Derechos patrimoniales: reales* (posesión de sitios en el mercado para los vendedores, exclusividad en una calle para tener una escuela, el goce de una licencia para el comercio y descubrimiento y la posesión de minas con el objeto de explotarlas, etcétera). Los documentos de Santotis nos ofrecen ejemplos de protección de derechos reales, principalmente por disputas de posesión y propiedad; *personales* (derecho de unas personas a los servicios de otras, derecho al servicio de los indios para beneficio de tierras). Otros derechos (derecho a cargos o puestos determinados, los amparos de nobleza).

B. Actos reclamados

Actos violatorios de esos derechos que causen un agravio, que puede provenir de cualquier persona; actos presentes, pasados y futuros, se consideran las posibilidades más o menos inmediatas (criterio temporal).

Conforme a la definición ofrecida por Andrés Lira, y en contraste con los elementos ofrecidos en las figuras interdictales que se aprecian en los documentos de la Hacienda Santotis, las referidas instituciones del virreinato peruano gozan de las características del amparo colonial, brindándonos la posibilidad de afirmar que la tradición del amparo en el Perú tiene antecedentes mucho más antiguos de los que se pensaba. En esta perspectiva, bien cabe recapitular que en el Perú sí existió, tan igual que en México, un amparo colonial, propio del influjo de la vieja legislación del virreinato.

X. EPÍLOGO

Recapitulando, bien podríamos señalar que los antecedentes históricos constituyen un presupuesto cognoscitivo ciertamente imprescindible para entender la progresiva evolución y desarrollo de lo que actualmente se conoce como “procesos constitucionales”, como es el amparo; puesto que la historia

nos ofrece un panorama amplio para el conocimiento de determinada institución, no sólo por la comprensión de las raíces culturales e históricas en que dicho instituto se asienta, sino fundamentalmente por la valoración que nos permite efectuar de la posición actual que determinado instituto posee y de los posibles retos que su configuración presenta frente a los cambios que el futuro inevitablemente depara.²⁵

Con todo, el amparo sólo puede entenderse contemporáneamente a partir de la lengua de los derechos²⁶ que surge desde hace casi dos siglos,²⁷ y, en tal sentido, el reconocimiento de sus viejos antecedentes, sólo permiten ver cómo han venido progresivamente evolucionando viejos institutos, que si bien tienen su origen formal en la República, la historiografía rescata sus antecedentes en el pasado colonial. En tal sentido, México y Perú guardan una similitud, pues ambos países y, lo más probable, otros más de la época virreinal, regulaban los interdictos de la Colonia como instituciones que, en parte, podrían homologarse a la estructura contemporánea del juicio o proceso de amparo.

²⁵ Aron, Raymond, *Lecciones sobre la historia. Cursos del Collège de France*, texto establecido, presentado y anotado por Sylvie Mesure y prólogo de Soledad Loaeza, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, fundamentalmente los capítulos relacionados a la explicación y la comprensión histórica, pp. 135-163.

²⁶ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 152 y 153.

²⁷ En este sentido, puede verse el trabajo de González Oropesa, Manuel, *Los amparos primigenios (1848-1865)*, México, Porrúa, 2012.

**SOBRE EL “DERECHO A LA EDUCACIÓN”
Y EL “DERECHO A LA SALUD”.
(A PROPÓSITO DE LA “INTERSECCIONALIDAD”
DE LA DISCRIMINACIÓN Y DE LA JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS)***

Eduardo FERRER MAC-GREGOR**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Interseccionalidad de la discriminación.* III. *La posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa y autónoma (artículos 26 y 1.1 de la Convención Americana).* IV. *Conclusión: la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano.*

I. INTRODUCCIÓN

El caso *González Lluy y otros* constituye la primera ocasión en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o tribunal interamericano) en el que se declara la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).¹ En efecto, en dicho caso se declara la violación del “derecho a la

* El presente texto reproduce esencialmente el voto concurrente que formulé en el *Caso González Lluy y Otros vs. Ecuador (2015)*. Los jueces Roberto F. Caldas y Manuel Ventura Robles se adhirieron al voto.

** Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

¹ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimocuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. Hasta la fecha este Protocolo está vigente en 16 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

educación” consagrado en el artículo 13 del mencionado Protocolo, teniendo en cuenta que la víctima Talía Gabriela González Lluy fue expulsada a los cinco años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando por motivos relacionados a su situación de salud y de persona con VIH;² señalando la autoridad que Talía podía ejercer su derecho a la educación “mediante una instrucción particularizada y a distancia”.³

La Corte IDH concluyó que el riesgo real y significativo de contagio que pusiera en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, el tribunal interamericano resaltó que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de las demás niñas y niños del establecimiento educativo. Asimismo, la autoridad nacional utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que la decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de Talía. Además —tal como profundizo en un apartado posterior—, la Corte IDH consideró que la víctima sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el tribunal interamericano por primera vez el concepto de “interseccionalidad” para el análisis de la discriminación.

Por otra parte, siguiendo su jurisprudencia previa respecto a la obligación de regulación, supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de salud, el tribunal interamericano declaró la violación de los artículos 4o. y 5o. de la Convención Americana respecto del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal. En el presente caso, la declaración de la violación del “derecho a la vida” tuvo la particularidad de involucrar una argumentación que va mucho más allá del concepto de “vida digna” y que involucra un análisis de circunstancias extremas como las del presente caso, donde los hechos generadores de responsabilidad internacional están asociados a un riesgo grave para la vida de Talía Gabriela González Lluy, riesgo con el que tendrá que vivir durante toda su vida. La declaración de la responsabilidad estatal tuvo en cuenta el contexto particular de vulnerabilidad

² El Tribunal Distrital de lo Contencioso núm. 3 declaró inadmisible el recurso de amparo constitucional, considerando que “exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predominara en los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación”. *Cfr.* párr. 141 de la sentencia.

³ Párrafo 143 de la sentencia.

enfrentado por la familia González Lluy y las condiciones particulares de Talía en tanto mujer, niña, pobre y persona con VIH.

Concurro plenamente con lo establecido en la sentencia. Emito el presente voto porque estimo necesario enfatizar y profundizar algunos elementos del caso, que considero fundamentales para el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos: I) el concepto de “interseccionalidad” en la discriminación (párrafos 6-12); II) la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (párrafos 13-17), y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano (párrafos 18-23).

II. INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN

El tribunal interamericano consideró que el Estado violó el “derecho a la educación” contenido en el artículo 13 del Pacto de San Salvador,⁴ en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respetar los

⁴ “Artículo 13 . Derecho a la Educación:

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

derechos) de la Convención Americana en perjuicio de Talía González Lluy, debido a la discriminación sufrida teniendo en consideración su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza.

La Corte IDH por primera vez utiliza el concepto de “interseccionalidad” de la discriminación en los siguientes términos:

292. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluyeron *en forma interseccional* múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, *sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente*. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía González Lluy en el acceso a la educación tenían un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados [énfasis añadido].

El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del tribunal interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociado al carácter compuesto en las causas de la misma. En efecto, la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnera-

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes”.

ble y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.

En efecto, respecto a la discriminación múltiple o compuesta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.⁵ Para que sea posible considerar una discriminación como “múltiple” es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como “cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”.⁶

Ahora bien, lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea.

Por su parte, la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa-visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos.⁷

⁵ Comité DESC, Observación General 20, e/c.12/GC/20 2 de julio de 2009, párr. 17.

⁶ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, artículo 20.

⁷ Para un mayor desarrollo doctrinal sobre el tema, Aylward, Carol, “Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide”, *Journal of Critical Race Inquiry*, vol. 1, núm. 1, y Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: una

La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de sólo una forma de discriminación.⁸ Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

En suma, la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Gomzáles Lluy, la cual sólo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.

perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en Clérigo, Laura *et al.* (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159.

⁸ UN General Assembly. World Conference against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. “The idea of “intersectionality” seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination”. “Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women”. UN Doc. A/CONF.189/PC.3/5 (2001) párrs. 23 y 32. Al respecto, el Comité de la CEDAW ha reconocido que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Dictamen *Comunicación Nro. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brasil*, 27 de septiembre de 2011, U.N.Doc. CEDAW-C-49-D-17-2008, párr. 7.7.

III. LA POSIBILIDAD DE HABER ABORDADO EL “DERECHO A LA SALUD” DE MANERA DIRECTA Y AUTÓNOMA (ARTÍCULOS 26 Y 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

En el *caso Suárez Peralta vs. Ecuador*,⁹ me permití exponer en un *voto concurrente* las razones por las cuales estimo que el “derecho a la salud” puede ser interpretado como un derecho susceptible de justiciabilidad directa en el marco de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana.

En el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el “derecho a la salud”. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el tribunal interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es sólo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que éstas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo.¹⁰ Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre acceso a la información en salud;¹¹ derecho a la salud de las niñas y los niños,¹² y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/sida;¹³ sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal.

Al respecto, como lo expuse en el mencionado *voto concurrente* del *caso Suárez Peralta* (2013), existen al menos estas consideraciones por las cuales conviene abordar de manera directa el derecho a la salud:

5. Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de *todos los derechos* reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26,¹⁴ entre los cuan-

⁹ *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261.

¹⁰ Párrafos 193 a 197 de la sentencia.

¹¹ Párrafo 198 de la sentencia.

¹² Párrafo 174 de la sentencia.

¹³ Párrafo 199 de la sentencia.

¹⁴ Cf. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 16: “El Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”, y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar

les se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud —como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado—, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud.

6. En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas (*infra* párrs. 33-72), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—, como lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos y fuentes internacionales —incluso nacionales vía el artículo 29.b) de la Convención Americana—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

7. Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progressividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como se

planteada por el Estado, precisamente sobre la supuesta incompetencia de la Corte IDH respecto del artículo 26 de la Convención Americana.

señaló en el caso *Acevedo Buendía*, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

8. Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

...

11. En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapos entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

...

15. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre el derecho a la salud deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre los derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales. En efecto, en la Sentencia que motiva el presente voto razonado, expresamente se reconoce ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

...

18. Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido expresamente como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado...

19. La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo, al estimar que no era ne-

cesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”.

20. En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25.

...

27. Desde mi perspectiva, estos alcances [de la interdependencia] implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunas ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y

g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

...

34. Al pensar sobre las implicaciones del derecho a la salud, es necesaria una revaluación interpretativa del Artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americana, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

35. Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos.

...

36. Desde mi perspectiva, se requiere un desarrollo interpretativo del Artículo 26 del Pacto de San José en la jurisprudencia de la Corte IDH que podría representar nuevos derroteros para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Y podría configurarse un nuevo contenido en el futuro a través de interpretaciones evolutivas que refuerzen el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos.

37. En ese sentido, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarete May Macaulay —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente hace unos meses, en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”... La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del Artículo 26...

39. Además de lo expresado, pueden considerarse algunos argumentos adicionales a esta interpretación de la relación entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, relativo a la competencia de la Corte para conocer de violaciones directas a derechos económicos, sociales y culturales a la luz del Artículo 26 del Pacto de San José.

40. En primer lugar, resulta indispensable partir de la importancia de tener en cuenta la interpretación literal del Artículo 26 respecto a la competencia establecida para proteger *todos los derechos* establecidos en el Pacto de San José, lo que incluyen los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”). Como ya lo referí, la Corte IDH así lo ha reconocido de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú...*

42. Ahora bien, en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se realiza referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación. Si el Protocolo de San Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.

43. Sobre la interpretación del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. En mi opinión, lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

44. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

45. Corresponde entonces resolver este —aparente— problema a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes.

46. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

47. Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

...

57. Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles... Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la Sentencia que motiva el presente voto razonado. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”.

58. Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26... en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad...

Asimismo, respecto a argumentos según los cuales la Convención Americana no consagraría derechos sociales porque si estos derechos ya se encontraban en dicho tratado los Estados parte hubieran preferido efectuar una enmienda del mismo para complementar o expandir el alcance de esos derechos —y no un protocolo—; en nuestro *voto conjunto concurrente* a la sentencia en el reciente *caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*, el juez Roberto F. Caldas y el que escribe, precisamos que era posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos” en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se puede observar en varios protocolos adicionales a tratados que establecen regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo, es decir, que los protocolos no están restringidos a la consagración de derechos nuevos.¹⁵ Y lo anterior lo consideramos válido a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José.

