

Nº 21, JUN. 2018

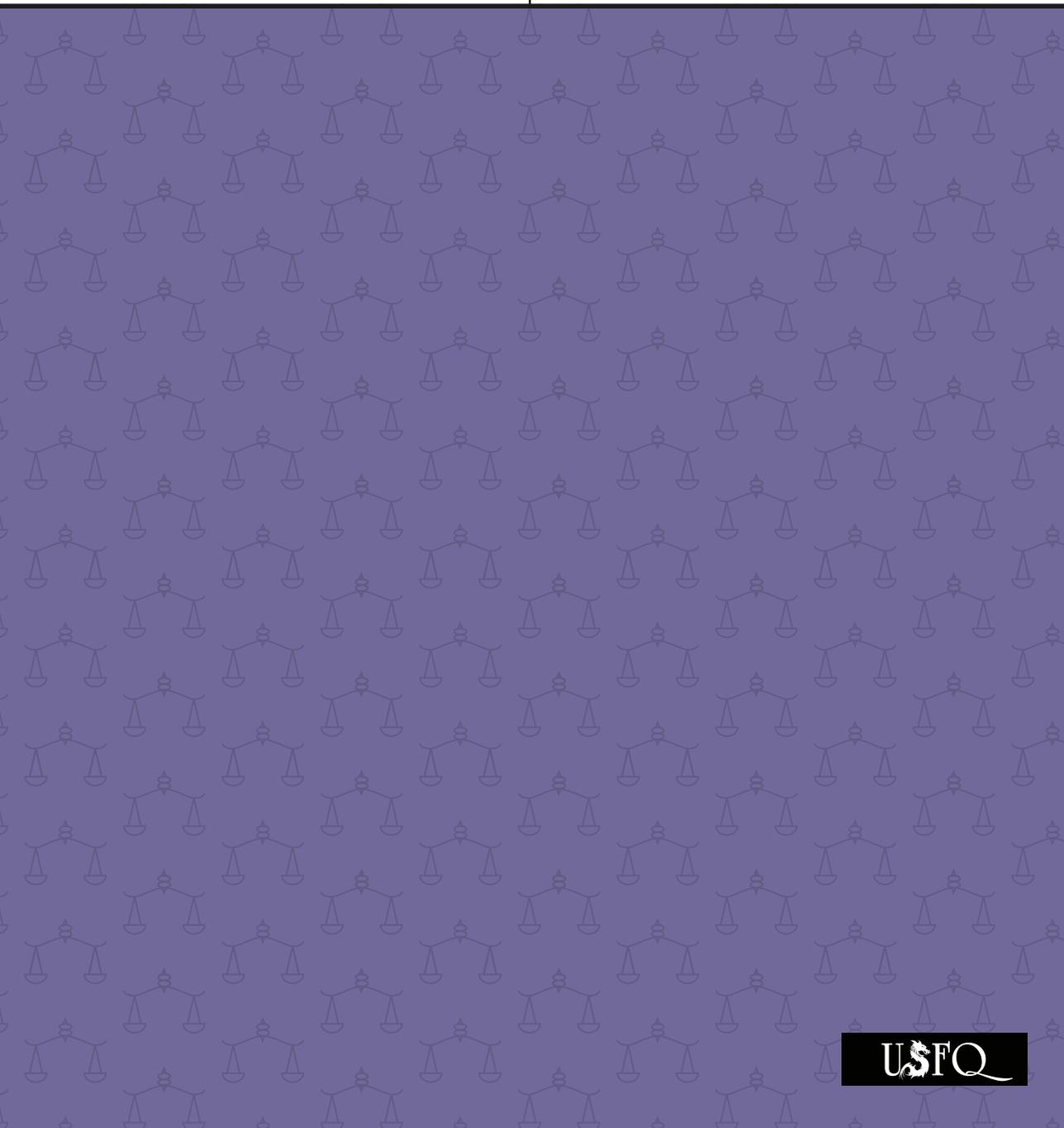
ISSN 1390-6402

E-ISSN: 2528-7834

Iuris Dictio.

Dossier:

*The Constitutional Reasoning
Culture in Latin America.*



Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinadora editorial

María Teresa Vera-Rojas

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes), Paolo Carozza (Notre Dame University), Larry Catá Backer (Penn State Law), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Andrés Jakab (Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca), Peter Van den Bossche (Maastricht University), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno).

Comité editorial

Ximena Bustamante, Sophia F. Espinosa, Johanna Fröhlich, José Irigoyen, Álvaro Paul, Pier Pigozzi, Daniela Salazar Marín, Vladimir Villalba.

Asistentes editoriales

María Gabriela Andrade, Analía Andrade, Aura Chiriboga, María Alejandra Chauvín, Michelle Cueva, Josselyn Espinosa, Abigail Quevedo.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Cristina Garzón

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares de este número

Juan Pablo Aguilar, Vanessa Aguirre, Francisco Albuja, Karla Andrade, Harold Burbano, Hugo Cahueñas, Cesar Coronel, Vajk Farkas, Johanna Fröhlich, Pablo González Domínguez, Andrés López, Álvaro Paúl, Hernán Pérez Loose, Daniela Salazar, Oswaldo Santos Dávalos, Farith Simon, Edgar Ulloa Balladares, Georgina Vargas Vera, Pablo de la Vega, Teodoro Verdugo.

Licencia legal: Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .I97 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834

1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho . Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdicio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

1. Política de secciones

Iuris Dictio posee tres secciones: monográfico, miscelánea y reseñas.

Monográfico

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3.000 palabras y deben ser originales e inéditas.

2. Proceso de revisión por pares

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio y otra en diciembre. Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difunde bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems), intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

5. Envíos Online

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiclio/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

6. Normas para autores/as

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios,

aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

8. Edición de la revista

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

NOTA EDITORIAL

En el año 2016 la revista *Iuris Dictio*, adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, tuvo un relevo en su dirección editorial. En estos dos años de trabajo, quienes formamos parte del Equipo Editorial hemos buscado acoplar la publicación a diversos estándares internacionales que garanticen un debate global, democrático y riguroso del complejo fenómeno jurídico. *Iuris Dictio*, en este sentido, ha recibido decenas de artículos de diferentes países que con posturas diversas y basados en la rigurosa fundamentación académica que han permitido reflexiones plurales que dan cuenta de la vocación democrática y rigurosa de nuestra publicación.

En esta línea, hemos considerado que para garantizar el derecho al libre acceso a la información y para mostrar coherencia respecto a prácticas que den cuenta de nuestro compromiso con los derechos ambientales era importante tomar decisiones respecto al modo de circulación de nuestra revista en esta época contemporánea.

Por ello, anunciamos que nuestro próximo número, el 22, será el último en ser publicado en papel. En adelante, *Iuris Dictio* solo circulará en su versión digital, alojada en el siguiente dominio: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccionario/index>

Confiamos en que esta nueva etapa de *Iuris Dictio* siga contribuyendo al estudio académico del derecho y a su amplia y ética difusión.

Equipo editorial

ÍNDICE

DOSSIER

Dossier's presentation. The Constitutional Reasoning Culture in Latin America Presentación del dossier. La cultura del razonamiento constitucional en América Latina JOHANNA FRÖHLICH	15
¿Qué caracteriza a un buen jurista? ¿Era Magnaud un buen juez? What Makes a Good Lawyer? Was Magnaud indeed such a good lawyer? ANDRÁS JAKAB	19
El uso de precedentes extrasistémicos en el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica The use of extra-systemic precedents in the dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights: an empirical investigation TANIA GROPPY Y ANNA MARIA LECIS COCCO-ORTU	29
Relative authorities: constitutional reasonable resistances against Inter-American Court's doctrines Autoridades relativas: resistencias constitucionales razonables contra las doctrinas de la Corte Interamericana YOTANEGISHI	49
The identity of the constitution and constitutional identity: Opening up a discourse between the Global South and Global North La identidad de la Constitución y la identidad constitucional: Apertura de discursos entre el Norte Global y el Sur Global TÍMEA DRINÓCZI	63
La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas The Constitutional Court: law, equality and suspicious categories JOSÉ DAVID ORTIZ CUSTODIO	81

MISCELÁNEA

La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos
The application of the Principle of Subsidiarity in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: progresses and challenges
GEORGINA VARGAS VERA.....99

Exégesis histórica en el Código Orgánico General de Procesos: naturaleza jurídica y estructura del proceso monitorio
Historical Exegesis in the Organic Code of General Processes: Legal nature and structure of the order for payment procedure
GABRIEL ANDRÉS REINA VANEGAS.....111

RESEÑA

El Delito Corporativo en el Código Penal Español. Bernardo Feijoo Sánchez (2016). 2a Ed. Pamplona: Civitas
PEDRO PÁEZ BIMOS.....125

Nº 21, JUN. 2018

ISSN: 1390-6402

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio.

*Dossier:
The Constitutional Reasoning
Culture in Latin America.*



AMÉRICA LATINA

DISCURSO PÚBLICO

RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL

USFQ

DOSSIER'S PRESENTATION. THE CONSTITUTIONAL REASONING CULTURE IN LATIN AMERICA

Presentación del dossier. La cultura del razonamiento
 constitucional en América Latina

JOHANNA FRÖHLICH (COORD.)
 Universidad San Francisco de Quito

The relevance of studies on constitutional reasoning has grown parallel with the interest in engaging with the global constitutional discourse. Initially, the interest to know other countries' answers to certain common problems emerged together with the evolution of comparative constitutional law into a separate discipline. Over time, it has become clear that there are numerous different solutions for our common concerns and that these depend on the social, political, historical context and the concrete needs of the country in question. Even though the answers can be different, the way we approach, discuss and debate these problems seem to be very similar.

Therefore, the question put forth by comparative constitutional reasoning is not *what* the answers are, but *how* we understand and find them. In Latin America today, we encounter several divisions like race, religion, social welfare, education, gender etc. that are reflected in the different theories and doctrines of the region's constitutional laws. The question that concerns us is if one can still look for and find a common ground in the midst of these divisions, which could serve as a basis for engaging, understanding and discussing constitutional issues.

It is the attempt of this Dossier to start such a dialogue within the Latin American region, by including scholars also from outside and inside the Latin American region. Among the articles presented in this Issue, we can find several topics that focus on the dialogue both on a global and on a regional, Latin American level, like the one on the cross-fertilization of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights or the one on conventionality control. Others discuss key concepts of the region's constitutional reasoning, such as the principle of equality and constitutional identity. Furthermore, the first article serves as a proposal to discuss the universal question of what makes a good lawyer. The key condition to engage in a debate about these problems require an open and honest debate.

The problem of understanding and the method we use to argue and debate different issues holds an important role in public debate. Language and reasoning are not mere means of communication, but they also represent the fundamental questions of existence, as it was pointed out by Heidegger in *Being and Time* (1927). Understanding the world begins with understanding ourselves: the beings we are, the time and context in which we exist, the reality that surrounds us, and our immediate problems. Thus, and following Hans-Georg Gadamer in *Truth and Method* (1960), the means through which we understand the world is "ourselves". Hence, we have more than only the capacity to know ourselves: we are also able to understand others and challenge ourselves in order for a better understanding. We have, therefore, the ability to reflect honestly, openly and responsibly on our views in order to recognize what motivates us and what are the justifications of our decisions. This reflection can only happen through providing and accepting reasons, i.e. debating openly and truly listening to the arguments of others, just as occurs in human life in general.

A healthy and functional public discourse, therefore, assumes a common ground, since all the opinions demand to be recognized in the light of a common goal: to discuss how



to live together in our society, so that all members of the community have a flourishing life. This common ground of public debate is founded on a culture of reasoning that has at least relatively settled rules for determining a reason to be persuasive or weak, good or bad. The reason behind the value of our opinions is that each one of us are unique, unrepeatable, valuable and dignified, meaning that each of us is seeking to understand our existence in a unique and unrepeatable way. However, in several aspects of law, agreement is desirable, at the same time, disagreement expressed in an honest and constructive environment carries a crucial value too. The disagreement that is expressed and valued on the basis of human dignity is not just a way of symbolically consoling those of a minority opinion. It is to build a culture of legal reasoning where the person is not defined or determined by her or his opinions or circumstances. In an ideal culture of legal reasoning, opinions formed on the basis of good faith can have their fair share even in case of forming a minority by strengthening peace and stability through the plain fact that everyone was heard and discussed equally. Even if in the end we end up choosing different solutions, through the appreciation of both those who agree and disagree in an open debate, we build the culture of a healthy and prospering dialogue.

The *method* for a meaningful public debate about constitutional issues is based on constitutional reasoning. Constitutional reasoning is articulated when an agent provides reasons about the constitution. Applying justificatory reasons allows us to go beyond our personal opinions and to translate our unique understanding into the common language of reasons. A very clear and realistic method of lawyerly argumentation was put forward by the article of András Jakab, which asks the question of “what makes a good lawyer?”. Analyzing the common features of lawyers in general, Jakab claims that legal thinking has at least three peculiar features. The category of the two-tier thinking seems to carry a crucial importance, as this is the one that guarantees that legal reasoning satisfies both the textual, dogmatic and system-building functions of a lawyerly decision, and it is also able to bring about a morally good decision. Jakab’s article is a good reminder about the unity of substance and form, i.e. the way how we reach a decision determines its content and quality.

Although Latin America seems to be leading a vibrant discussion on constitutionalism in the recent years, its language and methods of reasoning have not yet been addressed in the academic space. The discovery and definition of the distinctive Latin American style of constitutional reasoning¹ exceeds the framework of the present work, but some of the articles of this Special Issue have still pointed out important features about the Latin American constitutional reasoning practice.

First of all, the ideas of universalism and particularity are reflected in the article of Tania Groppi and Anna Maria Lecis Cocco Ortu, which analyzes the dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights from an empirical point of view. This study proves the existence and draws the most important features of a fertile dialogue between the two courts, through researching the use of extra-systemic precedents. In the light of some of the empirical and doctrinal results, the jurisprudence of the European Court seems to constitute a structural element in the case law of the Inter-American Court. On the other hand, The European Court of Human Rights is borrowing the Inter-American case law mainly in the fields of fair procedure and of cruel and inhumane treatment of the person.

Besides the analysis of the influence of extra-systemic jurisprudence and the interaction

¹ This is the topic of an ongoing project in the Faculty of Jurisprudence of the University of San Francisco de Quito, called the Constitutional Reasoning Research Group (CORREG). See, <http://www.usfq.edu.ec/programas_academicos/colegios/jur/institutos/correg/Paginas/default.aspx>.

between the universal and the regional levels of constitutional principles and human rights, another interesting structural issue was touched upon about the tension between the regional and the national level by the article of Yota Negishi. In his paper about the doctrine of control of conventionality (*control de convencionalidad*) he examines the different modes of constitutional reasoning on how domestic courts exhibit a reasonable constitutional resistance in order to relativize the authoritative doctrines of the Inter-American Court. Examples, where domestic courts used a distinct constitutional reasoning opposing the decisions of the Inter-American Courts is amnesty, conflicting rights between private parties and invalidation of domestic decisions. As a conclusion of the analysis of several cases and doctrines concerning the models of authority on the regional and domestic levels, the author concludes that “constitutional reasonable resistance is permissible so long as it contributes to a more harmonious, democracy-oriented interaction on the basis of shared constitutional reasoning”.

In addition to the structural clashes on the different levels of legal authority, an emerging substantial concept of the region is constitutional identity. The article of Tímea Drinóczi invites the scholarly community to start a discourse on what we mean by identity of the constitution and how it is created and shaped in the different legal cultures. She has a global perspective as well, just as all the previous authors, which is completed by a specific viewpoint borrowed from another emerging concept based on the differentiation between the Global North and the Global South. After a thorough analysis of the divergent concepts of constitutional identity and its use in both the European legal order and in some Latin American countries, the author reminds us that borrowing concepts has their limitations depending on the legal, political and social environment. She warns that the identity of a constitution can be a double-edged sword. However, evidence shows that it could adequately reflect the actual identity of the constituent people, rooted in the past and overarching the future, but in the hands of autocratic and populist leaders with subservient constitutional courts, the use of this concept can be abused and it could lead to the dismantling of regional and national legal achievements.

Finally, perhaps one of the most important key concepts of the Latin American constitutional reasoning culture is equality. The article of José David Ortiz Custodio is the only article that analyses the jurisprudence of a Latin American domestic high court, namely the Constitutional Court of Ecuador. He focuses on the jurisprudence on the principle of equality with a special attention to those cases, where the Constitutional Court borrowed the jurisprudence of the Supreme Court of the United States. After an overview of the case law of Ecuador and the United States on equality, the author points out that the premises behind the two countries’ standards of justification and their different application of the equal protection clause result in a jurisprudence that lacks clarity and coherence.

It is the responsibility of the scholarly community to build a clear and consequent conceptual framework for highly debated social issues, as well as to arm public discourse with well-founded, professional reasons to make it more effective. While persuasion is important, in legal reasoning the goal cannot simply be to empower different ideologies. As in every social construction that involves personal freedom, law and legal reasoning come with great responsibility. The present Special Issue is an attempt to discuss and to reflect on some of the most interesting issues of comparative constitutional reasoning in Latin America.

¿QUÉ CARACTERIZA A UN BUEN JURISTA? ¿ERA MAGNAUD UN BUEN JUEZ?¹

What Makes a Good Lawyer? Was Magnaud indeed such a good lawyer?

ANDRÁS JAKAB

Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias

*Un verdadero gerente tiene una solución a cada problema,
un verdadero jurista tiene un problema a cada solución.*

JEAN-PAUL BLUM

Este ensayo tratará brevemente el esquema que hace a un buen jurista. Con respecto a un “buen jurista” me refiero a las aptitudes profesionales, mas no a una condición moral².

1. La práctica legal: aspectos generales

La práctica legal está fundamentalmente caracterizada por dos tipos de actividades: (i) bloqueo de conflictos o mediación (*conflict-blocking*) y ii) manejo del conflicto en el caso de los juristas (*conflict-playing*) y adjudicación del conflicto en el caso de los jueces (Nathanson, 1997, p.13). Las actividades relacionadas con el manejo del conflicto, a su vez, tienen dos partes (a) trabajo de organización práctica (o, en el caso de juristas sin escrúpulos, hasta el potencial de soborno a jueces) por un lado, y (b) razonamiento jurídico e intelectual en sentido estricto, por otro. Este ensayo se enmarcará en este último aspecto, el sentido estricto de la práctica legal. Por consiguiente, no discutirá, aunque sean importantes, las cualidades que son inherentes a un buen jurista, como la percepción sobre la naturaleza humana³.

Se podría pensar que la imagen de un jurista descrita aquí está excesivamente concentrada en la aplicación de la ley y desatiende la actividad legislativa y codificadora, aún si se la ve como una actividad intelectual que es específica de los juristas. Es verdad. Sin embargo, la actividad legislativa es mirada desde el punto de vista de la futura aplicación de la norma, que es lo que tiene en mente el legislador. La aplicación de la ley es por tanto el corazón de la práctica legal⁴.

2. Características de un (buen) pensamiento jurídico

Hay dos formas para definir a un “buen” jurista: (i) especificar primero los atributos del pensamiento jurídico, en otras palabras, el marco que permite encontrar un jurista, y luego las cualidades que le distinguen entre otros, o, simplemente, (ii) hacer una lista de las cualidades de un buen jurista. Lo más lógico parecería la primera forma, que se refiere a la descripción de dos pasos; sin embargo, el problema con este método es que se nos puede escapar un jurista que

1 N. del E.: Este artículo fue originalmente escrito en inglés y publicado en 2007 en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, bajo el título “What Makes a Good Lawyer? Was Magnaud indeed such a good lawyer?”. La traducción ha estado a cargo de Amalia Gabrielle Fernández-Salvador Fallet y Christian Narváez Barrera, y su lectura y corrección han sido llevadas a cabo por Juan Pablo Aguilar Andrade y Johanna Fröhlich. El formato y la bibliografía del texto han sido modificados de acuerdo con las normas de publicación de la revista. La traducción de artículo ha sido publicada con autorización de su autor.

2 Agradezco a Péter Cserne, Tamás Gyórfi y Máté Paksy, quienes me brindaron consejos útiles durante la preparación de este ensayo.

3 Esta práctica de razonamiento jurídico no es diferente a la de los casos de bloqueo de conflictos (Ej.: mediación) en lo que se describe aquí como juego de conflicto, ya que la actividad legal de bloqueo de conflictos se caracteriza, precisamente, por la sombra amenazadora del conflicto, i.e. el juego de conflicto potencial. En otras palabras, rasgos de pensamiento típico del juego de conflictos ejercen su influencia también en la prevención de conflictos.

4 Cf. también Ronald Dworkin (1986, p. 90), para quien la teoría del derecho es básicamente la teoría de la aplicación del derecho.



evada la caracterización por uno o más de los elementos esenciales básicos. Por eso nos parece preferible hacer una lista de las cualidades de un buen jurista.

Tres son las cualidades principales a considerar: (i) razonamiento jurídico estrecho (ii) pensamiento pragmático, y (iii) pensamiento de conexión dual (*two-tier thinking*). Estos atributos serán analizados a continuación.

2.1. Razonamiento jurídico estrecho: razonando (en contra) con sentido común

El pensamiento jurídico se caracteriza por ser una forma de razonamiento que resulta extraña e ilógica para el lego. Tiene dos componentes: 1. Reducir los argumentos disponibles y 2. Concentrar los debates en los conceptos dentro de las normas, en lugar de la existencia (o aceptabilidad) de las mismas.

2.1.1. Reducción de argumentos disponibles

Para el razonamiento jurídico, argumentos simples y empleados con frecuencia como “eficientes”, “inmorales” o “improductivos”, son inútiles. Estos argumentos necesitan ser expresados, de alguna forma, como argumentos jurídicos (legal/ilegal)⁵. Argumentos relacionados con la eficiencia o similares no son irrelevantes necesariamente, pero no pueden ser empleados directamente o como simples afirmaciones. Su relevancia necesita justificación y la puerta legal por la cual se la introduce debe ser establecido también (ej: un concepto general del derecho, o un principio)⁶.

Algunos juristas restringen esta clase de argumentos y son tímidos a la hora de traducir como jurídicos los argumentos no jurídicos (aquellos jueces idealizados por Montesquieu por ser *bouche de la loi*), otros son menos agudos⁷. Las fronteras exactas varían no solo de un sistema legal a otro, sino también dentro del mismo sistema o, de un área legal a otro, pero este análisis va más allá del enfoque de este trabajo.

2.1.2. En vez de discusiones normativas, enfocarse en conceptos dentro de normas

Considerando que la aplicación de la ley está normalmente fundada en textos, y que éstos son una regla indiscutible para una persona que aplica la ley⁸, el debate legal está enfocado primeramente en los conceptos que incluyen las normas. En la aplicación de la ley, el debate no es sobre si las reglas, por ejemplo, sobre las hipotecas, son buenas o no, sino si acerca de qué califica a una propiedad como gravada o cuándo puede venderse⁹. Evidentemente el debate no se refiere generalmente al concepto abstracto (“cosa prometida”) sino al hecho de si un objeto específico constituye propiedad gravada o no. Sin embargo, el debate está implícitamente vinculado al concepto abstracto y su particularización especial.

5 Intereses y exigencias deben expresarse en términos de derechos y obligaciones. Ver, Mastronardi, Denken, Bern e.a., Haupt (2001). Los argumentos morales deben expresarse igualmente de esta forma. Para una referencia clásica ver Corte Internacional de Justicia, Caso South West Africa, 1966: “[Este] es un tribunal de justicia, y puede tener en cuenta principios morales, solo en la medida de que ellos están expresados adecuadamente en el texto jurídico. La ley existe, se dice, para servir a una necesidad social; pero precisamente puede cumplir con este objetivo solamente a través de y dentro de los límites de su propia disciplina. De lo contrario, no es un servicio jurídico, que debería ser prestado” (1966 I.C.J. 6, para. 49).

6 Esta es la razón por la cual la argumentación de un escritor político y de un (buen) jurista constitucionalista son visiblemente diferentes, a pesar de estar relacionadas al mismo tema. Cfr. Pound (1921, pp. 60-61). Ver también A.M. Honoré (1974, pp. 91-93).

7 Es importante notar que Kelsen no era riguroso en este sentido. Él excluyó argumentos no-jurídicos solo para la ciencia jurídica, pero estaba consciente de que en el trabajo de un jurista, estos factores son ineludibles. Nosotros no debemos pretender nunca, sin embargo, que estos siguen la ley. Para esta teoría de interpretación y para otras referencias ver, Jakab (2005).

8 Con excepción a la revisión constitucional iniciada (o hecha) por el poder judicial. Normalmente dicha posibilidad no existe, no obstante, del curso de la aplicación de la ley por la administración.

9 Ver Röhl y Röhl (2001, p. 159).

El lego¹⁰ o los juristas menos eficientes o dogmáticos dudarían ante una norma con regulación desfavorable, o tal vez pensarían en propuestas de *lege ferenda*. Un buen jurista, sin embargo, trataría de demostrar que los conceptos utilizados por las normas tienen que interpretarse de un modo diferente, o en una forma que no proviene directamente del texto, pero que es lógica cuando se aplica la interpretación teleológica (o de propósito).

Esto entra en conflicto con el sentido común que podría sostener que “esta regla tiene que ser aplicada —si la regla no es buena, la regla tendrá que ser cambiada”. La aproximación de un jurista sería distinta: “hay una regla que tiene que ser aplicada— si la regla no es buena, la regla tendrá que ser reinterpretada”¹¹.

Esto explica un surgimiento del nivel más alto del pensamiento doctrinal y conceptual (*Rechtsdogmatik*) in Alemania, en el Siglo XIX, aún de forma parcial, ahí fue donde la ley en principio era rígida, ya que se usaba la vieja y estimada – y lo tanto incuestionable – ley Romana, o su versión modernizada, el *usus modernus pandectarum*. Por otra parte, ellos convirtieron la elaboración conceptual en un programa¹². Esta combinación es única en la historia, y aún hoy la jurisprudencia alemana debe su sofisticación a esto.

Hay varias razones para que el razonamiento particular presentado anteriormente parezca ilógico para un lego. En primer lugar, la necesidad de la predictibilidad de la resolución de conflictos, por ejemplo: la seguridad jurídica que se manifiesta a menudo en la codificación de la ley. Esto quiere decir, en otras palabras, que definimos qué cuenta como ley y qué puede citarse como ley. Otra razón es la problemática de legitimación de las decisiones de los juristas. Solo en los casos más extraños un jurista se encuentra en posibilidad de encontrar una solución equitativa para un conflicto, a su discreción¹³. En otras palabras un jurista tiene que pretender que respeta en todo momento el marco descrito anteriormente, por razones de seguridad jurídica, aún cuando ese no sea el caso. Un jurista tiene que pretender que simplemente “aplicó” la ley y nunca que la “creó”. El papel del aplicador mecánico de la ley (*Paragrafenautomat*), con la cual algunos juristas se identifican, es claramente un error. Debe considerarse esos casos difíciles que permiten varias soluciones igualmente defendibles, las cuales son debatidas por excelentes juristas (ej: opiniones disidentes). Si la aplicación de la ley fuese una actividad automática y mecánica, evidentemente no existirían dichos debates. Esta falsa (auto-)imagen que tienen los juristas se explica porque no están “oficialmente” autorizados para esta actividad creativa, ej: tienen que pretender “solo aplicar” la ley y carecen de legitimidad para hacer la ley.