En el caso particular, el análisis del derecho a la salud como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad temáticas asociadas a la disponibilidad de antirretrovirales en determinadas épocas, los problemas de accesibilidad geográfica por la necesidad de trasladarse de una ciudad a otra para lograr una mejor atención, entre otros aspectos. En relación con este tipo de temas, su análisis a la luz del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal puede resultar limitada, dado que estos derechos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud. El entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud es importante para aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad para la región.

IV. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE SEGUIR AVANZANDO HACIA LA JUSTICIABILIDAD PLENA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Desde el primer caso de fondo que tuve que conocer como juez titular de la Corte IDH me pronuncié a favor de la justiciabilidad directa del derecho

¹⁵ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 24 de junio de 2015, especialmente párrs. 26 a 29. En dicho voto aludimos a ejemplos relacionados con Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

a la salud, a la luz de una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2o., conjuntamente con el artículo 29 de dicho tratado, y a la luz de una interpretación conjunta con los artículos 4o. y 19.6 del Protocolo de San Salvador.¹⁶

En el presente caso me permite reiterar la necesidad de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. No se trata de ignorar el Protocolo de San Salvador ni menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el tribunal interamericano.¹⁷

La interpretación evolutiva¹⁸ a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad; requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el tribunal interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus iuris* en

¹⁶ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el *caso Suárez Peralta vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 21 de mayo de 2013. serie C, núm. 261.

¹⁷ Cf. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 100.

¹⁸ La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana también tiene fundamento a la luz de la normativa constitucional y de las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales, especialmente para la justiciabilidad del “derecho a la salud”; como tratamos de evidenciar en los párrafos 73 a 87, de nuestro *voto concurrente* en el *caso Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013). Sobre las prácticas judiciales para la protección del derecho a la salud en distintos países del mundo, véase Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *caso González Lluy y otros* que motiva el presente voto razonado, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud—.¹⁹ Tal como señalé en mi *voto concurrente* en el *caso Suárez Peralta*:

102. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pue-

¹⁹ En los párrafos 172 y 173 de la sentencia que motiva el presente voto, se remarca “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”. Asimismo, se recurre a una amplia normatividad relacionada con el derecho a la salud: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho «a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a... la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad». Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros «dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...]para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social». En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas” (OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67). Incluso, en la Sentencia se consideran los elementos esenciales del derecho a la salud, relativos a la *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*, a que se refiere el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (*Observación General*, núm. 14), de conformidad con el párrafo 173 de la Sentencia que motiva el presente Voto.

den adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances. A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

103. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia esa dirección sobre la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

104. En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los signos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

105. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales²⁰ —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días.

106. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes, invoquen en el futuro con mayor in-

²⁰ Al respecto, véase von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

tensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

107. Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión —por ser mi profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en el caso concreto sobre el derecho a la salud. La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.²¹

108. En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

Pasados 36 años desde la suscripción de la Convención Americana y 27 años desde la adopción del Protocolo de San Salvador, es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos²² y atendiendo a los claros avances de los Estados parte en la Convención Americana. Sobre esto último destaco en particular la Carta Social de las Américas (2012) y muy en particu-

²¹ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 99-103.

²² Protocolo Adicional al PIDESC, suscrito por Ecuador.

lar la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015. En efecto, el artículo 36²³ de esta Convención dispone la posibilidad de que opere el sistema de peticiones individuales en relación con los derechos previstos en dicha Convención, los cuales incluyen, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 17), derecho al trabajo (artículo 18), derecho a la salud (artículo 19), y derecho a la vivienda (artículo 24). Como puede observarse, este paso adoptado por varios Estados parte en la OEA evidencia una tendencia cada vez mayoritaria hacia la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por todos los argumentos expuestos en este voto, esta interpretación hermenéutica no menoscaba la legitimidad de la Corte. Esa legitimidad tampoco se ha menguado al adoptarse criterios jurisprudenciales que tenían menos base normativa, como ha ocurrido al declararse la existencia de ciertos derechos innominados no previstos convencionalmente.²⁴ Por el

²³ Artículo 36. Sistema de peticiones individuales. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte. / Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención. / Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. / ... Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴ Así por ejemplo, en el *caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* la Corte IDH interpretó el “derecho a la consulta previa, libre e informada” de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento de los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. En el *caso Chitay Nech vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció la obligación especial de garantizar el “derecho a la vida cultural” de los niños indígenas. Además, en el *caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte IDH consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma

contrario, la interpretación sistemática, integral y evolutiva, cimentada en la base normativa prevista en el artículo 26 de la Convención Americana y en sus relaciones con los artículos 1.1 y 2o. de la misma, bajo la idea de que este artículo debe tener efecto útil porque no ha sido derogado, otorgan plena legitimación a este Tribunal Interamericano a dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si se tiene en cuenta la tragedia diaria asociada a la negación sistemática de estos derechos en los países de las Américas.

parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. En similar sentido, en el *caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH desarrolló el denominado “derecho a la identidad” (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8o. de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. En el *caso Gomes Lundy y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, el Tribunal Interamericano declaró violado el “derecho a conocer la verdad” (derecho no previsto de manera autónoma en la Convención Americana). Por otra parte, en el *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, la Corte complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional del 8 de junio de 1977. Posteriormente, en el *caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, el tribunal interamericano interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje, para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 de la Convención Americana.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1o. y 2o. de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

DEVANEOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA: A PROPÓSITO DE LA “SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA”

Domingo GARCÍA BELAUNDE*

Si nos remontamos a fines de los años setenta del siglo pasado, recordaremos lo que pasó entonces. El gobierno militar (1968-1980) iniciaba la transición hacia la democracia y uno de los requisitos puestos para ello fue la convocatoria a una Asamblea Constituyente que, precisamente, creó un sistema *sui generis* de control constitucional, coronado por el entonces llamado Tribunal de Garantías Constitucionales (esta figura, como se sabe, fue tomada del proyecto de Constitución Española de 1977, que a su vez lo recogió de la Constitución Española de la Segunda República de 1931, de corta vigencia). Este modelo combinado, dual o paralelo, existe con matices hasta ahora, en donde el grueso del contencioso constitucional trascurre por el Poder Judicial —con variada suerte— y lo más selecto o en todo caso lo minoritario, llega al Tribunal Constitucional (que es el nombre que actualmente tiene y que fue adoptado por la vigente Carta de 1993).

Hay que tener presente, además, que a diferencia de los móviles que existieron en las democracias europeas, en el Perú la creación de un tribunal *ad hoc* obedeció a una profunda desconfianza en el Poder Judicial, la cual el propio Poder Judicial se ganó a pulso durante el gobierno militar. Y que lamentablemente aún subsiste —herencia en parte del legado fujimontesista— pues la judicatura ha hecho muy poco para mejorar la situación. Y además, porque no tiene o carece de una suficiente formación en derecho público, que no se la da ni la Universidad ni tampoco la Academia de la Magistratura (por lo menos en la medida de lo deseable, pues no existen estudios con dedicación exclusiva). Y también por el “facilismo” con que actúan algunos magistrados, en especial los de primera instancia, como lo hemos visto varias veces. Lo cual sin mucho esfuerzo puede decirse del Ministerio Público, que se caracteriza también por actuaciones similares.

* Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

A diferencia del anterior tribunal que era de “casación” con reenvío, el actual ha sido configurado de otra manera por la Constitución, pues lo califica de “instancia”, motivo por el cual debe el Tribunal Constitucional “conocer” la causa, o sea, estudiarla, ver el fondo del asunto y resolverlo con una fundamentación adecuada y consistente. Y sólo tratándose de una resolución “desestimatoria”(Constitución artículo 202.2) ya que aquellas que son amparadas, terminan o deberían terminar en el Poder Judicial (que es donde se inician los principales procesos constitucionales, en especial el hábeas corpus y el amparo).

Ahora bien, a partir de la STC 00987-2014-PA/TC (*caso Vásquez Romero*) se ha fijado un precedente vinculante que señala criterios para no aceptar determinados casos que llegan a ese nivel, lo cual es importante como postulado, pues así se precisan las causas que no deberían haber llegado a ese colegiado. Ellas son:

- i) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- ii) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial transcendencia constitucional.
- iii) La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente constitucional vinculante.
- iv) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Cabe advertir que esto en rigor no es nuevo, sino que viene de atrás. Quizá la que primero lo fijó, ordenada y probablemente en forma más completa, ha sido la STC 02877-2005-HC/TC, que señaló puntos similares y con mayor amplitud, con lo cual se quiso decir que el grueso de los reclamos en materia constitucional se dejaba en manos del Poder Judicial. Pero aquéllos que eran muy llamativos o quizás con errores demasiado gruesos, sea por una deficiente interpretación de la Constitución, por un razonamiento absurdo a nivel judicial, sea en fin porque no existe quizás otra vía de protección o porque se crea grave indefensión en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional les abría sus puertas para resolver el agravio. Se dice y no sin razón, que existen muchos casos que jamás debieron llegar a tan alto nivel. No obstante, téngase presente que en términos gruesos el Poder Judicial, a través de sus jueces y cortes en todo el país, mueve alrededor de dos millones de expedientes al año, mientras que el Tribunal Constitucional nunca ha pasado de los 12,000. Y esto porque una sentencia modélica del Tribunal Constitucional y más aún si se adopta como precedente o “doctrina jurisprudencial”, puede tener una onda

expansiva muy grande, modelando la actitud de los jueces y por tanto desalentando a los justiciables de ir al máximo tribunal. Al margen de aquellos casos que por diversas razones finalizan en las cortes superiores.

Lo que sucede con el Poder Judicial, es que en los últimos años se ha hecho cada vez menos confiable, por no hablar de la corrupción denunciada,¹ si bien es cierto que tampoco el Poder Central ha hecho gran cosa para facilitar la formación de los jueces y que cuenten con una mejor infraestructura. A lo que se suma la llamada “justicia mediática”, sobre lo que nos referimos más adelante.

Ahora bien, lo señalado en la STC 00987-2014-PA/TC es interesante pero hay que aceptarlo con reparos y en todo caso como algo flexible, acorde con la tradicional línea activista del Tribunal Constitucional, cuyos frutos no siempre han sido buenos.² Veamos un ejemplo: se dice que se rechazará de plano cuando el peticionario vaya contra un precedente vinculante existente, con lo cual se da a entender que los precedentes son pétreos, cosa que no sucede en ninguna parte del mundo. Pues bien, aun aceptando que el proceso va contra un precedente vinculante... ¿no podría pensarse que vale la pena estudiarlo, pues de repente el precedente hay que dejarlo de lado, matizarlo, precisarlo e incluso revocarlo...? Esto es lo habitual en todo tribunal que se estime, es decir, considerar que son la última palabra, pero que no son dueños de la infalibilidad. Los errores existen en todas partes y no está mal escuchar alguna discrepancia precisamente para ver si el error existió o si por el contrario, se comprueba el aserto. Es decir, es parte de la argumentación que es la base de todo buen proceso. Pero esto requiere un análisis que no puede hacerse con el rechazo de plano que afecta al precedente existente. Por tanto, aun cuando el planteamiento sea aparentemente sugestivo, hay que verlo con calma, pues podría el Tribunal Constitucional estar ante un caso interesante que amerite un análisis serio y terminaría desaprovechándolo. Al fin y al cabo, son ellos el último recurso que tiene el

¹ Las denuncias contra malos manejos de jueces y fiscales han sido motivo cotidiano de tratamiento en los medios, a tal extremo que el Poder Judicial ha tenido que salir al frente para desvirtuar los excesos y falsas generalizaciones en que se incurre; véase el aviso publicado por la Corte Suprema de Justicia en el diario oficial *El Peruano* titulado “Pronunciamiento frente a la corrupción” adoptado por la Sala Plena de esa máxima Corte (Lima, 5 de junio de 2015).