Una tercera razón para este tipo de retórica y mentalidad que podría ser incomprendible para un lego, es la defensa del monopolio profesional¹⁴. Cada grupo de profesionales, incluyendo los juristas, buscan presentar su propia ocupación como extremadamente importante, como una actividad misteriosa que requiere de experticia especial y que, como tal, es irremplazable. Una argumentación y un pensamiento especial es un método muy efectivo para excluir a los legos de las profesiones.

Durante varios siglos, o hasta milenios, de experiencia en la resolución de conflictos ha surgido una aproximación que, aunque no exactamente en conflicto con el sentido común,

10 N. del E. Lego se entiende en este escrito como una persona no profesional en el estudio y práctica del derecho.

11 En sistemas de precedentes la base incuestionable no es la norma o el texto, sino el precedente, que puede también ser “interpretado”: esto cuando se trata de buscar su *ratio decidendi*. En lugar de una reinterpretación hablamos de distinguir, lo cual cumple una función similar (ej. da una razón de por qué no tiene que ser aplicado un precedente que podría considerarse aplicable), y el rol (excepcional) de revisión judicial de leyes lo cumple el (también excepcional) derrocamiento de precedentes.

12 Ver en particular: Von Savigny (1814).

13 Una excepción bien conocida es la del poder atribuido a la Corte Internacional de Justicia en su Artículo 38 (2) de su Estatuto de “decidir un caso *ex aequo et bono*, si las partes están de acuerdo”

14 Ver Bourdieu y Terdiman (1987, pp. 828–853).

sorprende o, al menos, no es evidente para quienes no son juristas. Esta actitud la denomino aproximación al procedimiento.

Para el lego, la primera, y al parecer la pregunta más importante en un debate, es quién tiene razón en un sentido jurídico, una pregunta de derecho sustantivo. Sin embargo, un jurista está consciente de otra pregunta que parece ser de igual importancia: ¿cómo podemos imponer nuestra justicia? Esta pregunta, concierne a la aproximación al procedimiento. Engloba preguntas como; ¿somos capaces de probar nuestras pretensiones?¹⁵ ¿quién elegirá a la persona autorizada para decidir? ¿cómo estará constituido el cuerpo colegiado encargado de resolver? Una pregunta que también pertenece en esta línea, y que probablemente tenga mayor notoriedad en la filosofía jurídica, es cómo se puede ejecutar la decisión¹⁶. Estas preguntas están basadas en la experiencia de generaciones de juristas, y comúnmente de juristas que representan a las partes en conflicto.

La práctica de juristas con derecho a adjudicar el debate, típicamente jueces, también da como resultado conocidas reglas legales. Estas incluyen la *regla de auditur et altera pars* o *testus unus, testus nullus* ya que la experiencia ha demostrado que en un debate legal, cada parte embellecerá los hechos para su propia ventaja, a veces de forma inconsciente, pero casi siempre con conocimiento.

Esta aproximación, y las consiguientes reglas, son aplicables más desde la *perspectiva participante*, que desde la perspectiva de la observación. La mentalidad de un jurista, por lo tanto, no es descriptiva, no busca explicaciones, sino que busca la *solución de un problema*¹⁷. Así mismo el pragmatismo, eficiencia y factibilidad (y en casos especiales, la coerción), son de principal importancia para los juristas.

2.1.3. Pensamiento de conexión dual (two-tier thinking)

A partir de la presentación del razonamiento jurídico en el punto 2.1., podría pensarse que los juristas son unos tontos sin sentido común. Pero ese no es el caso. La imagen general que tienen los juristas es otra; son vistos como hábiles, con una mente sofisticada, o hasta como zorros astutos. Esta imagen se basa en buenas razones.

Razonar en conflicto con el sentido común no es realmente el modo (único) en que los juristas piensan. Lo peculiar del pensamiento jurídico es que se dirige siempre por dos vías: un razonamiento jurídico que es “oficialmente vendible” (que entra en conflicto con el sentido común) por un lado, y una lógica seguida, en realidad aceptada, hasta para los legos sensibles, que se centra en las consecuencias del razonamiento jurídico.

Han habido teorías legales y conceptos en la jurisprudencia que se centran en solo una de las dos vías. Por ejemplo *Begriffsjurisprudenz* se refiere solo al aspecto jurídico interno legal, haciendo caso omiso de la “vida”. Otro caso extremo fue el de la “Doctrina del Derecho Libre” (*Freirechtslehre*) que se concentró en el aspecto externo (“decisión justa”) y condujo (o pudo haber conducido, si los jueces hubiesen aplicados sus principios) a decisiones que eran arbitrarias en sentido jurídico (y por lo tanto impredecibles)¹⁸. Se afirma que los dos movimientos llevan a

15 Ver Gyekiczky (2003, pp. 182-213) sobre la pregunta de si el trabajo del juez es probar los hechos del caso para soportar el juzgamiento o de si es descubrir la “verdad”.

16 Un punto relevante a esta aproximación de un jurista es la visión de algunos filósofos del derecho que consideran a la coerción física como parte del concepto de ley. Ver Kelsen (1960, p. 26).

17 Ver Mastronardi (2001, pp. 67, 241).

18 Para una distinción similar ver Mastronardi (2001, pp. 254-255) con relación a un sistema específico (*system-specific*) (estándar como una combinación de los hechos del caso y sus consecuencias legales) vs. mentalidad específica con relación a problemas (*problem-specific*) (estándar como criterio, ej. toda perspectiva normativa deben ser considerada [tópico]); esto para tipificar la mentalidad como un compromiso de los dos [según Larenz “estándar como principio rector” (*standard as guiding*

un callejón sin salida ya que capturan solo un nivel de la distintiva conexión dual como forma de pensamiento jurídico.

2.1.3.1. Pensamiento plausible (conexión interna)

Por conexión interna quiero decir “pensamiento plausible”. Esto implica el cumplimiento de las reglas generales de razonamiento. Dichas reglas incluyen la no contradicción y la consistencia, por lo que un paso del razonamiento debe ser la consecuencia del otro (Röhl, 2001, p. 161). Algunas de estas reglas son sustanciales en el trabajo jurídico, especialmente: (1) consistencia conceptual y (2) comprensión de la argumentación.

(ad 1) La consistencia conceptual es de importancia para el jurista, ya que trabaja con conceptos normalmente dados con anterioridad en el texto y su trabajo es un “juego conceptual” (referencia en 2.1.). Esta peculiaridad o virtud, es llamada precisión jurídica (*lawyerly accuracy*).

(ad 2) La comprensión de la argumentación señala el hecho de que un buen jurista tiene que neutralizar cualquier potencial contra argumento, aún antes de que sea puesto sobre la mesa. Esto es esencial ya que, en el debate legal, la otra parte tiene intereses opuestos y por lo tanto va a desafiar los argumentos puestos en debate. En relación a todos los puntos potencialmente desafiables tiene que mostrar qué camino de razonamiento se ha elegido, y solo ese camino es el correcto y demostrar por qué los argumentos del oponente son incorrectos, ya que el jurista de la parte contraria encontrará problemas hasta con la más evidente y natural conclusión o línea argumental. Este es básicamente el punto al que se refiere el epígrafe de este artículo, de Jean-Paul Blum.

Finalmente, debería notarse que el razonamiento jurídico tiene que ajustarse al contexto del sistema legal específico en el cual ha sido presentado (“plausibilidad del sistema legal específico”). En cada sistema legal, el peso de varios argumentos varía ligeramente¹⁹. En algunos lugares, los argumentos que derivan de la academia o de la doctrina tiene más peso (ej. en Alemania), en otros lugares menos (ej. en Inglaterra o Hungría)²⁰. Estas diferencias no están hechas de manera consciente o racional, sino que son simplemente el efecto de las particularidades de la historia jurídica de varios países.

2.1.3.2. Consecución de la conclusión deseada (conexión externa)

Sin embargo, la simple observancia de las reglas de razonamiento jurídico, por sí sola, no garantiza el desempeño destacado de un jurista. Además, es necesario que el resultado final del razonamiento jurídico concuerde con la intención que tiene el buen jurista, y en lo que propone este como la única solución.

El razonamiento jurídico descrito anteriormente solo crea un resultado “vendible” en un bonito paquete para juristas²¹. El resultado depende del jurista involucrado. Puede ser (i) la absolución del cliente de un jurista, (ii) un juicio que termina con la destrucción psicológica de la otra parte, conforme los deseos del cliente de un jurista de divorcios, o tal vez (iii) un juzgamiento moral en el caso de la alta integridad de un juez. Por lo tanto, la pregunta de un buen jurista es qué se busca lograr mediante la ley, con la ayuda de herramientas de razonamiento jurídico, no cuál será el resultado real.

principle), que —según Mastronardi— es una característica de *common law*, del derecho judicial y del derecho internacional].
19 Sobre las habilidades de razonamiento jurídico ajustados al sistema legal alemán (maniobras correctas e incorrectas) ver Ott (1995). Para una visión comparativa de conjunto de argumentos aceptables en diferentes sistemas legales, ver McCormick (1991).

20 Ver la evaluación empírica para Hungría en Béla (2001, pp. 248-258).

21 Ver Mastronardi (2001, p. 177).

El resultado deseado no puede ser citado abiertamente: solo persiste en el fondo. Sin embargo, el estándar de la actividad de los juristas está evaluado (también) en contra del resultado. Esto se da por el rol de participante (y no solo como mero observador) del jurista, ya mencionado con anterioridad. Las consecuencias prácticas de la conclusión deseada en el juzgamiento del juez proveen un contexto (motivación, sentido) para un debate legal.

2.1.3.3. El puente entre las dos conexiones: el argumento

Sin embargo podría, de vez en cuando, ser posible referirse al objetivo deseado por el razonamiento jurídico. Si el propósito deseado (*telos*) es abiertamente admisible y socialmente aceptado, un objetivo moral y útil, puede ser citado. Esto se denomina razonamiento teleológico o aproximación de propósito. Sin embargo, no quiere decir que se fusionen las dos conexiones, externa e interna, ya que el razonamiento interno que entra en conflicto con el sentido común se mantiene y el argumento teleológico (la voz de la razón y de la moral) aparece solo como elemento correctivo.

Tenemos que reconocer, sin embargo, que (i) hay sistemas legales donde el argumento teleológico tiende a ser abandonado (por ejemplo en Hungría)²², y que (ii) la gran parte de los objetivos genuinos detrás del razonamiento no pueden ser formulados en razones jurídicas. Por ejemplo, el objetivo típico de “quiero mucho dinero” no puede estar incorporado en las razones como un objetivo teleológico; siempre se encontrará en las consideraciones externas.

Por lo mismo, en la gran mayoría de casos de conexiones duales (*two tiers*) en el trabajo legal se mantienen separados de forma hermética.

3. Magnaud, el buen juez

Para explorar cómo debe pensar un buen jurista, se presentará un ejemplo específico. Magnaud, el mítico juez francés, cuyas sentencias causaron un gran alboroto en la prensa francesa de finales del siglo XIX y XX. Algunos se indignaron por sus asombrosos juicios, mientras que otros le dieron el epíteto de “buen juez” (*le bon juge*). Uno de sus juicios más citados es una absolución en un caso de robo de pan por parte de una madre para alimentar a su hijo hambriento. El texto de la sentencia es el siguiente²³:

1. La Corte de Château-Thierry, presidida por Magnaud, en la audiencia de 4 de marzo de 1898 falló conforme a lo siguiente:
2. Considerando que Louise Ménard, acusada de robo, admitió haber tomado el pan de la panadería de P, acto del cual demuestra un verdadero arrepentimiento; mientras que la acusada tenía que proveer para su hijo de dos años de edad a cuyo apoyo no recibe ayuda, y desde hace algún tiempo ha estado sin trabajo, y todos sus esfuerzos por sostenerse han sido inútiles porque no se le ha ofrecido empleo; considerando que se dice que es una persona trabajadora y una buena madre en su parroquia;
3. Considerando que no tiene otra fuente de ayuda que la ofrecida semanalmente por la oficina de caridad de Charly consistente en dos kilos de pan y dos libras de carne para su madre, su hijo y para sí misma;
4. Considerando que la acusada no tenía dinero en el momento de cometer su acto

²² Sobre el abandono de los argumentos teleológicos en Hungría ver Jakab y Hollán (2005, pp. 22-24).