² Véase en esta línea crítica a Samuel B. Abad Yupanqui, “¿Puede el TC «crear» instituciones procesales? El acceso al TC a través del recurso de agravio constitucional”, *Sociedad Jurídica*, núm. 1, 2013 (editada por estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal). El mismo autor cambió luego de postura avalando sorprendentemente el “precedente” que aquí se analiza, como se aprecia en el colectivo coordinado por Pedro P. Grández, que se cita en la nota 5.

justiciable que generalmente espera ganar su causa, pero está dispuesto a perder, si de por medio ve buena intención y buenas razones.

Al margen de estas causales, que apreciamos pero que deben ser matizadas o reformuladas, hay que señalar nuestra profunda preocupación por la manera como ha sido enfocada su solución, que rompe toda una tradición y es que eso se resuelve “sin más trámite” mediante lo que califican curiosamente como “sentencia interlocutoria denegatoria”; es decir, una cosa es señalar los parámetros que hay que tener en cuenta, en lo que coincidimos parcialmente, y otra es el método aplicado para solucionarlo, que consideramos que no ha sido feliz. En efecto, es válido perfilar asuntos que no debe conocer el máximo Tribunal —como podrían ser los despidos arbitrarios y los problemas pensionarios en casos que no sean de extrema gravedad—; otro es el análisis hecho con el mero propósito de eliminar expedientes que estorban. Y esto hay que verlo con mucho cuidado, pues depende de varios factores, muchos son de orden local. No vale aquí recurrir a la comparación con cortes extranjeras, pues las realidades son distintas y presentan diferencias con el modelo peruano. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ve al año un promedio de 400 casos, pero en ese país el Poder Judicial y su cúspide, que es la Corte de Casación, funcionan bien y su legislación es diferente a la nuestra. O los casos de la tutela en Colombia y el Amparo en España, cuyas respectivas leyes les permiten(a su Corte y Tribunal Constitucional respectivamente) la eventualidad de su intervención, de por sí bastante limitada. La Corte Suprema de los Estados Unidos ve al año un promedio de 200 casos y muchos más no los acepta. Pero lo que trata es realmente relevante y además no hay que olvidarse que siendo un país federal, cada uno de sus estados tiene sus niveles judiciales y su propia Corte Suprema, que son las que agotan las vías judiciales, pues la Suprema Corte Federal tiene otros fines. No podemos compararlo con nuestro sistema político, que no es federal sino unitario y más aún con una normativa constitucional distinta. En el Perú existen 33 cortes superiores, pero es más que dudable que todas funcionen bien.

De hecho, hemos visto abusos notorios efectuados por algunas cortes superiores que sólo han podido ser enmendados oportunamente por sentencias del Tribunal Constitucional. Un aspecto igualmente preocupante es el de la formación de los jueces. En rigor, no existen en el Perú jueces constitucionales —que es lo que aspiraba el Código Procesal Constitucional al sancionarse en 2004— y en esto hemos ido en retroceso. A los jueces no se les forma en materia de derecho público y menos aun en derecho constitucional, en donde los criterios, los principios y los enfoques son bastante

distintos a los del derecho privado e incluso a los procesos civiles y penales. Aún más, hay jueces que están convencidos de que una buena lectura de la Constitución es suficiente para su formación, lo cual a todas luces es un error. Por cierto, que no podemos dejar de mencionar que en otras áreas —penal, civil, comercial, tributaria, etcétera— los frutos son mejores en el ámbito judicial y ahí los márgenes de acierto son mayores. Recordemos además otro aspecto que fue objeto de debate en la Asamblea Constituyente de 1978-1979: la dependencia anímica de los jueces en relación con el poder político. No hay mayor conciencia de ello, pero existe y está ahí y hay que saberlo superar. Y finalmente, hemos visto cómo jueces y fiscales viven amedrentados por los medios, y ya se da en nuestro país lo que algunos llaman “procesos paralelos”. Es decir, uno en donde se procesa y condena en los diarios y en las televisoras, y otro que se desarrolla en los estrados judiciales, con frecuencia prestando atención a los primeros y muchas veces convirtiéndose en eco de aquéllos. Esto, por cierto, no es privativo nuestro. Es algo generalizado en nuestro continente y en algunos países europeos, y por eso hay que llamar la atención de este fenómeno que es preocupante y que vemos que se extiende cada vez más con la presencia de jueces “duros” y fiscales que “investigan” durante años y que pareciera que buscan aprobación de sus conductas para que sean consideradas como “políticamente correctas”.³

Volviendo a nuestro tema, diremos lo siguiente: los principios que orientan este precedente son interesantes, pero merecen ser ajustados y sobre todo flexibilizados. Peor aun cuando se ha empezado a aplicar a expedientes que se iniciaron meses o años atrás, cuando las reglas del juego eran otras y ahora se encuentran con una guillotina que antes no existía y que cuenta con dudosa base constitucional. Pero han pasado algunos meses que nos permiten señalar algunos puntos que entiendo son graves.

El primero es que el Tribunal Constitucional no puede rechazar un “recurso de agravio constitucional” (RAC) ya concedido, pues eso compete en exclusiva al Poder Judicial; es decir, si a quien corresponde conceder el recurso es a la Sala Superior (Código Procesal Constitucional, artículo 18) mal puede el Tribunal Constitucional denegarlo y declararlo improcedente, pues eso no es de su competencia. Lo que se ha creado en la práctica es un segundo filtro, parecido a la casación que ahora existe en la Corte Suprema

³ Cf. Villarruel, Darío, *(In)justicia mediática. Cuando el periodismo quiere ser juez*, Buenos Aires, Sudamericana, 2014. En el prólogo dice E. R. Zaffaroni: “La justicia tiene muchos defectos... pero hay uno que corre por cuenta de ella y no del periodismo. Los jueces y fiscales egresan de las facultades de derecho y estas no los preparan para la actuación mediática”.

y que se encuentra prevista en la Constitución (artículo 141), olvidándose que nuestro Tribunal Constitucional es considerado como una instancia, que es distinto (Constitución, artículo 202). Por tanto, esta denegatoria no tiene ningún fundamento constitucional y constituye una mutación *contra constitutionem*.

El segundo punto es que para hacerlo, es decir, para declarar la “improcedencia”, ésta se hace sin más trámite; es decir, sin que el abogado de la parte pueda ejercer su derecho de defensa ni menos aún que los magistrados lo escuchen como siempre se ha hecho en nuestro mundo forense. Y esto podría agravarse si es que la “improcedencia” viene de las dos instancias inferiores, con lo cual el demandante jamás pudo ser escuchado. Y de esta manera, el derecho de defensa, que es un derecho fundamental que no se niega ni a los más avezados delincuentes, termina siendo avasallado. ¿Qué costaría citar a los abogados para un informe breve? Sabemos por experiencia que cuando hay audiencias públicas en el Tribunal Constitucional, un grueso sector de las causas no tienen abogado o no se presentan —en especial las llamadas audiencias descentralizadas— con lo cual se deja salvado el principio. No caben comparaciones con la Corte Suprema al ejercer la casación, no sólo porque lo que en ésta existe es una figura procesal distinta, sino porque el justiciable que ha sido rechazado en todas las instancias judiciales, lo que quiere precisamente es ser oído en el Tribunal Constitucional. Lo que en la fórmula norteamericana se llama “tener su día en la Corte”.

Y finalmente, acotar que esta denegatoria sorprendente se haga a nivel de salas, es decir, tres magistrados sobre un total de siete, que por sí y ante sí deciden que un caso concedido no fue concedido (*sic*). Y al hacer esto, si bien es cierto que se ha acomodado el Reglamento Normativo Interno a esta nueva situación, no se ha modificado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que es de rango superior (artículo 5o.), que es muy clara al decir que las salas deciden sobre el fondo y que tienen una razón de ser. Con este precedente se han eliminado las salas —que eran de evidente utilidad— y se les ha reservado el papel de ser el portero del Tribunal, como alguna vez dijo Calamandrei en relación con la experiencia italiana. Y al parecer como guardianes de una valla artificialmente creada.

No se tienen estadísticas sobre el total de casos rechazados con este peculiar precedente. Al parecer, son unos tres mil quinientos, pero no se sabe realmente si se aplicó bien o mal. Lo más probable es que, en cuanto al fondo se refiere, hayan existido serios descuidos con daños graves. Y también evidentes aciertos.⁴

⁴ En un primer momento pensé que el precedente del *caso Vásquez Romero* era un símil

**

Mientras tanto ha sido publicada una nueva sentencia interlocutoria (STC 00844-2014-PA/TC) del 11 de marzo de 2015 con un importante voto singular del magistrado Blume Fortini que reitera su rechazo a la forma como se ha ido aplicando el precedente antes citado y la manera como se ha ido diluyendo o mejor dicho, transformando en los últimos meses, en el sentido de que las causales para denegar el “recurso de agravio constitucional” lo han hecho extensivo a las causales de improcedencia mencionadas en el artículo 5o. del Código Procesal Constitucional, que no estaban previstas en el precedente y a las que ahora se les da igual trato y en forma indebida; es decir, desde siempre las improcedencias a nivel de Tribunal Constitucional se emitían luego de la vista y del informe de los abogados. Ahora al haberse extendido el precedente *Vásquez Romero*, simplemente se le rechaza *in limine* ya no el petitorio o la pretensión como siempre se hizo, sino el “recurso de agravio constitucional”, lo cual decididamente es inconducente.

Analicemos, sin embargo, este nuevo caso recaído en la demanda interpuesta por Flora María Luque Pariapaza y vemos que aquí la Sala se ha tomado la molestia de estudiar el caso, es decir, revisa y precisa los antecedentes y llega a la conclusión de que lo que llegó al Tribunal era improcedente, pues la supuesta violación había sido subsanada en el camino, es decir, había dejado de existir, y por lo tanto había operado la sustracción de materia. El raciocinio aquí es impecable y lo mismo ha sucedido en el pasado, pero con la diferencia de que el Pleno o la Sala citaban a las partes, las escuchaba y luego se declaraba la improcedencia. No había, pues, agravio al derecho de defensa.

De todo esto parece desprenderse la conclusión de que en las negociaciones sin más trámite se habría hecho, al parecer, un análisis cuidadoso y si es así, es más que probable que un gran número de casos resueltos hayan sido altamente calificados. Pero si este es el punto, lo único que se han ahorrado

o pariente del *writ of certiorari* como opera en los Estados Unidos y que ha sido imitado en otros países (en la Argentina, por ejemplo). Un análisis detallado de su desarrollo me ha llevado a la conclusión de que nada tiene que ver con el famoso *writ* norteamericano que, por el contrario, se encuentra en sus antípodas (véase, entre otros, el clásico libro de William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2001). No sabemos, pues, dónde ubicarlo ni qué nombre técnico aplicarle. De todas las modalidades creadas por el Tribunal Constitucional en aras de su flexibilidad procesal y sus fines —no de su autonomía procesal, que es un sinsentido— éste que comentamos es realmente el más desconcertante y en cierto sentido absurdo y negativo en la defensa de los derechos fundamentales, al margen de su inconstitucionalidad manifiesta.

los magistrados es la vista de la causa, esto es, la presencia de los abogados, que mal que bien, se encargan de la defensa que es un derecho fundamental. Pero ¿era esto necesario cuando lo único que se evita son unos minutos de un informe oral?

Algunos decían, con contagioso optimismo, que este sistema, bien aplicado se entiende, contribuiría a despejar el camino de tanta maleza indeseable y que sólo llegarían al Tribunal Constitucional los temas realmente importantes. No estamos muy seguros de eso. Al parecer ha ocurrido el fenómeno inverso: la carga procesal existente cuando se instaló con tantas expectativas el actual Tribunal Constitucional, no ha bajado sino que se incrementado en unas 4,000 causas, lo que desprende por algunas informaciones; es decir, que en este punto, no ha tenido ningún efecto.

Como consecuencia de esto, cuantitativamente el Tribunal Constitucional es o tiende a ser menos protector que antes, es decir, menos garantista. ¿En qué grado o medida? Es algo que tendrá que analizarse con calma y más adelante, cuando contemos con información confiable. Pero todo parece indicar que en el fondo lo que desea el Tribunal Constitucional es “liberarse” de la carga procesal que tiene, aun a costa de desnaturalizar el principio por el cual fue creado, con el que decididamente no son consecuentes. Es decir, “descargar” con fines estadísticos y extender este precedente a otras situaciones no previstas originariamente en él y por añadidura violando la Constitución.⁵ Y además que este acto tan peculiar lo califiquen como “sentencia interlocutoria denegatoria”, algo impropio por lo demás.

Hay que recalcar adicionalmente que todo tribunal constitucional, por lo menos en América Latina, nació siempre como respuesta a una necesidad y sustancialmente para controlar el poder y no para servirlo. El Poder Ejecutivo, lo sabemos, si no tiene obstáculos, arrasa a quien está al frente. Los ministerios cumplen, generalmente labor discreta o de comparsa y apoyo cuando no de sumisión absoluta al presidente de la República. Del Poder Legislativo, en medio de tantos enredos, no se puede esperar gran cosa, y lo mismo podemos decir del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Debemos centrar nuestros esfuerzos en tener un mejor Poder Judicial y por cierto en un Tribunal Constitucional más garantista. Pero esto no sucederá de un día para otro. Mientras tanto y sobre todo mientras la judicatura ordinaria en materia constitucional no dé mejores frutos, tiene el Tribunal

⁵ Sobre el tema que trata este artículo se ha publicado mucho, en especial en periódicos y revistas, en general de carácter crítico. Un reciente volumen editado por Pedro P. Grández Castro (*cfr. El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, Lima, Palestra, 2014) aborda el tema con gran amplitud y con colaboraciones diversas.

Constitucional una delicada tarea que cumplir y esto es lo que nos dicen los hechos y lo que espera el justiciable.

**

De lo antes expuesto es fácil desprender algunas consecuencias, aun cuando sean a título provisional:

- 1) El actual Tribunal Constitucional ha modificado o alterado los fines para los cuales fue creado.
- 2) Ha restado importancia e interés a los procesos contra resoluciones judiciales, olvidándose que el Poder Judicial en materia de derechos fundamentales no es necesariamente un referente válido.
- 3) El rechazo liminar sin audiencia y sin defensa, es, sin lugar a dudas, una mutación constitucional “inconstitucional”⁶ que lesiona al derecho de defensa.
- 4) Se ha inaugurado con el nuevo colegiado una etapa no garantista, con fines administrativos, esto es, eliminar expedientes que “estorban” y presentar a la opinión pública un “mejor” desempeño jurisdiccional.
- 5) El aparentemente inofensivo precedente *Vásquez Romero* de 2014 se ha ido extendiendo a otros supuestos, en curiosa metástasis, cuyos efectos se aprecian ahora más claramente y que están reñidos con los fines de todo proceso constitucional.

**

Lo que se señala no es, indudablemente, lo deseable y menos en un país como el nuestro. La historia de nuestro Tribunal Constitucional, más allá de matices, excesos u errores ha sido siempre garantista, y esa senda puede ser retomada si existe voluntad para hacerlo. De lo contrario aumentará la duda que sobre él tiene el justiciable.

⁶ Cf. Sant’Ana Pedra, Adriano, *A Constituição viva*, Río de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2012, pp. 91-114.

SELECCIÓN Y REVISIÓN DE TUTELA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿NUEVO LITIGIO CONSTITUCIONAL?

Ana GIACOMETTE FERRER*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Acción de tutela como mecanismo de protección constitucional: sólo como punto de partida al asunto central de mi intervención.* III. *Unas breves consideraciones a lo que la doctrina constitucional denomina vía de hecho.* IV. *Selección y revisión de tutelas por la Corte Constitucional: ¿nuevo litigio constitucional?* V. *Reflexiones al cierre.*
VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela es, sin duda, uno de los recursos judiciales más conocidos y utilizados en Colombia. El Consejo Superior de la Judicatura de dicho país ha estimado que en la actualidad las tutelas representan más del 20% de los procesos que son iniciados en la rama judicial. Además, por todos es sabido que la acción de tutela es un proceso judicial breve, sumario, sencillo, por medio del cual se puede solicitar la protección de los derechos fundamentales, ante su vulneración por parte de las autoridades o de los particulares en determinados casos. Consagrada por el artículo 86 de la Carta Política, y desarrollada legislativamente por el Decreto 2591 de 1991 y fuente de un considerable acervo jurisprudencial en materia de interpretación de derechos fundamentales. Sus características están contempladas en la misma conformación constitucional: de acceso fácil, antiformalista, prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento; todas estas características a lo que nos lleva son afirmar que en Colombia la tutela es un proceso atípico; adicionalmente, se resalta la enmarcación de la acción dentro de la justicia constitucional, por el peculiar sistema de revisión de los fallos de instancias en la Corte Constitucional.

No podemos asegurar que con 25 años de vigencia de nuestra Carta Política, la tutela “goce de buena salud”, si bien en un principio la tutela

* Presidenta del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional.

reconcilió al ciudadano de a pie con la sociedad y con la administración de justicia, lo muestran los llamados DERECHOS DE LA COTIDIANIDAD, como son: pensión, jubilación, reubicación de vendedores ambulantes para recuperación de espacios públicos, derechos de los estudiantes frente a autoridades educativas de instituciones públicas o privadas, protección de derechos de minorías étnicas, religiosas, sexuales, etcétera, constituyen ejemplos de líneas jurisprudenciales de tutela que se centraron en la protección del ciudadano como objeto de la acción.

Los vaivenes jurisprudenciales se suscitan cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, esta posibilidad puso presentes juegos de poder y de egos, y cuando de poder se trata se produce la concentración y el abuso: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, no aceptaban y no aceptan este “remedio judicial”; se resisten a que haya un control jurídico a su actividad, trayendo como consecuencia lo que se conoce como “choque de trenes” que no es más que una QUERELLA DE INVESTIDURA ENTRE LOS ÓRGANOS JUDICIALES. Entonces, lo que *ab initio* se concibió como principio de protección de derechos del ciudadano, va mutando y se va generalizando para protección de derechos económicos, multimillonarios. Precisamente, esto es lo que motiva el nombre de la presente ponencia, en el marco de este VII Congreso Internacional de Derecho Procesal: de cómo esta figura tan controvertida de tutela contra providencias judiciales, que lleva ínsita la revisión y selección de la misma por la Corte Constitucional, se convirtió, en nuestra opinión, en un nuevo litigio constitucional.

II. ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: SÓLO COMO PUNTO DE PARTIDA AL ASUNTO CENTRAL DE MI INTERVENCIÓN

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, está prevista para la protección inmediata de los derechos constitucionales, conforme al artículo 86 de la carta política. De hecho el Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, plantea que es un mecanismo que, por regla general no procede contra decisiones judiciales, y en la sentencia T 892 de 2011 se afirmó:

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la

Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se trata de un mecanismo que está al alcance del constituyente primario y esto la convierte en la forma ideal para garantizar el respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, la realidad da cuenta de todo lo contrario, mencionemos, por ejemplo, cómo un trámite informal establecido por la Constitución se ha convertido en un verdadero proceso constitucional, afectándose el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, ya que la han elitizado tanto, al punto que algunos consideran que sin la representación de un abogado no es posible presentar una acción de tutela “aceptable” para que un juez se pronuncie sobre la violación de un derecho fundamental, o amenace su violación; además, se observa cada vez con mayor frecuencia el incumplimiento de los jueces en el plazo para fallar la tutela, trayendo consigo, paradójicamente, la continuación de la violación de más derechos fundamentales. Frente a este último aspecto, dicha omisión, según el Consejo Superior de la Judicatura, es sancionada con la suspensión en el ejercicio de las funciones, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 46 del Código Disciplinario Único. Sobre el particular, en la sentencia C 367 de 2014, la Corte Constitucional se pronunció, a partir de la figura del incidente de desacato¹ que tiene como objeto propiciar que se cumpla el fallo de tutela, y cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991. Cabe hacer la aclaración de que una cosa es el incumplimiento del fallo de tutela impetrado, y otra es el no fallo de la tutela en el plazo correspondiente.

III. UNAS BREVES CONSIDERACIONES A LO QUE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DENOMINA *VÍA DE HECHO*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional admitió en un principio sin restricciones la posibilidad de tutela contra providencias judiciales.² Con poste-

¹ A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia. Sentencia C 367 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

² En efecto, el Decreto 2591, artículos 11, 12 y 40, se referían a que la tutela sí procedía

rioridad, mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró la inexequibilidad de las normas que posibilitaban tutela contra sentencias. Entonces creó la línea jurisprudencial de las VÍAS DE HECHO,³ así como las modalidades de defectos que producían tales vías (sustantivo, orgánico, fáctico, y procedimental),⁴ luego pasó a denominarlas CAUSALES DE PROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS, en virtud de las cuales si bien en principio no procede la tutela contra providencia judicial, ello sí es posible de manera EXCEPCIONAL, previo el cumplimiento de requisitos de procedibilidad (sentencia T-131 de 2010), que la doctrina de la Corte Constitucional se ha empeñado en denominarlos:

- a) *Generales*: que determina si el juez constitucional conoce del asunto:
i) que la conducta del agente carezca de fundamento legal; *ii)* que la acción obedezca a la voluntad subjetiva; *iii)* que viole derechos fundamentales de manera GRAVE e INMINENTE; *iv)* que no exista otra vía de defensa judicial; *v)* que el tema sea de relevancia constitucional; *vi)* que no se trate de sentencia de tutela. Aquí se deben dar todos los requisitos mencionados.
- b) *Específicas*: viola o no el derecho fundamental invocado; que se inicia con lo que se denominó la DOCTRINA DE LOS DEFECTOS; empezando con los de carácter SUSTANTIVO, PROCEDIMENTAL, ORGÁNICO y FÁCTICO; más adelante reemplaza esta expresión por causales de procedibilidad agrupándolos así: SUSTANTIVO, PROCEDIMENTAL y ORGÁNICO, en una categoría; FÁCTICO —en sus dimensiones positiva y negativa— y agrega: ERROR INDUCIDO, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE, FALTA DE MOTIVACIÓN Y VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. A diferencia de los generales, frente a estas causales, mínimo tiene que cumplirse una de ellas.

Es lógico pensar que ante tantos requerimientos, aunados a la selección y revisión de la tutela por la Corte Constitucional, lo que antes era del común, se volvió para especialistas y así se fue configurando una élite de abogados, para hacer parte de lo que hoy se suele llamar “litigio constitucional”, y que, coincidentemente, lo conforman en su gran mayoría ex magistrados de la Corte Constitucional.

contra providencias judiciales, en tratándose de violación de derechos fundamentales y agotamiento de recursos ordinarios.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 1993.

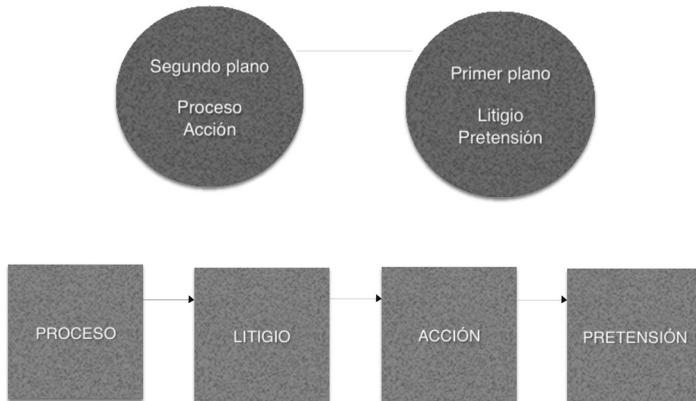
⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 231 de 1994.

IV. SELECCIÓN Y REVISIÓN DE TUTELAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿NUEVO LITIGIO CONSTITUCIONAL?

Para ir adentrándonos en nuestro tema, se considera conveniente plantear qué se entiende por litigio y su diferencia con proceso, y hacer el ejercicio hermenéutico tratándose de esta clase de proceso de control concreto de constitucionalidad.