²³ Leyret (ed.) (1990, p. 11). La numeración de los párrafos es de autoría propia.

y que la comida que había recibido había desaparecido; mientras que en el momento considerado ni ella, ni su madre habían comido y sólo había unas pocas gotas de leche en la casa para el niño, y es una cosa lamentable que en una sociedad bien organizada un miembro de esta, una madre, tenga que estar sin pan sin que sea su culpa;

5. Considerando que, si se pone de manifiesto una situación como la de Louise Ménard, corresponde al juez interpretar las disposiciones estrictas de la ley de manera equitativa;

6. Considerando que el hambre priva a todo ser humano de la mayor parte de su facultad de libre de determinación y disminuye considerablemente la capacidad de distinguir entre los conceptos del bien y del mal;

7. Considerando que cualquier acto normalmente castigable, perderá su gravedad si su autor actúa con la necesidad imperiosa de adquirir lo que es indispensable para su subsistencia;

8. Considerando que la criminalidad de la intención se reduce aún más por el hecho de que, en el presente caso, la privación se ve acentuada ya que la madre trataba de salvar del hambre a su hijo pequeño a quien tiene el deber de cuidar;

9. Considerando que en la acción de la imputada no puede identificarse ningún criterio para un acto deliberado de libre voluntad y declara que está dispuesta a reembolsar los daños y perjuicios de la demandante desde el primer empleo que se le ofrezca;

10. Considerando que, si existen condiciones patológicas, en particular las del embarazo, que suelen eximir de responsabilidad a los delincuentes que actúan sin necesidad, dicho beneficio debe atribuirse aún más a quienes cometen sus actos motivados por el instinto de hambre, por lo tanto, la Corte basada en el artículo 64 del Código Penal desestima la acusación contra Louise Ménard, y la absuelve de los cargos sin costas.

Esta sentencia constituye un excelente ejemplo del pensamiento de conexión dual, incluyendo, en particular, la manifestación de aspectos externos e internos vinculados, aunque todavía separables, por la argumentación teleológica. Básicamente, los cuatro primeros párrafos delimitan el aspecto externo que en términos concretos en este caso significa que sería escandalosamente inmoral condenar a Louise Ménard. La frase más contundente es “y se dice que es [...] una buena madre en su parroquia” (final del párrafo 2), que obviamente no tiene relevancia legal en cuanto al robo, sino que es más bien de importancia moral. El final del párrafo 4 se refiere también al aspecto externo (en este caso moral, de nuevo), apelando, por decirlo así, a la conciencia de la sociedad (“es lamentable que en una sociedad bien organizada un miembro de esta, una madre, tenga que estar sin pan sin que sea su culpa”)²⁴. La razón por la cual el juez puede designar explícitamente el objetivo de su propia argumentación es que es públicamente admisible. El objetivo de Magnaud es “aprobar un juicio de acuerdo con la moralidad, específicamente para absolver a Louise Ménard”, y no, por ejemplo, “Louise Ménard es una chica muy bonita, que no debería ser encarcelada”. Este es el resultado deseado de la argumentación.

Sin embargo, este ejercicio requiere racionalizar (agrupar); o, en otras palabras, requiere encontrar argumentos jurídicos apropiados en su apoyo. En este sentido Magnaud tiene un

²⁴ Sobre el papel retórico del jurista, ver Perelman (1976).

trabajo relativamente fácil, considerando que el objetivo ,públicamente admisible y socialmente aceptable, puede ser utilizado como un argumento teleológico (intencional). Observemos, sin embargo, que el razonamiento de la sentencia no dice que “la convicción sería inmoral, por lo tanto, la absolvemos” (este es el procedimiento que Max Weber llamó “justicia de Cadi”), pero traduce el argumento moral como jurídico, y justifica su pertinencia. Esto ocurre en el párrafo 5 donde Magnaud dice explícitamente que su objetivo es lograr este resultado moral, por lo tanto, interpretará la ley pertinente bajo esta luz.

Un contra-argumento evidente podría ser (o podría haber sido) que la tarea es sólo la aplicación de la ley, no la aplicación de la moralidad. Obviamente, la respuesta a este argumento (“exhaustividad en la argumentación mediante la neutralización de posibles contra-argumentos”) motivó la última afirmación del párrafo 4, mediante la cual legitima su propio procedimiento, apelando a la conciencia de la sociedad (“es lamentable que en una sociedad bien organizada un miembro de esta, una madre, tenga que estar sin pan sin que sea su culpa”). Y, por último, de acuerdo con el argumento jurídico clave (es decir, interno) expuesto en el párrafo 9, el autor no tenía realmente libre albedrío. Sin este punto, el nivel interno de argumentación del jurista estaría ausente del razonamiento. Después de la introducción emotiva, esta posición, que al principio no suena jurídicamente demasiado convincente, será aceptada incluso por los positivistas más despiadados. Por si siguiesen existiendo juristas insensibles que no se convencieran, en el párrafo 10 se les da un argumento del jurista por excelencia: si en ciertos casos, cuando el crimen no fuere impulsado por la necesidad, el derecho proporciona impunidad (como en el caso del embarazo), el hecho que un autor que actúa por necesidad deba estar exento de pena es aún más justificado (*argumentum a maiori ad minus*).

Por lo tanto, la sentencia obtenida como resultado de la argumentación interna de un jurista es la que había sido fijada como objetivo por el criterio de evaluación externo. En el razonamiento jurídico interno, se observó la metodología especial del jurista, cumpliendo la tarea mediante la reinterpretación del concepto de “libre albedrío”, más que la creación de nuevas reglas²⁵. En consecuencia, a la luz de este juicio, la pregunta en el subtítulo del artículo, es decir, si Magnaud era realmente un buen juez²⁶, se puede responder afirmativamente²⁷.

4. Desvío: ¿es el buen jurista también un buen erudito legal?

Hasta ahora se ha descrito el modo de pensar del buen jurista. La pregunta es si en el proceso también hemos definido a un buen jurista o un buen erudito legal.

La respuesta depende del tipo de concepto de erudición que estamos utilizando, es decir, de lo que entendemos por erudición jurídica.

(a) Si se considera la erudición jurídica en un sentido estricto de la palabra, prácticamente, limitada a la elaboración de conceptos jurídicos (*Rechtsdogmatik*, o la erudición legal convencional), también se proporciona el retrato de un buen erudito legal. Hay algunas restricciones menores derivadas de una mentalidad diferente que son: (i) El jurista práctico trata de hacer malabares con los conceptos legales existentes, mientras que un erudito legal también fabrica nuevos conceptos de vez en cuando, para explicar el funcionamiento del sistema legal

25 Dado que no surgieron aspectos procedimentales, desafortunadamente el pragmatismo jurídico no pudo ser demostrado en este caso. Con todo, tampoco pudimos señalar ningún error en este caso.

26 El concepto de “bueno” es tomado tanto desde la perspectiva moral como práctica.

27 La metodología francesa de redacción de una sentencia puede parecer inusual para los juristas no franceses. Esencialmente, hay una sola oración compleja y larga cuya última cláusula contiene la sentencia, mientras que las cláusulas anteriores constituyen el razonamiento que puede parecer bastante corto: los jueces franceses deben respetar esta metodología (plausibilidad específica del sistema jurídico). Véase Rudden (1973-1974, pp. 1021-1023).

(Jakab, 2003, p. 20). ii) La tarea principal del erudito legal, específicamente de un erudito legal de “letras negras” (*black letter lawyer*), es esencialmente la sofisticación de un sistema conceptual, es decir, establecer las condiciones necesarias para el buen trabajo de un jurista. El erudito legal es el armero, pero el jurista es quien usará las armas en la batalla. El erudito legal debe elaborar el sistema conceptual del derecho (*Rechtsdogmatik*), con miras a un razonamiento jurídico futuro y práctico (para “la batalla”). Al hacerlo, considerando la ausencia de una situación de debate específico, en la gran mayoría de los casos el nivel externo es admisible (por ejemplo, una consideración moral), y puede incluirse en la argumentación. Esta admisibilidad del nivel externo normalmente no incluye las situaciones de debate “real”. Sin embargo, se aplican la mentalidad de dos niveles, así como las otras propiedades del pensamiento del jurista.

b) No obstante, en general, los eruditos legales tienden a rendirse la mentalidad de conexión dual. Esto significa efectivamente que los niveles de evaluación paralela (externa) y de razonamiento (interno) desaparecen, ya que sólo se requerirá uno de ellos. Este es el caso, por ejemplo, de una propuesta *de lege ferenda*, según que el texto legal cumple el criterio de evaluación externa, pero la carga del aspecto interno es mínima, porque el texto jurídico actual aún no está fijado²⁸. O, por ejemplo, cuando la práctica judicial se presenta sobre una cuestión sin evaluación, es decir, sin aspecto externo²⁹. La erudición jurídica que no siempre proporciona una solución inequívoca y sólo esboza un dilema abstracto, también puede estar desprovista del aspecto externo. Según esto, nunca es el dilema que percibe un buen jurista práctico, sino todos los aspectos de la posición que les beneficia o que se ajusta a su postura moral.

(c) Por último, la mayoría de las propiedades descritas anteriormente no son válidas en absoluto para una obra de erudición jurídica en el sentido más amplio del término (ni una obra de la filosofía jurídica, ni de la sociología jurídica)³⁰. La técnica de la argumentación ya no se caracteriza por las condiciones anteriores; no debe entrar en conflicto con el sentido común, y la exigencia del pragmatismo jurídico es inútil. Es sólo en este sentido que este papel pertenece a la esfera de la erudición jurídica. En un sentido más estrecho (“letra negra”) no lo es; es más bien un escrutinio sociológico o epistemológico de la actividad de los juristas.

5. Resumen

Los puntos presentados en este documento pueden resumirse a continuación:

1. La mentalidad de jurista se caracteriza por una peculiar técnica de argumentación que está en conflicto con el sentido común. Esto se debe al hecho de que un jurista tiene que trabajar con textos y conceptos definidos (o precedentes) y resolver varios problemas prácticos con una referencia a estos (en lugar de los sentimientos personales, la moralidad o la eficiencia).
2. Otra cualidad típica es un enfoque de procedimiento práctico (por ejemplo, *auditur et altera pars*). Esto se remonta a varias generaciones de experiencia.
3. La característica más llamativa de un buen jurista es el pensamiento de conexión dual. Esto requiere que un jurista cumpla con un criterio interno de argumentación

28 Los dos niveles de evaluación no desaparecen completamente, mientras el sistema conceptual existente debe ser considerado antes de preparar una nueva legislación. Sin embargo, esto es más una pregunta sobre la metodología de como transformar ideas de política en textos jurídicos. Ver este tema en general, Béla (2001, pp. 41-57).

29 Sin embargo, si queremos presentar la narrativa del desarrollo jurídico (una visión general de dónde llegamos desde que punto de partida filosófico, es decir, ¿cuál es el sentido del desarrollo jurídico), el aspecto de la evaluación está presente. Un ejemplo famoso es Weiler (1991, pp. 2403-2483).

30 Un análisis detallado de qué criterios son típicos de qué tipo de trabajo está más allá del marco de este documento.

(típicamente de jurista) y un criterio externo de evaluación. Este criterio externo significa que un buen jurista siempre debe tener en cuenta los intereses/valores en juego en el debate jurídico.

4. En general, el criterio de evaluación normalmente no aparece explícitamente en la argumentación, sólo entre líneas e indirectamente. La argumentación teleológica puede ser, en circunstancias especiales, la excepción.

5. Magnaud, el famoso juez francés de finales siglo XIX e inicio del siglo XX, cumplió con los criterios anteriores, por lo que fue realmente un buen jurista (o “buen juez” como se refleja en su epíteto).

6. Dependiendo del concepto de erudición jurídica utilizado, las declaraciones anteriores se aplican a las obras de la erudición legal sólo en una medida limitada o no se aplican para nada.

Referencias bibliográficas

- Béla, Pokol (2001). *A jog elmélete* [La Teoría del Derecho]. Budapest: Rejtjel.
- Bourdieu, P. y Terdiman, R. (1987). The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, 5, 814-853.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Gyekiczky, T. (2003). *A jogászok joga* [El derecho de los juristas]. Budapest: Gondolat.
- Honoré, A. M. (1974). Legal Reasoning in Rome and Today. *South African Law Journal*, 91, 84-94.
- Jakab, A. (2003). *A jogszabálytan főbb kérdéseiről* [Sobre los problemas principales de actos normativos jurídicos]. Budapest: Unió.
- (2005). Probleme der Stufenbaulehre. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 3, 333-365.
- (2007). What Makes a Good Lawyer? Was Magnaud indeed such a good lawyer? *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2, pp. 275-287.
- Jakab, A. y Hollán, M. Die Hinterlassenschaft des Sozialismus im heutigen Recht: Das Beispiel Ungarn. *Jahrbuch für Ostrecht*, 11(1), 22-24.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Leyret (ed.) (1990). *Las sentencias del Buen Juez Magnaud*. Bogotá: Temis.
- MacCormick, N. (ed.) (1991). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot E.A.
- Mastronardi, P. A. (2001). *Juristisches Denken*. Bern: Haupt.
- Nathanson, S. (1997): *What Lawyers Do: A Problem-Solving Approach to Legal*. London: Sweet & Maxwell.
- Ott, E. E. (1995). *Juristische Dialektik*. Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn.
- Perelman, C. (1976). *Logique juridique – nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz.
- Pound, R. (1921) *The Spirit of the Common Law*. Boston: Marshall Jones Company.
- Röhl, K. y Röhl H. C. (2001). *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. Cologne: Carl Heymanns Verlag.
- Rudden, B. Courts and Codes in England, France, and Russia. *Tulane Law Review*, 48, 1010-1028.
- von Savigny, F.C. (1814). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr.
- Weiler, J.H.H. (1991). The Transformation of Europe. *Yale Law Journal*, 100(8), 2403-2483.