1. *Litigio y su diferencia con el proceso*

El litigio se ha definido, siguiendo a Cornelutti, como el conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. Por su parte, el proceso es entendido, a partir de las definiciones aportadas por este mismo autor, como la suma de los actos que se llevan a cabo para la composición del litigio, y su finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes a través de la sentencia que dicta el juez. De tal forma que la relación entre estos dos conceptos se puede resumir de la siguiente manera: todo proceso presupone un litigio. Ahora bien, pasando a sus diferencias, hay que decir que son conceptos que se encuentran en dos planos diferentes. En un primer plano está el litigio y la pretensión, y en un segundo plano está el proceso y la acción. El primer plano puede existir independientemente del segundo, por cuanto que pueden existir sin necesidad de que haya un proceso como tal. De esta forma, se puede decir, entonces, que sin pretensión no puede haber acción, y sin acción no puede hablarse de proceso, pues la acción es la llave que abre la puerta del litigio. Veamos:



2. *Litigio constitucional*

Nos preguntamos: el anterior esquema ¿cambia en esta categoría de los procesos constitucionales? Es indudable que la atipicidad referida a la acción de tutela está enmarcada además de las características señaladas por el artículo 86 Superior, por los tres elementos que, de acuerdo con el derecho procesal contemporáneo, son propios de un proceso ordinario, esto es: *sujeto, objeto y actividad procesal*, y que en la acción de tutela se surten de una manera diferente; lo anterior siguiendo el derrotero señalado por el Decreto 2591 de 1991:

... 2.1. Sujetos: Se relaciona este elemento con los entes de derecho que deben intervenir en el proceso de control concreto de constitucionalidad;

2.1.1. *Juez de la República*: La acción de tutela se puede impetrar en todos los campos judiciales, ya sea de orden civil, penal, administrativo, de familia, comercial y en cualquiera otra modalidad en que se produzca la violación y/o amenaza del derecho fundamental.⁵

2.1.2. *Partes*: En la acción de tutela intervienen siempre dos partes plenamente identificadas que pueden ser únicas o plurales, según sea el caso, personas naturales o jurídicas, extranjeros, que según el artículo 100 de la C. P. “...disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”... y aun menores de edad, los cuales pueden comparecer por intermedio de sus representantes legales. Sobre este particular, ha expresado la Corte Constitucional: “*La Acción de Tutela, según resulta del artículo 86 de la Constitución, tiene un sujeto activo, la persona de cuyos Derechos Fundamentales se trata, o quien obra a nombre de ella, y uno pasivo, entidad o autoridad pública o persona particular contra la cual se dirige, que es precisamente quien, según aquella, causa daño o amenaza a los Derechos Fundamentales invocados, merced a su conducta activa u omisiva...*”²⁶

2.2 Objeto: La pretensión procesal en estos asuntos, está encaminada a la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, ya sean éstos personas naturales o jurídicas, encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante

⁵ En este punto se remite al lector a lo tratado en el subtema “La acción de tutela como recurso constitucional”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-578 de 1997; M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Concordantemente los artículos 46 y 47 del decreto 2591 de 1991 que legitiman al Defensor del Pueblo, para que en nombre de cualquier persona que así lo solicite o se encuentre en situación notoria de desamparo o indefensión, interponga la acción, y el 16 *ibidem* expresa que tal acción deberá dirigirse contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

se halle en estado de subordinación o indefensión. La vulneración o violación contiene el concepto de daño o perjuicio y éste se presenta cuando el bien jurídico que representa es lesionado; en tanto que constituye amenaza de ese derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, puede sufrir mengua, es decir, la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente o próxima.

2.3 Actividad Procesal: Es cierto que, como regla general, la demanda de tutela carece de tecnicismos y formalismos; sin embargo, deberá contener por lo menos el nombre y la dirección de la persona solicitante del amparo, una relación de los hechos que son motivo de la tutela, del derecho o derechos que se consideran violados o amenazados de vulneración, el nombre de la persona natural o autoridad que están causando la violencia o amenaza de trasgresión del derecho, las pruebas que certifican sus afirmaciones y la autoridad a la cual va dirigida. Una vez recibida la tutela por el operador judicial a quien corresponde por reparto, se analiza la procedencia o no de la misma, de lo cual se pronuncia mediante auto; en caso de proceder la acción y en desarrollo del debido proceso se debe notificar a la parte accionada para que ejerza su derecho de defensa y, como en todo proceso, pueda efectuar una contestación en la que se allane o acceda a las pretensiones del accionante. Surtida la notificación, el funcionario judicial procede a analizar tanto los hechos presentados como los sustentos probatorios⁷ para determinar el alcance de la violación o la amenaza de vulneración al derecho o derechos de los cuales se pide amparo. Si las pruebas son suficientes, el juez de tutela categoriza el agravio causado y formula la medida, que de acuerdo con la situación planteada, sea la que ponga fin a la trasgresión o amenaza del derecho amparado, profiriendo la sentencia que corresponda al caso sujeto a juicio, fallo que deberá proferirse dentro de los 10 días posteriores a la presentación de la acción,⁸ según lo señala el artículo 29 de Decreto 2591 de 1991, norma que además de enunciar qué debe contener el fallo,⁹ establece que el mismo no

⁷ La actividad probatoria en la acción de tutela se estudiará en el capítulo correspondiente, para ilustrar, comparativamente, cómo se surte tal actividad en los procesos de control constitucional abstracto y concreto, de acuerdo con el esquema que inicialmente se planteó.

⁸ Sobre este respecto, la Corte en Sentencia T-465 de 1994, M. P. Dr. José Gregorio Hernández, señaló: "...Es entendido que se trata de días hábiles, es decir, aquellos durante los cuales se ejerce la función judicial en el Despacho correspondiente, pero también resulta indudable que el término señalado por la Constitución Política es perentorio e inexcusable. Dicho plazo para decidir corresponde a una garantía a favor de los asociados en el sentido que, si acude ante los jueces para hacer realidad el orden justo al que aspira la carta, pueden tener la certidumbre de que obtendrán resolución oportuna y eficaz..." .

⁹ De acuerdo con esta disposición, el fallo de tutela deberá contener: *a)* la identificación tanto del solicitante, como del sujeto vulnerador o amenazante del derecho; *b)* la determinación del derecho que efectivamente se tutela; *c)* la determinación de las acciones que se requieren del accionado; *d)* la fijación del plazo, perentorio de 48 horas para el cumplimiento

podrá ser inhibitorio. Se establece igualmente que el término para el cumplimiento de la sentencia dictada no excederá las 48 horas.

Vencido el término concedido en la sentencia sin que el accionado cumpliera con las acciones o suspensión de las mismas con el fin de cesar en la trasgresión o amenaza amparada, el juez de tutela podrá exigir el cumplimiento de la sentencia ante el Superior Jerárquico del accionado para que éste emplace al responsable a cumplir lo ordenado en virtud de sus facultades disciplinarias, o tramitar el desacato del fallo que se diligencia como un incidente procesal y faculta al juez de tutela a imponer arresto hasta por seis meses según la gravedad de lo desatendido y una multa hasta por 20 salarios mínimos mensuales, además de las sanciones penales a que hubiere lugar por la conducta omisiva del accionado. Esta determinación deberá consultarla el juez a su superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes, si tal sanción procede o se revoca según lo señala el artículo 25 de Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, sin perjuicio de que el fallo de tutela fuere impugnado, en observancia del debido proceso y como garantía del derecho de defensa (arts. 31 y 32 ibídem)...

En conclusión, tenemos unas partes identificadas (actora y demandada) con una única pretensión, esto es el amparo de sus derechos vulnerados o amenazados, por acción o por omisión, que deben cumplir una serie de actos procesales, entiéndase proceso, que se activa precisamente porque hay litis, esto es, intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro; no obstante, en este proceso de control concreto de constitucionalidad, cuando de la selección y revisión de tutela se trata, el problema se acentúa; de ahí que pasemos a un análisis somero, de cada uno de estos pasos o fases.

3. Selección de tutelas

Sea lo primero precisar que no existe marco normativo que regule el tema; se refieren a ella: los artículos 86 y 241.9 de la Carta Política, que habla de eventual revisión; los artículos 32 y 33 del Decreto 2591/91 (sin motivación expresa y según su criterio), el Decreto 262 de 2000, artículo 7.12 referido a la insistencia; acuerdo de la Corte Constitucional 05 de 1992, modificado por los acuerdos 01 de 2004 y 02 de 2007: artículo 49 —de forma discrecional y sin motivación—; finalmente, el Acuerdo 01 del 30 de abril de 2015.

de lo fallado; e) eventualmente ordenar la inaplicación de una norma, cuando la violación o amenaza de transgresión se derive de esa norma.

La Constitución en su artículo 241, numeral 9, dispone que le corresponde a la Corte Constitucional “revisar en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales”, en desarrollo de este mandato, todos los expedientes de tutela del país son remitidos a la Corte Constitucional, para su “eventual revisión”; este punto lo desarrollaremos más adelante. Así, la selección de tutelas ha sido descrita por la Corte como un acto discrecional, en el sentido de que no necesita motivación ni puede ser interrogada mediante recurso alguno, pero también como un acto guiado por unas finalidades constitucionales claras que deben ser garantizadas a través de la consideración de cada expediente de tutela. Este proceso inicia con la llegada de los expedientes de tutela a la Corte Constitucional, desde todos los rincones del país por remisión de los jueces de primera instancia, una vez que el fallo de tutela queda en firme, es decir, cuando se ha dejado vencer el término de tres días que la norma prevé para impugnarlo y, cuando es de segunda instancia, se notifica a las partes.

Una vez que los expedientes son recibidos por la secretaría de la Corte Constitucional, ésta procede a elaborar una carátula —que contiene la información mínima exigida por el reglamento interno de la Corte: número de radicación dentro de la corporación, nombres de las partes y derecho fundamental presuntamente violado— que identifica al expediente, para facilitar su selección.¹⁰ Posteriormente, la designación de la Sala de Selección se realiza mediante sorteo, una semana antes de que inicie su labor, de tal forma que nadie sabe quiénes serán los magistrados encargados de ello, y los sorteos los hace la Sala Plena, en presencia de todos los magistrados y de la Secretaría General. Ahí, la sala de selección estudia las tutelas preseleccionadas, así como las insistencias de tutelas no seleccionadas en el mes

¹⁰ Entre 1992 y 2003, tomando como cierta la descripción realizada en la sentencia C-1716 de 2000, las reseñas de la Secretaría incluían mucho más que el mínimo mencionado en el reglamento: contenían referencia a los jueces de instancia, una revisión de los fallos anteriores, anotación de las pruebas recaudadas en el proceso y una apreciación sobre la posible vulneración de los derechos del demandante. Adicionalmente, estas reseñas se enviaban a la Unidad de Tutelas para que los abogados que la integraban las evaluaran y dieran su concepto a la correspondiente Sala de Selección. Pero esta práctica cambió en 2003, cuando la Presidencia de la Corte determinó que en adelante solamente se incluiría al mínimo reglamentario en las reseñas y no habría intervención de la Unidad de Tutelas. Con todo, se dejó abierta la posibilidad de que, a juicio de quienes realizaran las reseñas, se presenten más detalles de algunos de los expedientes que pudiesen ser más interesantes o urgentes. Históricamente, quienes se han encargado de hacer las reseñas esquemáticas son los auxiliares *ad honorem* o auxiliares judiciales grado 1 de cada despacho. En general, se trata de estudiantes de Derecho o recién graduados.

anterior. Si una tutela no es seleccionada, existe un plazo de 15 días calendario para insistir en su revisión, contados a partir de la notificación del auto mediante el cual se informa que la tutela no fue seleccionada.¹¹ Si no se insiste en ese plazo, la tutela queda excluida de manera definitiva; si hay insistencia, el estudio de la misma corresponde a otra Sala de Selección del mes siguiente, la cual también es sorteada al azar.

Dado que en estas “Salas de Selección” la gran mayoría de fallos son excluidos de revisión posterior, existe la posibilidad de *insistir* en el estudio del caso por la Corte. La insistencia sólo la pueden presentar los magistrados de la Corte Constitucional, el procurador general de la nación o el defensor del pueblo, por escrito y exponiendo los motivos por los cuales la tutela en cuestión debería ser reconsiderada para su eventual selección. Mediante este procedimiento se examinan mensualmente un promedio de 40,000 expedientes de tutela de todo el país. De este total, sólo se seleccionan para revisión aproximadamente 60 tutelas al mes. En este proceso participan cerca de 80 funcionarios de distintos niveles de la Corte Constitucional. Los integrantes de la Sala de Selección nuevamente tienen la última palabra.