EL USO DE PRECEDENTES EXTRASISTÉMICOS EN EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

The use of extra-systemic precedents in the dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights: an empirical investigation*

TANIA GROPPI

Profesora ordinaria de Derecho Público, Universidad de Siena

ANNA MARIA LECIS COCCO-ORTU

Investigadora y docente de Derecho Público, Universidad de Toulon,
CDPC - J.-C. Escarras, UMR-CNRS 7318 DICE

Resumen

El diálogo entre las dos más antiguas Cortes regionales de tutela de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha despertado desde hace tiempo la atención de la doctrina. De manera frecuente tales estudios no cuentan con una base documental adecuada, que demuestre la efectividad de la circulación jurisprudencial. Por este motivo, en este artículo se desea verificar de manera completa y sistemática algunas de las consideraciones que se señalan con frecuencia en la doctrina sobre las relaciones entre las dos cortes regionales, siguiendo la misma metodología ya usada en algunas investigaciones empíricas relativas al uso de precedentes extranjeros por parte las cortes constitucionales, que se han limitado a tomar en consideración las meras referencias explícitas.

Palabras clave

Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Diálogo judicial / Referencias extrasistémicas.

Summary

The judicial dialogue between the two oldest regional human rights courts, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, has been studied for several years. However, many of these studies are not based on a large empirical analysis, which could demonstrate the effectiveness of this dialogue. Therefore, this article aims to verify, through empirical and systematic research, some academic conclusions and reflections on the interactions between these two regional courts. The methodology is the same as that applied in other empirical studies on the circulation of foreign precedents among constitutional courts. Only explicit references have been considered.

Keywords

European Court of Human Rights / Inter-American Court of Human Rights / Judicial dialogue / Extra-systemic references.

Recibido: 30/01/2018 – Aceptado: 27/04/2018

* El presente texto es el resultado del trabajo conjunto de las dos autoras. No obstante, en la fase de redacción, los apartados 1, 2 y 7 fueron escritos por ambas, mientras que los 3 y 4 corresponden a Tania Groppi y los 5 y 6 a Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Se presentó en el I Observatorio Interamericano de Derechos Humanos, realizado en Saltillo, Coahuila, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2015 y ha sido publicado en una primera versión en 2016 (Groppi y Lecis Cocco Ortu, 2016).



1. La necesidad de una investigación empírica

Los estudios más difundidos sobre la globalización del derecho y sobre la circulación de la jurisprudencia han mostrado que la referencia a las fuentes “extrasistémicas”, o externas al contexto jurídico de referencia, ya no es un fenómeno circunscrito a los tribunales nacionales, sino que afecta también a las cortes internacionales (Burgogue-Larsen, 2009, p. 95, 119 y ss.; Turgis, 2012, pp. 263 y ss., 404 y ss., 541 y ss.).

Dentro de este marco, el diálogo entre las dos más antiguas Cortes regionales de tutela de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha despertado desde hace tiempo la atención de la doctrina¹.

De manera frecuente tales estudios no cuentan con una base documental adecuada, que demuestre la efectividad de la circulación jurisprudencial: en las investigaciones empíricas más completas y mejor documentadas emerge que, si se pasa de la teoría a la práctica, el contexto cambia sensiblemente y el fenómeno de la circulación de la jurisprudencia queda redimensionado notablemente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo².

Por este motivo, en este artículo se desea verificar de manera completa y sistemática algunas de las consideraciones que se señalan con frecuencia en la doctrina sobre las relaciones entre dos cortes regionales que presentan sobresalientes similitudes y entre las que hay contacto frecuente e intercambios recíprocos (como visitas, seminarios, etcétera), además de una cierta circulación jurisprudencial documentada desde tiempo atrás.

En el análisis de la relación entre las dos Cortes se ha utilizado la misma metodología ya usada en algunas investigaciones empíricas relativas al uso de precedentes extranjeros por parte las cortes constitucionales, que se han limitado a tomar en consideración las meras referencias explícitas a la jurisprudencia extranjera (Groppi y Ponthoreau, 2013).

La decisión de limitar el análisis a las referencias explícitas no se debe a una minusvaloración de la existencia efectiva y de la importancia de la influencia implícita —que no se traducen, esto es, en referencias expresas de la jurisprudencia extrasistémica en la motivación de las decisiones— sino, sobre todo, a la envergadura de la investigación para identificar las referencias implícitas, esta requeriría el empleo de instrumentos extremadamente complejos, como cuestionarios o entrevistas, así como una lectura profunda de toda la jurisprudencia relevante.

Por otro lado, incluso siendo conscientes de los límites de un estudio circunscrito a las meras referencias explícitas, no parece del todo infructuoso, contribuyendo a nuestro parecer a procurar ulteriores elementos de análisis que pueden ilustrar un fenómeno difuso y articulado, como lo es la circulación jurisprudencial.

2. Las referencias explícitas entre las dos Cortes en el periodo 1987-2017: premisas metodológicas

El análisis empírico tiene por objeto todas las sentencias emanadas de las dos Cortes en el ejercicio de su función contenciosa³ a partir de 1987, año en el cual la Corte interamericana

1 Del enorme número de estudios destaca, en particular, la obra colectiva dedicada propiamente al diálogo y a las convergencias entre los sistemas europeo y americano, editada por García Roca, Fernández, Santolaya y Canosa (2012).

2 Sobre el fenómeno de la circulación jurisprudencial entre cortes nacionales, véanse Groppi y Ponthoreau, (2013). Sobre la importancia de las investigaciones empíricas en los estudios sobre la interpretación judicial, véase Jakab, Dyeve e Itzcovich (2017).

3 No tomamos en consideración, para los fines del presente trabajo, las otras competencias de la Corte IDH, en particular la función consultiva y la competencia en la adopción de medidas precautorias.

dictó su primera sentencia⁴, hasta el 31 de agosto de 2017⁵.

De tal universo, se han seleccionado los fallos que contienen al menos una cita a la jurisprudencia de la otra Corte o de la Comisión del otro sistema regional.

Las decisiones examinadas se han buscado, en un primer momento, mediante los sistemas de búsqueda propios de los sitios web de las dos Cortes, mediante una búsqueda por palabras clave⁶ en sus bancos de datos.

Una vez identificadas las sentencias que contienen referencias a otros sistemas regionales de tutela de los derechos, se ha procedido a su análisis desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa.

Mediante el análisis cuantitativo, se han tenido en cuenta las sentencias que contienen al menos una cita de la jurisprudencia de la otra Corte o de la Comisión del otro sistema regional, evidenciando la relación entre el número de decisiones que presentan al menos una cita y el número total de los fallos emitidos, así como la tendencia a hacer referencias en perspectiva diacrónica.

Desde el punto de vista cualitativo, se ha intentado evaluar la relevancia de las citas identificadas en un primer momento, por medio de indicadores formales, como el “lugar” de la decisión en el que se sitúa (consideraciones de hecho o de derecho; voto de la mayoría o voto individual) o la inclusión de otras referencias extrasistémicas. Luego se han empleado indicadores sustanciales, con el objetivo de evaluar el “peso” de la cita en la decisión.

3. El análisis cuantitativo: ¿la CIDH como importadora de la jurisprudencia europea?

Ya desde una primera observación del número de citas recíprocas, en relación con el número de decisiones emanadas en sede contenciosa, emerge netamente la importante distancia numérica entre los datos de las dos Cortes.

Entre 1987 y 2017 (hasta el 31 de agosto), la Corte IDH ha emitido 337 decisiones en sede contenciosa, 57,6% de las cuales contienen algún tipo de cita de la jurisprudencia del TEDH o de su Comisión, para un total de 194 decisiones.

El TEDH, en el mismo lapso ha emitido 19.809 decisiones⁷, pero sólo en 87 de ellas (lo que equivale al 0,4% del total), es posible encontrar alguna referencia a resoluciones de la Corte o de la Comisión interamericanas.

4 Se trataba de un pronunciamiento sobre las excepciones preliminares únicamente, mientras que la primera decisión sobre el fondo del asunto sólo se dictó en 1988.

5 Las precedentes ediciones de este trabajo consideraban las decisiones emitidas hasta el 31 de agosto de 2012 y hasta el 31 de agosto 2015. Hasta esta fecha, el mismo TEDH (2015) publicó un estudio sobre “References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court”.

6 La investigación se realizó, en lo que concierne a la jurisprudencia del TEDH, sobre las bases de datos en inglés y en francés, utilizando las palabras clave “interamerican”, “inter-american” (en razón de la doble grafía que se emplea para el término en cuestión), “interaméricaine”, “interam” e “inter-am” (estas últimas, en consideración al hecho de que las citas en las notas frecuentemente se abrevian); con referencia, por su parte, a la jurisprudencia de la Corte IDH, la investigación se llevó a cabo sobre las bases de datos en inglés y en español, con las palabras clave “european”, “europeo”, “europea” y “eur”. Si bien se debe considerar cierto margen de error, la metodología descrita permite reducir el riesgo de caer en la falacia de evidencia incompleta (conocida en inglés como “cherry picking”). Sobre la exigencia de contar con una técnica de selección de casos en estudio comparado en el área de las ciencias sociales, ver: Hirschl (2013, p. 1; 2014, p. 206 y ss).

7 El número de las decisiones ha sido tomado de la Relación anual para el 2016, sustrayendo los datos relativos a los años 1959-1986, es decir 121 sentencias (European Court of Human Rights, 2016). Al total así obtenido se han añadido las 417 sentencias encontradas en la base de datos HUDOC, en inglés, del 1° enero 2017 al 31 agosto 2017.

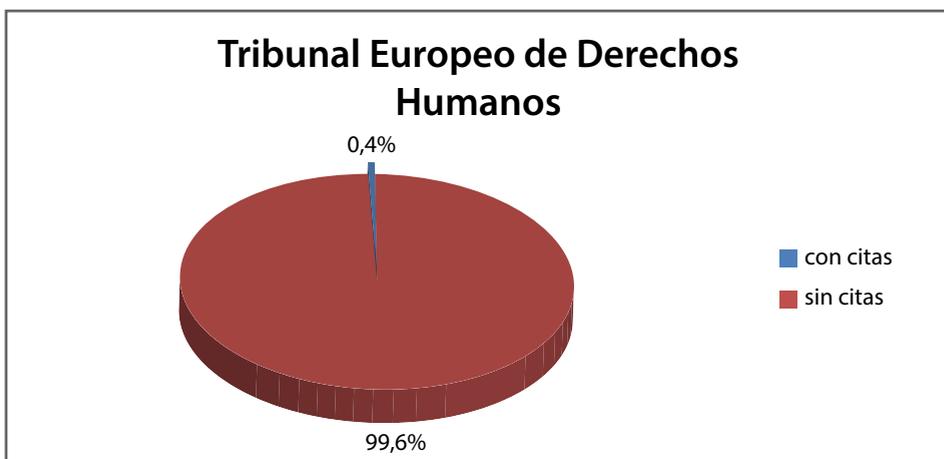
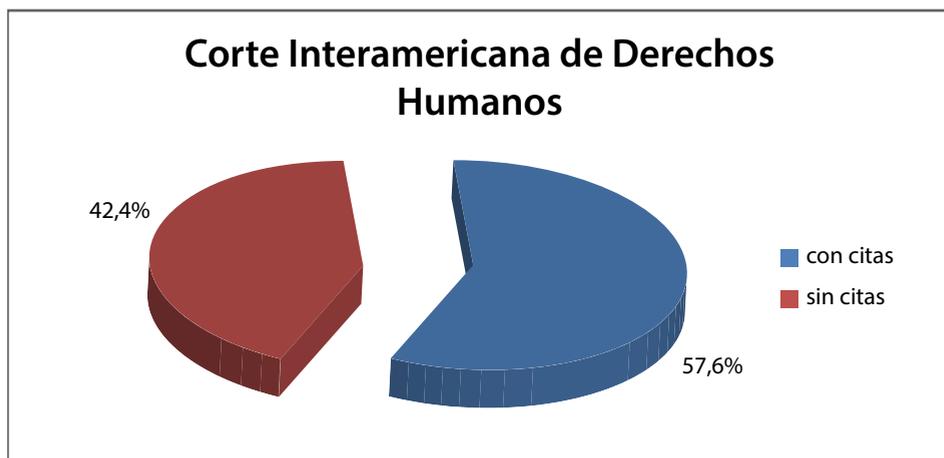


Figura 1. Las decisiones que contienen citas de la jurisprudencia del otro sistema⁸

Sin lugar a dudas, la diferencia entre los dos datos numéricos es notable. Se pueden adelantar diversas hipótesis para intentar comprender el fenómeno relacionadas, en particular, con las diferencias entre los dos sistemas analizados.

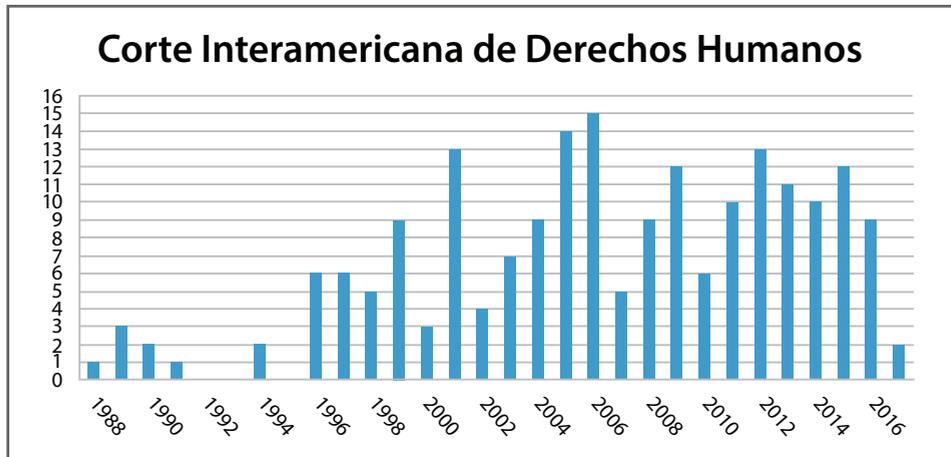
Antes que nada, se puede intentar explicar la diferencia a la luz de la “juventud” de la Corte IDH que, en calidad de jurisdicción de nueva formación, estaría mucho más inclinada a la apertura y comparación de la jurisprudencia proveniente de una corte más antigua e influyente, de acuerdo con una praxis difundida entre los tribunales constitucionales, donde tal comportamiento se ha observado con frecuencia. Para verificar tal hipótesis, es necesario examinar el dato en perspectiva diacrónica.