La insistencia como potestad —regulada a través de la Resolución 669 de 2000 para la defensoría y Resolución 301 de 2013 más general— involucra una simplificación del procesamiento de información, de tres maneras: aumenta el número de individuos involucrados en el examen de los expedientes, revela un mayor interés de las partes en el resultado del proceso de revisión del fallo y permite que sean consideradas otras interpretaciones institucionales de lo que resulta urgente o importante en materia de derechos fundamentales. Además, cada institución competente, para insistir en la selección de expedientes de tutela, ha estructurado el trámite de las insistencias, de manera que es posible aprender de la experiencia y lograr mejores balances entre el aspecto estrictamente informacional y el aspecto político o normativo involucrado en la decisión. Además, dicha potestad se considera tan discrecional como la potestad de seleccionar expedientes para su revisión: se defiende que contra ella no cabe recurso alguno pero, aun así, simultáneamente se han desarrollado procedimientos para garantizar que el ejercicio de la potestad apunte hacia las finalidades determinadas por el legislador.

Si bien la insistencia existe desde el momento mismo en que se reguló la tutela y se volvió operativa, no es un mecanismo al que acudan los ciudadanos masivamente, ni tiene la visibilidad que uno supondría que debe-

¹¹ En todo caso, para los asuntos que no son seleccionados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el respeto al precedente judicial por parte de todos los jueces del país, son garantías para que se asegure la protección efectiva de los derechos constitucionales.

ría tener. De hecho, la Corte Constitucional no dispone de ningún archivo concienzudo y depurado en relación con el universo total de las insistencias que han sido presentadas ante la Corporación, ni tiene estadísticas sobre la efectividad de las insistencias de distintos funcionarios, ni tampoco cuenta con material que provea orientación en cuanto a los temas en los que se ha insistido más, o las personas a favor de quienes se insiste con mayor frecuencia. Incluso, se ha suscitado una opinión por parte de algunos magistrados, según la cual las insistencias por ellos mismos presentadas son comunicaciones privadas que están protegidas por el derecho a la intimidad y, por tanto, no pueden ser dadas a conocer al público, ni siquiera a efectos de una investigación académica. Los autos de las salas de selección, aunque mencionan las insistencias y las relacionan con expedientes concretos, no indican quién o quiénes son los autores de las insistencias. La ausencia de estos datos vuelve casi imposible entender el papel de las insistencias en la selección de tutelas.

A pesar de la forma como venía funcionando este proceso de selección, la presidenta de la Corte Constitucional, María Victoria Calle, anunció a comienzos de 2015, la intención de hacer modificaciones profundas en el proceso de selección, como respuesta a la crisis institucional que se generó a partir del episodio de corrupción en la escogencia para la revisión de una tutela por la compañía Fidupetrol. Según lo que afirmó Calle, se modificaría el reglamento entonces vigente, de tal forma que uno de los cambios es permitir la presencia de un delegado de asuntos constitucionales de la Defensoría del Pueblo en las diferentes salas de selección. Adicional a esto, se conformaría comités de trabajo con personal de todos los despachos, para presentar un proyecto más amplio de transformación del reglamento, que buscaría llenar los vacíos de procedimiento previo a la revisión de las acciones. Además de esto, y dada la situación en que un magistrado de la Corte Constitucional —Jorge Pretelt— habría sido protagonista, se solicitaría la conformación de grupos especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para las funciones de investigación y juzgamiento de las filtraciones de información reservada de las que ha sido objeto el tribunal.

Así las cosas, en el nuevo Reglamento Interno instituido por el Acuerdo 01 del 30 de abril de 2015, que entró en vigor a partir del 1o. de julio de 2015, la Corte Constitucional instaló la Unidad de Análisis y Seguimiento al Proceso de Selección de Tutelas, unidad conformada por un delegado de cada uno de los nueve magistrados que integran la Corporación, así como también un coordinador designado por la Presidencia, que tendrían entre otras funciones, la de verificar que se cumplan los criterios objetivos en la

selección de las acciones de tutela que serían revisadas por la Corte. El grupo de profesionales presentaría periódicamente informes tanto a la Sala Plena, como a las Salas de Selección, para identificar los problemas jurídicos más relevantes sobre la interpretación de los derechos fundamentales o el funcionamiento de la justicia constitucional en materia de tutela.

En ocasión de los recientes acontecimientos que minan la institucionalidad de la Corte, se realizó una reforma al Reglamento Interno de la Corporación con miras a establecer una serie de criterios delimitantes para la selección de tutelas. Es así como se establece en los artículos 49 y siguientes los principios, criterios y procedimiento para *limitar* el campo de discreción a la hora de seleccionar las tutelas. Entre los *principios orientadores*, de acuerdo al artículo 49 del reglamento, se encuentran la moralidad, la eficiencia, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad; todos estos principios que impregnán el sistema jurídico colombiano.

Adicionalmente, el artículo 49B integra normativamente la utilización de los *criterios* subjetivos, objetivos y complementarios que la doctrina ha desarrollado y a los que se hará referencia brevemente más adelante.

Asimismo, se mantiene la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes para la revisión de tutelas. De igual forma, se conserva el recurso insistencia para los funcionarios que contemplaba el Decreto 2591/91 y para la Unidad para la Defensa del Estado.

Independientemente de las demás modificaciones introducidas al reglamento, el cuestionamiento crucial es si dichos cambios serán suficientes como para establecer un procedimiento transparente y honesto a la hora de la selección de tutelas, de manera que se pueda restablecer la institucionalidad de la Corte Constitucional y se reconstruya la finalidad propia de la acción de tutela: la protección de derechos fundamentales. Particularmente en lo relativo a los criterios orientadores nos parece un tanto problemático que el reglamento no se haya ocupado de nutrir de contenido en qué consiste cada uno de estos criterios, no obstante que existe dentro de la doctrina un desarrollo al respecto.

En cualquier Estado con un catálogo de derechos fundamentales se tiene la necesidad de preservación de los mismos, máxime cuando estos son de carácter subjetivos en cuyo caso el ordenamiento normalmente dispondrá de herramientas procesales para hacerlos efectivos en caso de alguna vulneración.¹² Siendo este el objeto de la tutela,¹³ es evidente que el rol de

¹² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹³ El artículo 86 de la Constitución Política establece que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimien-

los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional abocarán el conocimiento de las acciones de tutela bien sea para fijar el contenido y alcance de los derechos materia del amparo o para procurar la protección del derecho fundamental subjetivo que se reputa violentado. Es a estos dos roles, que puede asumir la Corte Constitucional, lo que la doctrina ha definido como el carácter objetivo y subjetivo del conocimiento de las acciones de tutela.

Criterio objetivo: siendo la seguridad jurídica un imperativo constitucional la determinación del alcance de los derechos fundamentales es crucial. Es por tal motivo que se reconoce la importancia de la Corte Constitucional en este punto, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y como ente unificador de jurisprudencia. En este punto la función primordial del Tribunal Constitucional es “asegurar la eficacia de la Constitución a través de criterios de interpretación de ésta”.¹⁴ Y esa eficacia deviene de la fijación de parámetros hermenéuticos específicos que guíen el actuar de los jueces ordinarios al decidir tutelas.

Esta dimensión del carácter objetivo de la función de la Corte Constitucional encuentra asidero pragmático en el texto constitucional, pues en este se destaca que la Corte Constitucional es la intérprete autorizada de la Constitución.¹⁵ Esta característica de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional es la que dota de sentido a la unificación de jurisprudencia para guiar el quehacer constitucional de toda la rama judicial del Estado colombiano y en ese sentido fijar con criterio vinculante el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se pretende por medio de la acción de tutela.

Algunos autores que se han detenido en el análisis de los procesos de selección de tutela contemplan varias etapas en el desarrollo histórico del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Un primer momento se refiere a la transformación de una cultura preconstitucional en una cultura constitucional, a partir de la fijación de derroteros específicos que les permitan a los jueces apegados a la ley solucionar los casos de derechos fundamentales con herramientas de índole constitucional.¹⁶ En segunda medida,

to preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

¹⁴ Cascajo Durán, Manuel, “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, p. 123.

¹⁵ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...

¹⁶ Aragón Reyes, Manuel, “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 28.

y contando con un desarrollo jurisprudencial relativamente amplio, el carácter objetivo de la función de la Corte se predicará de nuevos casos, esto es, nuevos supuestos de hecho que requieran delimitación en cuanto al alcance de los derechos involucrados en el caso.

Asimismo, podrá el órgano de cierre considerar pertinente realizar un cambio de jurisprudencia, tal y como lo ha destacado la misma corporación en la sentencia C-836 de 2001.¹⁷ También puede ocurrir que con ocasión de una decisión de tutela el órgano de cierre considere oportuno aclarar o complementar lo establecido previamente en la jurisprudencia. Esta etapa se refiere a una “jurisdicción constitucional reflexiva”¹⁸.

Por otra parte, es posible que el conocimiento de las tutelas por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se vea motivado por la existencia de fallos contradictorios frente a un supuesto de hecho determinado. En estos casos se abre paso a la función unificadora en estricto sentido, esto es, a la génesis de las sentencias de unificación *strictu sensu*.¹⁹

Finalmente, es posible que el carácter objetivo de la tutela se manifieste a través de una labor correctiva por parte del máximo Tribunal Constitucional al encontrarse con fallos que se aparten de lo dictaminado por él.²⁰

¹⁷ En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1o. y 3o.).

...

Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia... Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ López Pietsch, Pablo, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, p. 151

¹⁹ López Cuéllar, Nelcy, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 44.

²⁰ Cascajo Durán, Manuel, *op. cit.*, p. 112.

Este presupuesto, en la objetividad de la tutela, es el que ha dado paso a recursos como el *certiorari*, en el cual, no siendo objeto de selección y eventual revisión, una parte puede solicitar a un tribunal de superior jerarquía que, utilizando su discreción, determine si examina la decisión adoptada por un operador jurídico de menor rango.

Criterio subjetivo: como se dijo anteriormente, la consagración constitucional de un catálogo de derechos fundamentales subjetivos conlleva la creación de mecanismos para su protección. El que se establezca la primacía de la Constitución como norma de normas hace que dicho catálogo adquiera preponderancia absoluta dentro del ordenamiento jurídico y por tanto, que la protección de dichos derechos sea fundamental para el propósito y coherencia que la misma Constitución procura.

Sin embargo, se tiene una confrontación doctrinaria en este punto, pues existen autores que consideran que a la Corte Constitucional no le compete la protección de los derechos subjetivos como tal, pues esta es función de los demás operadores constitucionales —los demás jueces de la República— quienes estarán guiados en su actuar por las directrices planteadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Es por ello que se ha aseverado en la doctrina que “Si el ordenamiento jurídico le ha atribuido a otras instancias la protección de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo al crear un mecanismo especial para su protección, el papel que tiene que asumir el máximo órgano de interpretación no es este, en principio”.²¹ Adicionalmente, la subsidiariedad de la tutela como mecanismo de protección pareciera indicar que a quien le pertenece la protección de los derechos fundamentales subjetivos es por regla general al operador jurídico ordinario, pues para ello el sistema jurídico ha establecido una serie de conductos tendientes a garantizar la efectividad de los derechos. Esto debe matizarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la tutela procede como mecanismo principal si no existe otra acción eficaz e idónea para la protección del derecho que se reputa vulnerado.²²

Para quienes defienden el carácter subjetivo de la revisión de tutelas, el argumento central es que si la tutela es improcedente por no existir vulneración actual o inminente de un derecho fundamental, es porque la tutela

²¹ López Cuéllar, Nelcy, *op. cit.*, p. 49.

²² Esta regla jurisprudencial es posiblemente la que ha ampliado el espectro de posibilidades de procedencia de la acción de tutela, pues además de cimentarse en verdaderos conceptos gaseosos, ha tenido al virtualidad histórica de preterminar los procesos ordinarios para procurar una solución más expedita. Ahora, el número de tutelas por decidir en el país da cuenta de que la subsidiariedad de la tutela pasó de ser la regla general contemplada normativamente, a ser la excepción en la práctica.

de estos derechos es lo primordial para el mecanismo de protección y la dimensión objetiva de este viene por añadidura de su misión principal.²³ De igual forma, se ha argumentado que un exceso en el desarrollo del carácter objetivo de la tutela podría conllevar a un desconocimiento del derecho subjetivo, lo cual es irreconciliable con la carta política misma. Un ejemplo de ello sería el excesivo desarrollo objetivo, al punto que lo único que importa es el determinar el alcance del derecho pretermitiendo la audiencia de las partes, lo cual obraría en detrimento de su derecho fundamental al debido proceso.²⁴ A pesar de lo anterior, es evidente que el desarrollo de la función objetiva de la tutela, a través de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, comporta de igual forma el desarrollo de su dimensión subjetiva, al poder, el máximo órgano, decidir sobre el caso en concreto. Por ello se ha establecido que la tutela tiene una doble dimensión inescindible: *subjetiva-objetiva*.

Esta contextualización sobre las dimensiones objetiva y subjetiva de la tutela sobre las cuales se cimientan los criterios de selección mencionados por el numeral, dan cuenta de la incertidumbre que genera la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional al que se hizo mención anteriormente. En efecto, no existe una determinación en concreto de cuál sería el modelo a seguir, pues el artículo 49B habla de criterios objetivo, subjetivo y complementario. Si existe tanto debate en la doctrina sobre la labor de la Corte en punto de los parámetros objetivos y subjetivos y ello es lo que determina en últimas cuál es el papel que debe jugar el órgano de cierre en sede de la revisión de tutelas, entonces ¿de qué forma el Reglamento da cuenta de un patrón específico de selección? Además, la enunciación genérica que hace el Acuerdo sobre los criterios aún no cierra la brecha de amplia discreción que existía antes de la modificación y ello implicaría que en realidad no se ha introducido un cambio con consecuencias pragmáticas evidentes. Ello se complementa si se observa que a lo largo de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha existido una prevalencia de ambos “criterios” a la hora de la selección. Por una parte, José Gregorio Hernández defiende la utilización de un modelo objetivo de selección, entendida como la función de unificación, delimitación y pedagogía que tiene la Corte Constitucional. Por otra parte, César Gaviria Díaz propugnaba por el desarrollo del criterio subjetivo de selección, esto es, que la Corte debe proteger los derechos fundamentales subjetivos, de acuerdo a lo dicho anteriormente. Si los criterios a los que hace mención el Reglamen-

²³ Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Bogotá, 1998, p. 75.

²⁴ *Ibidem*, p. 93.

to ya existían previamente —de forma jurisprudencial— y eran utilizados a efectos de realizar la selección de tutelas, entonces ¿es posible hablar de verdaderos criterios, a partir de la modificación en comento? ¿Cómo puede cambiarse la visión institucional de la Corte Constitucional si en realidad no se introducen modificaciones que cambien el esquema bajo el cual se desarrollan los escándalos que han azotado a la corporación en el presente año? En definitiva, el nuevo Reglamento se queda corto en cuanto al establecimiento de un conducto específico que restrinja las posibilidades de que la selección de tutela se haga con una finalidad diferente a aquellas propuestas por los modelos objetivo y subjetivo de selección, esto es, el desarrollo de un litigio con el propósito de satisfacer intereses multimillonarios.

Ahora, si se observa, el Reglamento menciona, además de los criterios subjetivo y objetivo de selección, la posibilidad de utilizar otros criterios “complementarios”. ¿A qué puede estarse refiriendo el Acuerdo con esto? ¿Qué debe entenderse por criterios complementarios o de qué forma esta alocución ha sido desarrollada en la doctrina? Ciertamente el Acuerdo en este punto abre una brecha enorme para la génesis de parámetros de selección creados a placer por quienes tienen la potestad de seleccionar tutelas. A manera de ejemplo, en España, con la reforma introducida a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se creó un parámetro adicional que debe tener en cuenta el Tribunal para admitir un caso presentado mediante el recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional para determinar los motivos de la admisión. La reforma se limita a plantear que para efectos de determinar la especial trascendencia de la materia se deberá examinar “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50 de la LOTC) ¿Podría entenderse esto como un criterio complementario? ¿Tienen los magistrados de las salas de selección la potestad de interpretar la noción de criterios complementarios como una puerta para introducir criterios que han sido adoptados en ordenamientos jurídicos foráneos? Si se pensara, por ejemplo, que ello es posible y se utilizara el criterio de especial trascendencia constitucional a la que hace mención la LOTC, ello podría significar que el trámite de la eventual revisión de la tutela se haría aún más sofisticado y con ello se alejaría aún más al ciudadano de a pie de la Corte Constitucional. Es más, cobraría mayor fuerza la idea de que la selección y la revisión de las tutelas es un nuevo escenario de litigio constitucional. En efecto,

El requisito de la especial trascendencia constitucional, como presupuesto de la admisión del recurso de amparo, obliga a cambiar el contenido de la

demandas de amparo. En la misma, como hasta ahora, deben exponerse con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado (art. 49.1 LOTC)... En este punto, los abogados deberían tener en cuenta, de una parte, que no es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental para entender debidamente justificada la trascendencia constitucional; de otra, que justificar la trascendencia del recurso exige razonar que su contenido justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en atención a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia o para la determinación y alcance de los derechos fundamentales.²⁵

Por otra parte, es curiosa la introducción de una serie de principios rectores que guíen el trámite de la selección, los cuales, a nuestro juicio, deberían ser precisados por el acuerdo mismo dada su naturaleza vaga y porque su indeterminación claramente habilita para que su contenido sea llenado por las motivaciones a la hora de la selección, esto es, por los magistrados mismos, siendo innegable que ello amplía aún más el grado de discrecionalidad en la selección si son ellos los que fijan los parámetros para seleccionarlos. Además, la cuestión con los “conceptos jurídicos indeterminados”, utilizando la alocución del Consejo de Estado, es que se trata de zonas grises en donde el espacio argumentativo es tan basto que se le puede dotar de casi cualquier contenido a los principios, lo cual facilitaría la selección de casos por motivaciones diferentes a las que deberían impregnar la labor de la Corte Constitucional.

Con lo anterior no se quiere decir que deba permitirse completamente la discreción a la hora de la selección, pues ello implicaría crear un escenario en donde la autonomía judicial, de suma importancia por su consagración constitucional, se vería completamente truncada, lo cual no tiene ninguna clase de sentido dentro de la jurisprudencia. Lo que se argumenta es que dicha discrecionalidad debe matizarse y limitarse en una medida razonable a efectos de generar un cambio en la visión que actualmente se tiene del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, lo cual no sucede con la modificación introducida al Reglamento Interno, tal y como se adujo anteriormente. Esta posición ha sido apoyada doctrinariamente a través de argumentos que propugnan por el establecimiento de parámetros claros a la hora de selección las tutelas. Es así como:

²⁵ Montañés Pardo, Miguel Ángel, “La «especial trascendencia constitucional» como presupuesto del recurso de amparo”, disponible en: http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional.

Un caso debería ser seleccionado cuando: 1. Contenga hechos de los cuales se desprenda un aspecto de los derechos fundamentales no abordado hasta el momento por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional... 2. Si a pesar de existir pronunciamiento acerca de determinado aspecto de los derechos fundamentales, en criterio de los magistrados que integran la Sala de Selección sea necesario analizar un eventual cambio de jurisprudencia...²⁶ 3. No obstante existir un pronunciamiento sobre determinado alcance de un derecho fundamental, el fallo de la Corte sea reciente y para ser arraigado en la cultura judicial, a través de unos pocos casos, se desarrolle la pedagogía constitucional a través de estas restringidas reiteraciones... 4. Sin perjuicio de tratarse de un caso ya abordado por la Corte, de no ser seleccionado el caso se causaría un daño grave al accionante...²⁷

Tal y como lo consagra normativamente el ordenamiento jurídico alemán.

Estos y otros criterios detallados podrían haberse introducido en el Reglamento para que exista un derrotero claro en cuanto a las justificaciones para realizar la selección de tutelas. No obstante, el Acuerdo se limita a reiterar una serie de criterios que ya existían en la jurisprudencia, añadiendo zonas grises representadas por los indeterminados principios y por la alocución de “criterios de selección complementarios”.

En ese sentido, respaldamos la posición de CORTE LIMPIA YA!, organización que en sus recomendaciones para la modificación del Reglamento propuso introducir normativamente una serie de supuestos en los que se podría contemplar la selección de una tutela. Al respecto, la organización propuso la siguiente redacción:

1) Sobre criterios de selección de las tutelas en sede de Revisión:

Artículo 53 B. Criterios de la Selección de tutelas. En la selección de la tutela además de los criterios específicos numerados se dará prioridad a aquellos casos de violación de derechos fundamentales de las personas vulnerables y menos favorecidas en la sociedad.

Los criterios para la selección de las tutelas son los siguientes:

a) Para aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave del mismo

²⁶ En este punto, la sentencia C-836 de 2001 ha fijado unos criterios claros para establecer cuando existe la necesidad de introducir un cambio en la posición jurisprudencial, tales como, cambios normativos o en la realidad jurídica del país tomando en cuenta las condiciones económicas, políticas o sociales. En ese sentido, en este punto las bases doctrinarias para argumentar la selección están dadas por la jurisprudencia misma.

²⁷ López Cuéllar, Nelly, *op. cit.*, p. 128.

- b) Cuando se traté de un cambio de jurisprudencia en el entendimiento de un derecho fundamental
- c) Cuando se trate de un caso de importancia en la jurisprudencia que puede crear
- d) Cuando se ha evidenciado un error en los juicios de instancia
- e) Cuando se quiere consolidar una jurisprudencia establecida por los fallos de instancia que se considere relevante.

Estos criterios deben ser sustentados por la Sala de Selección de manera clara y completa. Cuando se trate de insistencias de los magistrados de la Corte Constitucional deben además justificar porque se trata de un caso relevante que aclare el alcance de un derecho o evite un perjuicio del mismo, explicación que se realizará en memorial adjunto a la petición de insistencia teniendo en cuenta la función social de la acción de tutela en la protección de los menos favorecidos.²⁸

Así, consideramos necesario que se introduzcan una serie de parámetros de selección claros y detallados a efectos de generar un cambio en la mecánica de selección de tutelas que propició los recientes escándalos de una Corporación que hasta hace poco se consideraba incorruptible en el país.

4. De la revisión eventual de las tutelas

Con relación a la revisión eventual de los fallos de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado sentadas las bases de lo que implica el concepto; así, en la sentencia C-018 de 1993, la Corte, al estudiar la palabra “eventual”, concluyó que la Constitución no prevé la obligatoriedad de la revisión de todos los fallos de tutela. Además, agregó que la revisión eventual es más importante que la obligatoria, en razón de su contenido y alcance, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela, es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional. Y esto se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y carácter paradigmático, los cuales junto con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias. De tal forma que, para la Corte, resulta mucho más fructífero trabajar sobre pocos casos significativos e importantes.

²⁸ Intervención ante la Corte Constitucional sobre la Reforma del Reglamento, disponible en: <http://www.cortelimpiaya.blogspot.com/2015/05/intervencion-ante-corte-constitucional.html>.

Ahora bien, en la sentencia C-1716 de 2000, la Corte reiteró su posición, afirmando que cada uno de los fallos que llegan a la Corte son estudiados, pero no todos ellos ameritan revisión. Y la razón de esto es que la gran mayoría de ellos contiene decisiones de instancia que son correctas, y la protección de un derecho, o su negación, han sido ordenadas de acuerdo con la carta política y la jurisprudencia de la Corte. En esta sentencia se hizo referencia a los principios de igualdad, economía y eficiencia, como forma de justificar el hecho de que la Corte deba pronunciarse sobre absolutamente todos los casos que le son remitidos.