Otro aspecto a tener en cuenta son las cláusulas de apertura o reenvío, en este caso resulta oportuno resaltar la existencia de una cláusula en la Convención Americana que expresamente permite el uso de fuentes externas como instrumentos de interpretación de los derechos en

⁸ Elaboración propia, como todas las demás figuras.

ella contenidos, lo cual ha incentivado el empleo de las técnicas interpretativa que utilizan el *corpus iuris* internacional (Burgogue-Larsen, 2017). Además, se podrían prever otras hipótesis, relacionadas con el diferente contexto en el cual actúan las dos Cortes, así como al grado de legitimación del que disponen: el hecho de que la Corte IDH encuentre una mayor resistencia y cuenta, como consecuencia, con un menor reconocimiento al interior del propio sistema de referencia, la podría orientar a motivar sus propias decisiones de manera particularmente rica y articulada, para tratar de ganar una mayor aceptación. El hecho, entonces, de que el contexto en el cual ella opera haya sido marcado, durante mucho tiempo, por regímenes no democráticos, habría generado la exigencia de dirigirse más allá de los confines regionales para la definición de los estándares de tutela. El recurso a fuentes extrasistémicas, como la jurisprudencia del TEDH, sería entonces la consecuencia, por un lado, de la elección consciente de interpretar el propio papel de corte internacional de derechos humanos de acuerdo a una perspectiva universalista y, por el otro, de una exigencia práctica de efectividad de la tutela de los derechos y de legitimación de su propia actividad: de hecho, mirar al interior de los confines de los Estados miembros del propio sistema regional habría sido poco fructuoso y, en definitiva, en modo alguno persuasivo, ya sea tanto por las dificultades encaradas por muchos Estados en la garantía de los derechos y libertades, como por la ausencia de una circulación horizontal o de una convergencia bien establecida entre las jurisdicciones de los Estados miembros, que permitía identificar un consenso jurisprudencial en torno a ciertos estándares.

En contraste, el comportamiento “reticente” del TEDH podría ser explicado a la luz de su perspectiva más regionalista, que se funda en la construcción del contenido de los derechos a partir de las concepciones que se encuentran en los ordenamientos de los Estados miembros, con base en lo cual el Tribunal ha cimentado su propia legitimación. Esta tendencia a buscar el consenso regional para la determinación de los estándares comportaría para el TEDH una menor propensión a mirar más allá de los confines europeos (Garlicki, 2012, p. 27 y ss., y especialmente 36).



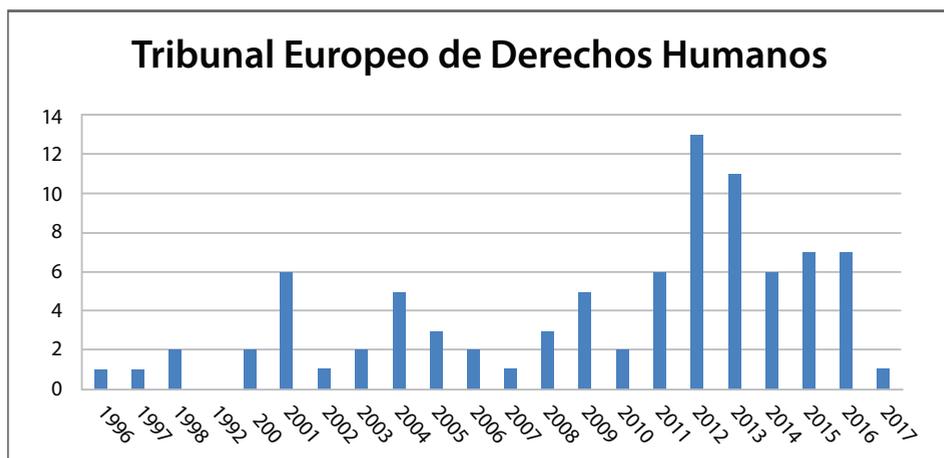


Figura 2. Las referencias en una perspectiva diacrónica (en números absolutos)

4. La perspectiva diacrónica: la tímida abertura del TEDH en los años 2000

Si se examinan las citas desde una perspectiva diacrónica, es fácil verificar que la Corte IDH ha comenzado a citar la jurisprudencia europea desde sus primeros días.

Es posible notar, sin embargo, que antes de comenzar a ejercer su función en sede contenciosa, la misma Corte había desarrollado ya dicha praxis en la función consultiva (que no es objeto del presente análisis): entre 1982 y 1987, la Corte IDH había adoptado 7 opiniones consultivas, donde cada una de ellas contenía al menos una referencia al sistema europeo y —en 5 de ellas— una referencia a la jurisprudencia europea.

Una investigación empírica sobre las opiniones consultivas realizada en el 2008 (Garro, 2009) ha mostrado que tal práctica se mantuvo en el tiempo y que, de 19 opiniones consultivas emanadas hasta la fecha del estudio en cuestión, 8 contenían citas de la jurisprudencia del TEDH. En una opinión en materia de derechos del niño, emitida en el año 2002, fue posible identificar hasta 25 sentencias del TEDH⁹.

También en sede contenciosa, al contrario de cuanto se podría esperar, tal tendencia no ha mostrado algún decrecimiento en el tiempo, ya sea considerando el número absoluto de decisiones que citan la jurisprudencia europea, o bien considerando su porcentaje. Esto significa que el fenómeno estudiado no parece ser transitorio, destinado a detenerse una vez que la Corte IDH haya adquirido una mayor influencia y legitimación.

Por el contrario, el análisis de la jurisprudencia del TEDH muestra que el número de citas de la otra Corte analizada es reducido y, si se mira el porcentaje sobre el número total de decisiones, casi irrelevante.

No obstante, el ligero aumento del número de citas —en valores absolutos— en el curso de los primeros quince años de este siglo merece alguna reflexión.

Una primera explicación del fenómeno se basa en la entrada en vigor del Protocolo número 11 y el consiguiente aumento de las decisiones que habría implicado una mayor probabilidad del recurso a las citas jurisprudenciales.

En efecto, el porcentaje, de conformidad con esta tesis, muestra que mientras el

⁹ Corte IDH (2002). Condición jurídica y derechos del niño.

número absoluto de decisiones que contienen citas aumenta, el porcentaje disminuye.

Una explicación menos inmediata, pero quizás más interesante, hace referencia al hecho de que, en esos años, mientras por un lado la Corte IDH desarrollaba una jurisprudencia propia, el TEDH debía conocer con mucha mayor frecuencia cuestiones concernientes a violaciones graves de derechos, sobre las cuales la jurisprudencia interamericana se revelaba como más rica y avanzada. Por ende, el TEDH tenía nuevas motivaciones para interesarse en la actividad de la más joven Corte Interamericana (Philip-Gay, 2010, p. 263 y ss.).

En este punto, sólo un análisis cualitativo que examine en detalle cada una de las decisiones que contienen las citas en cuestión puede ayudar a aclarar estos aspectos.

5. El análisis cualitativo: la tendencia universalista de la CIDH

El análisis cualitativo de las 87 decisiones del TEDH que contienen al menos una cita a la jurisprudencia del sistema interamericano (lo que comprende tanto los pronunciamientos de la Corte como aquellos de la Comisión) conduce a una ulterior reducción de su relevancia para el objeto de la presente investigación: en 22 de ellas, son sólo las partes o los sujetos que intervienen en el asunto quienes citan la jurisprudencia interamericana y, en 21 casos la cita aparece sólo en votos individuales (Figura 3). Sin embargo, es menester destacar el activismo en la referencia a la CIDH del juez Pinto de Albuquerque, quien desde febrero de 2011 representa a Portugal dentro del TEDH, lo cual coincide con el inicio del incremento del número de referencias a la jurisprudencia interamericana, con 18 opiniones en las que se hace referencia a la jurisprudencia interamericana.

Dentro de los pronunciamientos en los que el Tribunal hace referencia expresa, por tanto, únicamente en 23 casos las citas aparecen en la parte “de derecho” de la motivación dentro de las consideraciones del Tribunal, mientras en las restantes 19 las citas sólo se encuentran en la parte “de hechos” y, en particular, en la parte dedicada al análisis del derecho internacional relevante, sin ser después retomadas en la parte de derecho.

Del examen de las 197 decisiones de la Corte Interamericana que hacen referencia a la jurisprudencia europea, es posible apreciar que en 17 de ellas las citas se sitúan exclusivamente en votos particulares¹⁰, otras 5 entre los argumentos presentados por la Comisión o por los Estados involucrados en el juicio mencionados por la Corte en la motivación; mientras que en 175 decisiones la referencia se encuentra dentro de las consideraciones de la Corte y, por lo tanto, en la motivación jurídica de la decisión (debe hacerse notar que en las motivaciones de los pronunciamientos de la Corte Interamericana no se encuentra la diferenciación explícita entre “hecho” y “derecho”, como sí se encuentra en la jurisprudencia del TEDH).

¹⁰ Además de estas, existen otras 44 decisiones de las cuales la cita se encuentra en una opinión disidente, pero allí donde la opinión mayoritaria hace referencia también a la jurisprudencia europea.

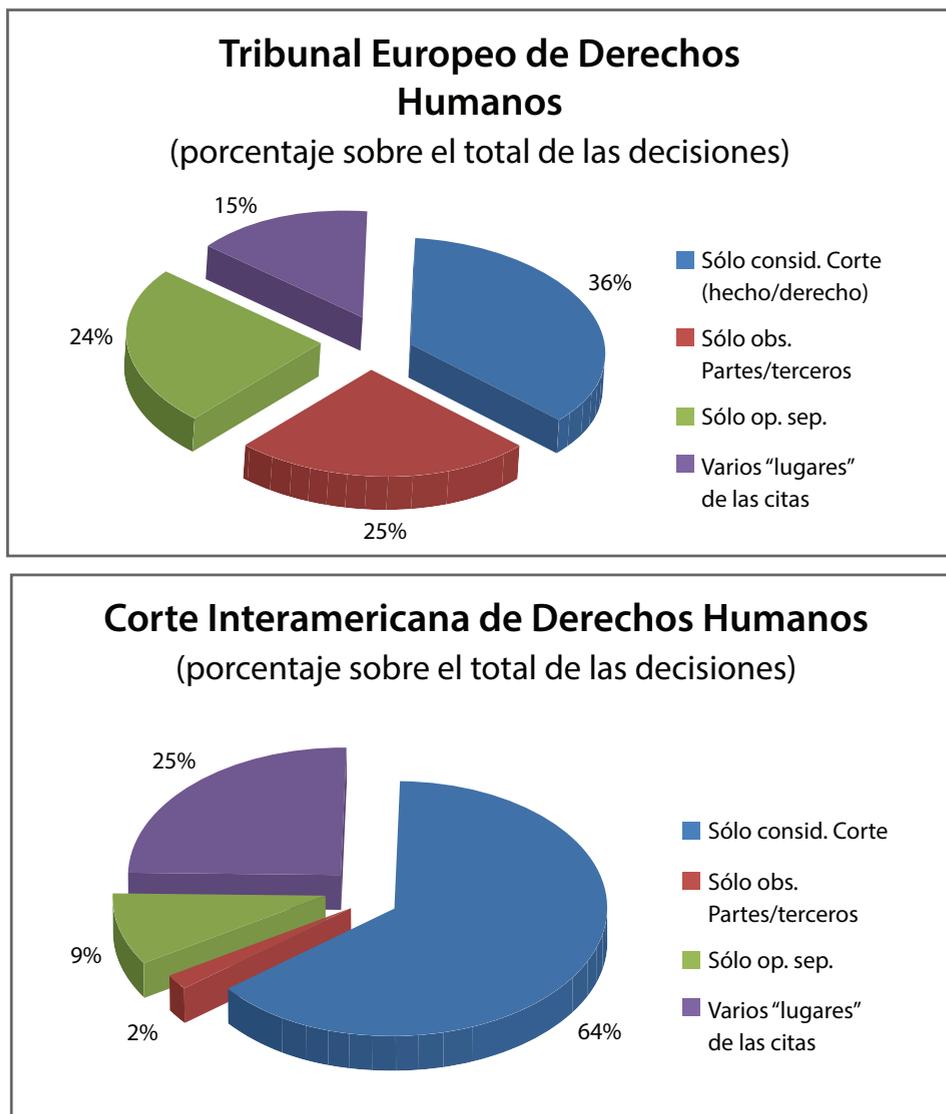


Fig.3 El "lugar" de las referencias, sobre el total de las decisiones que contienen citas

Confrontando los datos de las dos Cortes referentes al lugar en el cual se encuentra la cita de la jurisprudencia del otro sistema, se puede concluir que en ambos casos las citas aparecen principalmente en la opinión de la Corte, no en votos individuales; lo anterior sin obviar que, en el caso de la jurisprudencia interamericana, se puede observar una tendencia más acentuada de los jueces individuales a citar la jurisprudencia europea en sus votos individuales (Figura 4).

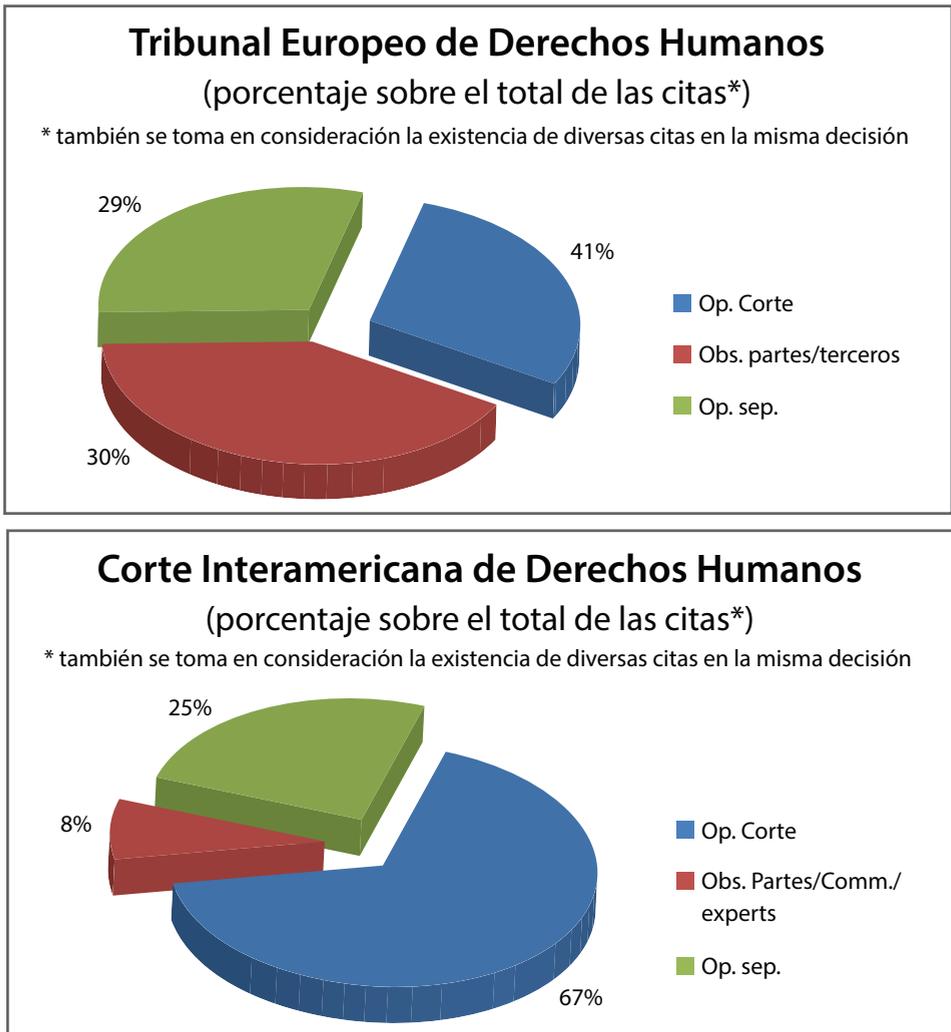


Fig. 4. El lugar de las referencias, sobre el total de las citas

El análisis realizado no permite verificar, para cada una de las citas, el sujeto que ha introducido el argumento de derecho comparado en el juicio, aunque este elemento podría ser de gran interés (Van den Eynde, 2014).

Por cuanto respecta a la relevancia de las citas individuales y su impacto efectivo sobre la decisión¹¹, desde el punto de vista formal se puede observar que el TEDH, en las 23 decisiones que contienen las citas en la parte “de derecho”, procede a hacer citas puntuales y detalladas, reportando a menudo pasajes enteros de los pronunciamientos en cuestión. Las citas de la

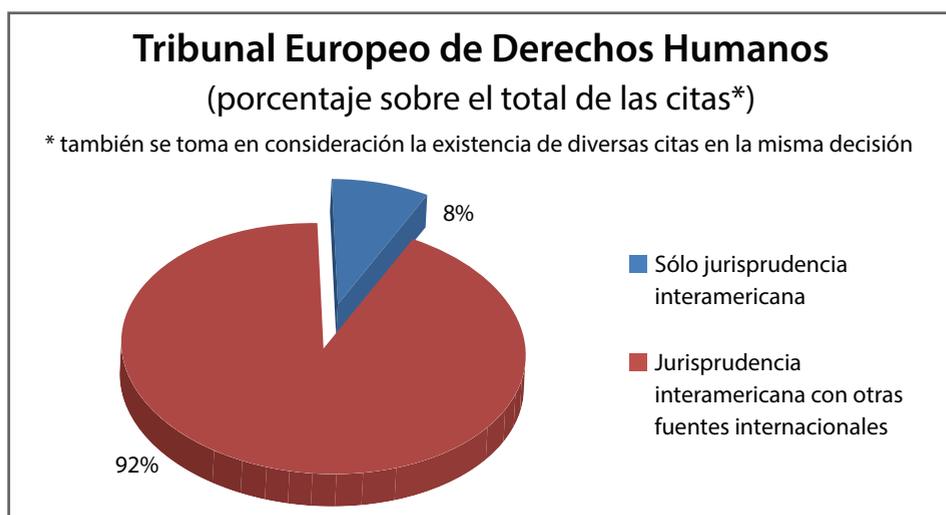
11 Un examen de la ubicación de las referencias en los fallos se encuentra en Burgogue-Larsen (2013, p. 15 y ss.), donde se subraya la tendencia reciente de la CIDH a citar la jurisprudencia del TEDH en las notas al pie. Véase también Turgis (2012, p. 322 y, especialmente, p. 334).

jurisprudencia interamericana casi siempre van acompañadas de referencias a otros materiales provenientes de órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, como la Corte Internacional de Justicia o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Rara vez, como se verá en seguida, la referencia a la jurisprudencia interamericana representa la única referencia extrasistémica para el TEDH (Figura 5), un Tribunal que, es oportuno recordarlo, no demuestra una extraordinaria propensión a hacer referencias a fuentes y materiales extraeuropeos, al optar casi siempre a hallar inspiración en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

Las numerosas citas de la jurisprudencia europea efectuadas por la Corte IDH, por el contrario, son más variadas: se va de la cita precisa y detallada, con varias referencias a decisiones individuales y la reproducción de párrafos enteros¹², a la cita genérica a la jurisprudencia europea, sin la indicación de los extremos de alguna decisión específica o con referencias puntuales sólo en las notas a pie de página¹³.

En las decisiones interamericanas, las citas europeas vienen acompañadas frecuentemente de referencias a otras fuentes extrasistémicas, como, por ejemplo, pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales, pero también de jurisdicciones nacionales: la Corte IDH muestra, de hecho, una extraordinaria inclinación a mirar más allá de sus propias fronteras regionales (Tigroudja, 2002, p. 69; Hennebel, 2007, p. 82 ss.).

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal europeo goza indudablemente de una posición privilegiada respecto de otras fuentes externas (Neuman, 2008, p. 109; Lecis Cocco Ortu, 2017) (Figura 5), como se ha podido constatar por el número y la calidad de las citas¹⁴.



12 Por ejemplo, en *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, 2 julio 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 agosto 2004; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27 noviembre 2008; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 noviembre 2010; *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, 24 febrero 2012.

13 La jurisprudencia europea se cita de manera genérica en el texto, sólo con las indicaciones en las notas a pie de página de las referencias puntuales a las decisiones en cuestión, en: *La Cantuta vs. Perú*, 29 noviembre 2006; *Baldeón-García vs. Perú*, 6 abril 2006; *Anzualdo Castro vs. Perú*, 22 septiembre 2009; *Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 enero 2009.

14 Para dar sólo una idea, en la decisión *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, de febrero de 2012, la Corte cita también algunas decisiones emitidas por jurisdicciones de países miembros así como de terceros Estados como Australia, Filipinas, Sudáfrica, Canadá y los Estados Unidos, pero después fundamenta todo su razonamiento sobre la jurisprudencia del Tribunal europeo, que se encuentra presente con más de 40 citas, y sobre las observaciones del Comité de derechos humanos de la ONU y de otros órganos de las Naciones Unidas.

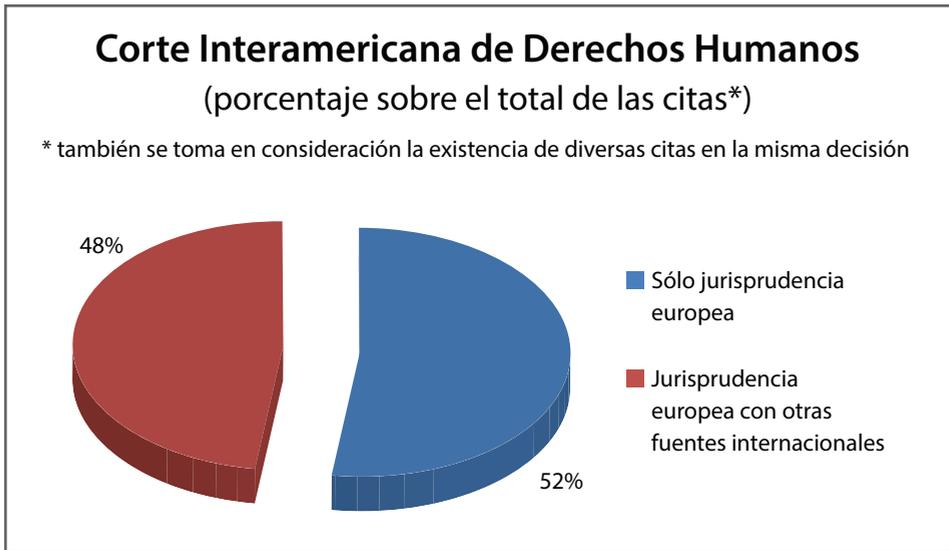


Figura 5. Las citas de la otra Corte con o sin otras citas extrasistémicas

6. El “peso” de las referencias extrasistémicas: intentos de diálogo

Como punto de partida, es posible señalar que en las decisiones examinadas las citas de la jurisprudencia del otro sistema casi no se utilizan “*a contrario*”¹⁵, es decir, para evidenciar que se toma en cuenta otra posibilidad interpretativa que viene descartada conscientemente en la nueva resolución, en razón de las diferencias entre el propio ordenamiento y el de proveniencia de la cita: una práctica, esta, difundida entre cortes nacionales pero que otros estudios han demostrado que se encuentra ausente en el nivel de la jurisdicción internacional (Miller, 2002, p. 499).

En la jurisprudencia de las dos Cortes regionales, las citas resultan ser utilizadas prevalentemente en el momento inicial de la actividad interpretativa, es decir en la “fase cognitiva” de la interpretación¹⁶, para orientar a la misma (en tal caso, se comienza con una suerte de lista de decisiones de otras jurisdicciones, de países miembros y no miembros, para mostrar las diversas opciones interpretativas posibles), o resultan empleadas en función de una “comparación confortativa” o “probatoria”, mediante la cual se pretende mostrar cómo una decisión que la Corte se apresta a adoptar sobre la base de la Convención ha sido tomada, también, por otras cortes internacionales o nacionales¹⁷. Se trata de las decisiones en las cuales el

15 Existen, sin embargo, excepciones, en las cuales la Corte interamericana, después de haber citado la jurisprudencia europea en materia de reparaciones, de acuerdo con la cual una sentencia condenatoria constituye *per se* una reparación suficiente de los daños morales sufridos, ha afirmado que tales soluciones no pueden ser consideradas como satisfactorias en presencia de daños morales graves. Véanse, entre otros, *Neira-Alegría y otros vs. Perú*, 19 septiembre 1996; *Blake vs. Guatemala*, 22 enero 1999; *Paniagua-Morales y otros vs. Guatemala* (caso *White Van*), 25 mayo 2001; *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala*, 22 febrero 2002.

16 En aquello que se ha definido como el “window-dressing approach” (*sic*), de acuerdo con el cual la Corte hace amplias referencias a fuentes extrasistémicas sólo para demostrar su vasto conocimiento del derecho comparado e internacional (Garlicki, 2012, p. 56), pero más bien se trata de un uso de la comparación en la fase cognitiva de la interpretación, que no entra en la fase decisiva (Pfersmann, p. 46).

17 Esta utilización “confrontativa” de la cita de los precedentes de la otra Corte puede ser definida como una forma de comunicación judicial fundada sobre la “empatía”, allá donde el recurrir al precedente extrasistémico no representa un mero ejemplo de derecho comparado, sino una referencia interpretativa dotada de gran eficacia persuasiva gracias a la convicción de que existe una base común (*common ground*) entre el ordenamiento en el cual se ha adoptado la decisión y el ordenamiento en

argumento extrasistémico contribuye efectivamente a la conformación de la decisión y por esto merecen un análisis detallado que no se puede hacer aquí (véase Groppy y Lecis Cocco Ortu, 2016).

En muchos ámbitos se encuentra, sobre todo, una influencia “en sentido único” del Tribunal europeo sobre la Corte interamericana. Esto ha sucedido, por ejemplo, en materia de criterios interpretativos¹⁸, donde la influencia del TEDH sobre su homóloga interamericana ha dado lugar al desarrollo de criterios interpretativos específicos propios del derecho de los derechos humanos, los cuales se distancian parcialmente de los criterios codificados en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Hay algunas materias en las cuales puede reconocerse una cierta reciprocidad de las citas, como el debido proceso, la definición de los tratos inhumanos y degradantes, así como de violaciones graves (en particular las ligadas al fenómeno de desapariciones forzadas), las leyes de amnistía, y la libertad de expresión.