Asimismo, en esta sentencia se sistematizaron las razones²⁹ por las cuales el carácter eventual de la revisión de los fallos de tutela no vulnera el principio de igualdad y resulta acorde a la Constitución. Razones que resumimos así: *i)* el hecho de no pronunciarse de fondo sobre cada uno de los casos que se presentan no vulnera el principio de igualdad, pues no todas están en condiciones similares; de tal forma que sólo los fallos en contra de la Constitución o la doctrina de la Corte, ameritan una nueva sentencia; *ii)* cuando las pretensiones en un caso de tutela se desestiman por razón de existir un mecanismo ordinario idóneo para dirimir la controversia planteada por la demanda, y la Corte considera que la decisión se ajusta a derecho, no se viola derecho o principio alguno sino, por el contrario, se cumple la ley y se desarrolla la Constitución;³⁰ *iii)* el núcleo esencial del debido proceso

²⁹ “...cada uno de los expedientes de tutela que se presenta en el país, es examinado por la Corte; cuando en el caso, por ejemplo, el juez de instancia ha estimado que las pretensiones del actor no proceden porque existe otro mecanismo para la solución de la controversia, la Corte no “pasa de largo”; ha reiterado “que frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por vía judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal, que compararla con los postulados de la Constitución. La existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto a otros. Es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión, en el caso concreto cual es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva”. Es así como la Corte en revisión ha revocado innumerables fallos de instancia que negaban la protección por existencia de un medio judicial ordinario, pues resulta ineficaz, ya que la espera que tendría que soportar el afectado es excesiva, o el resultado previsible no compensa el daño sufrido en los derechos fundamentales del actor.

³⁰ La tutela tiene carácter subsidiario (artículos 86 C.P. y 60. D. 2591) y por esta característica de su naturaleza, sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial apto para obtener la protección de su derecho. No es una instancia paralela ni adicional, ni puede ella suplantar los mecanismos especiales existentes, sino debe respetarlos, y es preciso que el juez reconozca que hay un procedimiento previsto por el legislador que impide la aplicación de la tutela, so pena de vulnerar la Constitución.

consiste en el respeto de las formas propias de cada juicio; *iv)* la previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la carta fundamental como “formas propia de cada juicio”, y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad”.³¹

Ahora bien, en el Auto 055 de 2011, la Corte se pronunció frente a la competencia para conocer de las acciones constitucionales en contra de una corporación judicial, que debía ser la Sala de decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad a lo que se refiere el artículo 4o. del Decreto 1382 de 2000. De tal forma que la Corte Constitucional reiteradamente no es competente para conocer y tramitar acciones de tutela incoadas en su contra, por las siguientes razones: *i)* no existe norma constitucional o legal que le otorgue competencia a esta Corte para resolver acciones de tutela en etapa procesal distinta a la revisión; además, asumir como juez de instancia vulneraría la posibilidad de impugnar la decisión ante un superior; *ii)* la regla contemplada en el Decreto 1382 de 2000, según la cual las acciones de tutela instauradas en contra de las altas cortes, deben repartirse para su conocimiento y decisión a las Salas, Secciones o Subsecciones de la misma entidad accionada, no puede aplicarse análogamente o extenderse a la Corte Constitucional, y *iii)* en caso de instaurarse acción de tutela en contra de la Corte Constitucional, debe aplicarse la regla general de competencia derivada de los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con la cual, son competentes para conocer la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales.

Y, adicionalmente, sostuvo que la omisión en dar el trámite correspondiente a la mencionada acción de tutela, atenta contra los principios de celeridad y economía procesal que guían el amparo constitucional, pues se ha dilatado el conocimiento y trámite³² de la mencionada acción de tutela,

³¹ De tal manera que, cuando el juez y la Corte encuentran en la ley un mecanismo especial idóneo para restablecer el derecho del actor o hacer efectivas sus justas pretensiones, deben remitirlo a hacer uso de él, para preservar el orden jurídico y la especialidad de la jurisdicción, pero sobre todo, el debido proceso.

³² En tal sentido, los casos concretos que los jueces de tutela ya han estudiado y sobre los cuales han proferido decisión, favorable o desfavorable a la protección pedida, no constituyen el motivo primario de la revisión constitucional. El objetivo del análisis que emprende la Corte es el de arrojar luz sobre el alcance y contenido sistemático de las normas fundamentales relativas a derechos de esa misma índole, formulando las directrices de interpretación y aplicación que han de ilustrar sucesivas decisiones judiciales. Ello, a propósito de los casos escogidos, que son paradigmas de los cuales parte la Corte para establecer su doctrina cons-

con desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales son competentes a prevención para conocer de las acciones de tutela.

Debemos entender que la revisión de los fallos de tutela no es una tercera instancia o una instancia adicional, sino un mecanismo de naturaleza diferente, *sui generis*, tendiente a la unificación de la jurisprudencia nacional, como lo ha entendido la Corte Constitucional. El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 35 señala que la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional es, en efecto, devolutivo —es decir, no se suspende la aplicación del fallo revisado—, pero la Sala de Revisión de la Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere necesarias, por ejemplo, la suspensión provisional de la sentencia revisada, también puede decretar medidas cautelares.

5. *Hipertrofia sufrida por la prueba*

Aunado a lo anterior, surge el problema de la prueba en vía de hecho judicial; que se debe mirar bajo varias aristas: *i)* la tutela ante las instancias de los tribunales ordinarios: en verdad que frente al tema probatorio, no tengo mucho reparo que hacer. Quien interpone la tutela contra una providencia judicial, debe llevar toda la carga de cumplimientos de los requisitos ya expuestos y por supuesto el tema probatorio. Aquí hay un proceso o trámite en donde se respetan las garantías procesales, notificándole a la convocada o demandada el tema de tutela contra su providencia, y éste ejerce su legítimo derecho a la defensa y a la contradicción; *ii)* la tutela ante la revisión eventual de la Corte Constitucional: pienso que el problema se centra aquí, en primer lugar por el trámite de SELECCIÓN de la tutela. Adicionalmente, como se desarrolla un proceso sin partes, es lo que hace que las partes, especialmente la accionada, sólo se enteren que su sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional, precisamente cuando se le comunica que la

titucional y la jurisprudencia. La selección de casos singulares para revisión constitucional no es un derecho de ninguna de las partes que han intervenido en los procesos de amparo, ni tampoco de los jueces que acerca de ellos han resuelto. La Corte Constitucional revisa esos fallos “eventualmente”, como lo dice la Constitución, es decir, puede no revisarlos si no lo tiene a bien, y la decisión de no hacerlo es discrecional, de manera que no se quebranta derecho subjetivo alguno por decidir la Corte que se abstiene de escoger un determinado proceso con tal fin.

sentencia fue revocada o no. ¿Se practicaron pruebas? Es posible... pero él no lo supo; ¿se le violó su debido proceso? Consideramos que sí, no hay respeto en este filtro de las garantías constitucionales y procesales. Recordemos que el magistrado ponente puede en cada caso particular practicar pruebas en todo el territorio nacional, competencia que puede delegar en los magistrados auxiliares; la misma Corporación ha señalado que en materia de pruebas se rige, en principio, por las normas procesales pertinentes.

V. REFLEXIONES AL CIERRE

Se reafirma que, por lo menos hasta julio de 2015, existía un diseño institucional de selección, de carácter informal, que a nuestro juicio era el problema: el criterio de selección es un PODER DISCRECIONAL de la Corte Constitucional, que decidía cuáles temas seleccionar y por ende actuaba como legislador y promotor de políticas públicas, lo que conllevaba a que no fuera un proceso democrático.

El desarrollo histórico del trámite de selección de tutelas aunado a la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional da cuenta de la génesis de un nuevo litigio constitucional como tal. En efecto, la sofisticación en el momento de la presentación de una tutela, aunado al hecho de la inseguridad que generan los nuevos criterios introducidos por el reglamento, generará un nuevo espacio en donde cada vez más se necesitará de un especialista en la materia a efectos de conducir una eventual revisión ante la Corte Constitucional. Este fenómeno no es nuevo si se observa la doctrina de las causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales en donde la temática al ser tan elaborada hace necesaria la presencia de un experto a efectos de procurar la protección de un derecho fundamental que se reputa vulnerado. Lo anterior a cuenta de que la tutela se encuentra en un proceso de distanciamiento del ciudadano de a pie, en contravía de la pretensión de la Asamblea Constituyente de 1991. En efecto, si la idea era crear un mecanismo de protección de derechos fundamentales que estuviera a la mano de cualquier sujeto, el desarrollo de dicha acción pone de presente que ese no es el propósito que se está satisfaciendo.

Algunos van más allá: el problema no es la revisión, ni la selección de la tutela, sino la elección de los magistrados que conforman la Corte Constitucional, creemos que no son excluyentes; ambos ayudan a la problemática de hoy día.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias julio-diciembre de 2010, pp. 53-86, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Antonio Barreto Rozo.

Sistema de Información Judicial.

Jurisprudencia

Auto 055 del 2011.

Corte Constitucional.

C 018 de 1993.

C 987 de 2010.

C 1716 de 2000.

C 367 de 2014.

T 892 de 2011.

Leyes

Constitución Política de Colombia.

Decreto 1382 de 2000.

Decreto 2591 de 1991.

Reglamento interno Corte Constitucional.

Resolución 669 de 2000.

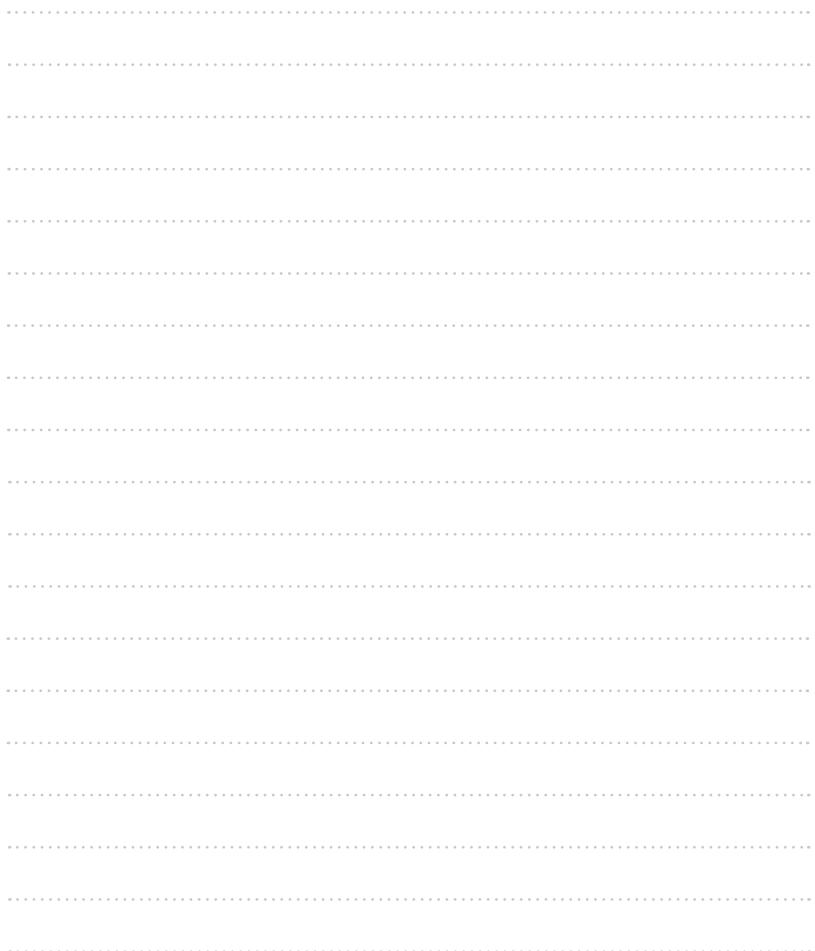
Resolución 301 de 2013.

Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica, tomo I, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de abril de 2018 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 1500 ejemplares (impresión *offset*).

Fecha: / /

No olvidar...





Emmanuel

ROA ORTIZ



Director del Instituto de la Judicatura del Consejo del Poder Judicial del Estado de Michoacán. Maestro en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Autónoma de Madrid; profesor de la licenciatura y de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, así como de la Universidad Latina de América. Ha sido jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Michoacana (2001–2005).

La presente obra reúne los trabajos de autores nacionales y extranjeros presentados en el *VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, en el marco de los festejos conmemorativos de los doscientos años del Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, con sede en Ario de Rosales, Michoacán, considerado el primer tribunal federal del país.

Momento de reflexión sobre el devenir histórico de la jurisdicción y las garantías constitucionales en nuestro país y en otras latitudes, así como para advertir los nuevos contornos y desafíos que enfrenta el derecho procesal constitucional de nuestros días.