En el tema del debido proceso, la Corte IDH se ha inspirado sin mayor preámbulo en la jurisprudencia europea¹⁹. Sin embargo, no se ha quedado en ella, sino que ha continuado su desarrollo a través de la interpretación de las garantías procesales²⁰. Esto ha hecho que también el Tribunal europeo haya citado recientemente esta jurisprudencia sobre la absoluta inderogabilidad de las reglas del debido proceso cuando esté prevista la conmutabilidad de la pena capital²¹, en materia de imparcialidad de los tribunales militares²², así como en tema de destitución de los jueces²³.

Otra materia que se ha revelado de influencia recíproca es aquella de la definición de “tratos inhumanos y degradantes”. En un primer momento, el Tribunal europeo comenzó a influir en la jurisprudencia interamericana²⁴, pero más tarde, a partir de los años noventa, el mismo se encuentra cada vez con más frecuencia frente a recursos que tienen por objeto violaciones sistemáticas como detenciones arbitrarias, ejecuciones ilegales y desapariciones

el cual se cita. Sobre tal clasificación (Walker, 2008, p. 373).

18 Puede recordarse, como ejemplo, la doctrina del efecto útil, retomada en la sentencia *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 24 septiembre de 1999; o aquella de la interpretación evolutiva de la Convención, citada en *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 septiembre de 2005. La Corte Interamericana no ha adoptado, por el contrario, la doctrina del margen de apreciación (que ha desechado, últimamente, en *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, 24 febrero de 2012, par. 34-35 y en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 noviembre de 2012, par. 316), aunque admite un cierto nivel de discrecionalidad estatal por lo que respecta a la disciplina del electorado activo y pasivo, “a la luz de la evolución del país concernido” (véase *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008, par. 165). Consultense Benavides Casals (2009, p. 295).

19 Véanse, entre otras, las decisiones *Suárez-Rosero vs. Ecuador*, 12 noviembre de 1997; *Villagrán-Morales y otros vs. Guatemala* (caso “Niños de la Calle”), 19 noviembre de 1999; *Corte Constitucional vs. Perú*, 31 enero de 2001; *Lori Berenson-Mejía vs. Perú*, 25 noviembre de 2004; *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, 20 junio de 2005; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 noviembre de 2010; *Palamara-Iribarne vs. Chile*, 22 noviembre de 2005; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 enero de 2006; *La Cantuta vs. Perú*, 29 noviembre de 2006; *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (caso “Cesantes y jubilados de la Contraloría”), 1 julio de 2009; *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, octubre de 2011.

20 En relación a la importancia de las garantías del debido proceso y del recurso efectivo en los procedimientos que prevén la condena a muerte, en la decisión *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago* la Corte Interamericana ha observado que: “[l]omando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana” (*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, 21 junio de 2002, par. 148).

21 *Ocalan vs. Turquía*, (Gran Sala), 12 marzo de 2003, par. 203 (Traducción propia).

22 *Ergin vs. Turquía*, (Sala Cuarta) 4 mayo de 2006, par. 25 e 54 (Traducción propia).

23 *Baka c. Hungría*, n° 20261/12, 23/06/2016.

24 *Loayza-Tamayo vs. Perú*, 17 septiembre de 1997, par. 57. En particular, se citan las sentencias de los casos *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 enero 1978; y *Ribitsch vs. Austria*, 4 diciembre de 1995. V. También *Cantoral-Benavides vs. Perú*, 18 agosto de 2000, par. 89.

forzadas. La influencia de la jurisprudencia interamericana en la europea en este ámbito parece, no obstante, desde el punto de vista numérico, menos relevante de lo que se habría podido esperar. Aún en ausencia de una masa conspicua de referencias recíprocas, las dos Cortes han mostrado en el transcurso de los años una creciente convergencia en la aproximación que tienen respecto a tales violaciones, sin que el TEDH haga expresamente mención a las decisiones de la Corte IDH (Fernández, 2009).

Dentro del marco de una evolución de los temas sometidos al TEDH, significativas son las referencias a la jurisprudencia interamericana sobre el tema de leyes de amnistía y crímenes de guerra contenidas en el fallo *Marguš vs. Croacia*²⁵, donde se cuestionaba la situación de un proceso penal contra un acusado que había sido finalizado en virtud de la Ley de Amnistía General. Entre los argumentos citados, se hace amplia referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, que no solamente es citada por páginas y páginas en la parte de hechos, sino es utilizada en las consideraciones del Tribunal para interpretar el artículo 6.5 del Protocolo II adicional de las Convenciones de Ginebra. En la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el TEDH sigue, dicha disposición no se aplica a los autores de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad²⁶.

Una cierta interacción entre las dos Cortes ha afectado incluso —lo que podría desatar una cierta sorpresa— a la libertad de expresión. La Corte Interamericana ha recurrido ampliamente a la jurisprudencia europea en la interpretación de las restricciones admisibles a la libertad de expresión en una sociedad democrática —entre 1985 y 1986 en opiniones consultivas, y a partir de 2001, también en casos jurisdiccionales²⁷— y también el Tribunal europeo ha citado en fecha reciente dos veces la jurisprudencia interamericana en materia de libertad de expresión²⁸. La atención recíproca mostrada por las dos Cortes en lo que se refiere a las limitaciones a la libertad de expresión podría señalar el inicio de un verdadero diálogo para la determinación de estándares internacionales sobre este tema, pero tal conclusión parece aún prematura y requerirá del análisis de desarrollos futuros para confirmarla o desmentirla (Bertoni, 2009; Eguiguren Praeli, Bustos Gisbert y Torres Muro, 2012).

7. En conclusión: las Cortes regionales entre universalismo y particularismo de los derechos humanos

El análisis del cual se han ofrecido los resultados en el presente texto muestra claramente que durante muchos años la relación entre las dos Cortes se ha articulado en torno a la influencia ejercida por el TEDH sobre su homóloga interamericana.

La Corte IDH ha comenzado desde el inicio de la propia actividad a citar la jurisprudencia europea, primero en el ejercicio de su función consultiva y después en el de su función jurisdiccional.

Tal tendencia, y este es el dato que puede desatar mayor interés, no parece disminuir en el tiempo, como se demuestra ya sea en el número de las decisiones que contienen al menos una cita, o incluso en el porcentaje, leído en clave diacrónica. Esto sugiere que la atención de la Corte IDH hacia la jurisprudencia europea no representa un fenómeno contingente, destinado

25 *Marguš vs. Croacia*, 27 mayo de 2014.

26 *Marguš vs. Croacia*, (Gran Sala), 27 mayo de 2014, par 131. La sentencia citada es la del asunto *Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador*.

27 *Olmedo-Bustos y otros vs. Chile* (caso “La última tentación de Cristo”), 5 febrero de 2001; *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 6 febrero de 2001; *Herrena-Ulloa vs. Costa Rica*, 2 julio 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 agosto de 2004; *Kimel vs. Argentina*, 2 mayo de 2008; *Fontvecchia y D'amico vs. Argentina*, 29 noviembre de 2011; *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 noviembre de 2009; *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, 22 junio de 2015.

28 *Stoll vs. Suiza*, (Gran Sala), 10 diciembre de 2007, donde se cita *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 septiembre de 2006.

a retrotraerse una vez que la misma Corte termine de recabar un mayor grado de aceptación y de influencia, sino un elemento estructural, hijo de una concepción de los derechos reconocidos por la Convención como derechos universales más que de alcance únicamente regional.

En efecto, como se ha evidenciado ya, las numerosas referencias a la jurisprudencia europea son frecuentemente, si bien no necesariamente, acompañadas por otras referencias a elementos extrasistémicos, como actos o decisiones de otros órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales internacionales, que dan testimonio de una acentuada propensión de la Corte interamericana a mirar más allá de los confines de su propio sistema de referencia. La utilización de las fuentes extrasistémicas operadas por la Corte siempre se ha caracterizado por el principio de la máxima tutela, así que ella toma de cada ordenamiento citado sólo los elementos que protegen en mayor medida a los derechos, en una suerte de *cherry-picking*, sobre la base de la cláusula más favorable como criterio interpretativo general (Hennebel, 2009, p. 117). Sin embargo, se observa que la jurisprudencia europea asume, en este cuadro, una posición privilegiada entre todas las fuentes externas consideradas por la Corte, como se desprende del número y de la calidad de las citas que le conciernen.

Por contra, en la jurisprudencia europea las referencias extrasistémicas, menos frecuentes, no responden a la necesidad de reforzar la legitimidad de sus decisiones. De hecho, el Tribunal europeo fundamenta su legitimidad principalmente en el respeto y cita de su propio precedente, ejercicio que realiza sistemáticamente²⁹, y en la referencia a los sistemas jurídicos nacionales.

Esto también explica por qué las referencias extrasistémicas (y entre ellas las citas de la jurisprudencia interamericana) rara vez se utilizan como el único fundamento de una interpretación evolutiva. Más bien, los jueces europeos tienden a mencionar tales precedentes para demostrar que existe un consenso internacional que va en la dirección del consenso regional, pero en el caso de no convergencia, nunca hacen que las fuentes externas prevalezcan sobre las regionales. Sin embargo, recientemente el Tribunal europeo ha utilizado excepcionalmente la jurisprudencia de otros órganos internacionales y regionales, incluida la Corte Interamericana, inclusive en ausencia de un consenso europeo (L. Burgogue-Larsen, 2013).

En relación más específicamente con la jurisprudencia interamericana, el Tribunal europeo empieza a insertar unas citas esporádicas de la jurisprudencia de la otra Corte también en la parte de derecho de sus propias motivaciones.

En los últimos años, de hecho, el TEDH se ha visto obligado con mayor frecuencia a decidir sobre cuestiones concernientes a violaciones graves de derechos humanos, un ámbito en el cual la Corte Interamericana ha adquirido un patrimonio de precedentes más rico y avanzado. Por esta razón, el TEDH tuvo nuevas razones para interesarse en la actividad de su homóloga más joven. En efecto, la jurisprudencia interamericana es citada ampliamente en el ámbito del debido proceso, de los tratos inhumanos y degradantes y de otras violaciones graves, especialmente en los casos contra Rusia o Turquía.

En tales decisiones, raramente la jurisprudencia interamericana representa la única referencia externa a la que recurre el Tribunal europeo: las citas son casi siempre acompañadas por referencias a otras fuentes extrasistémicas, particularmente aquellas provenientes de la Corte

²⁹ El Tribunal europeo considera muy importante respetar sus precedentes, que constituyen el principal argumento utilizado en la motivación: la continuidad con los precedentes se ve no sólo como necesaria a la luz del principio de la certeza del derecho, sino también como fuente de legitimación frente al auditorio “estrecho”, esto es, a los Estados, llamados a actuar durante las decisiones. Por lo tanto, aunque en el sistema de la Convención no exista el principio del “*stare decisis*”, la actitud de la Corte revela que sus precedentes revisten una “*persuasive authority*”, al punto que se habla de una doctrina “*de facto*” del precedente vinculante (Mowbray, 2009, 182; Lupu, Voeten, 2012). Véase, *Mamakoulov y Askarov v. Turquía* (2005, p. 121).

Internacional de Justicia o del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Muchas de esas citaciones, en materias nuevas para la jurisprudencia europea, pueden ser reconducidas a una exigencia principal, aquella de argumentar en modo particularmente persuasivo la existencia de desarrollos que sobrepasan el área europea y que (ya en presencia, eventualmente, o en ausencia de un consenso europeo) implican una interpretación evolutiva y activa de los derechos garantizados por el Convenio europeo³⁰. Desde esta perspectiva, las referencias extrasistémicas juegan un papel (aunque más circunscripto) no diferente de las referencias a las jurisprudencias y tradiciones jurídicas de los Estados miembros de su jurisdicción que constituyen, más que los ordenamientos externos al propio sistema regional, la fuente de inspiración y el argumento de justificación más frecuentemente utilizado.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte IDH se usa a veces para reforzar la armonización en la interpretación de ciertos principios y conceptos del derecho internacional. Por ejemplo, en la decisión de *Rivard c. Suiza*, el Tribunal europeo cita su precedente *Sergei Zolotoukhine c. Rusia* para poner de relieve cómo la Gran Sala ha recibido una interpretación del principio del *non bis in idem* en armonía con otros instrumentos internacionales que consagran este principio y que han sido a su vez interpretados por las jurisdicciones pertinentes. Entre estos, cita a su homóloga interamericana³¹. Además, el Tribunal europeo tiene en cuenta dichas interpretaciones cuando sean más favorables³², es decir, a semejanza de la Corte interamericana, le otorga especial atención a la interpretación extrasistémica cuando esta ofrece un mayor nivel de garantía de derechos de acuerdo con el principio de la interpretación *pro persona*.

Adicional a lo anteriormente expuesto, por cuanto el TEDH no recurre con frecuencia a citas explícitas de la jurisprudencia interamericana, las influencias implícitas son notables, ya que en muchos ámbitos es apreciable una verdadera y propia convergencia interpretativa entre las jurisprudencias de las dos Cortes.

Por otra parte, el contexto en el cual opera la Corte IDH se encuentra en una rápida transformación: las graves violaciones, “*gross violations*”, no constituyen ya la regla general en el continente latinoamericano, así que la Corte está llamada casi siempre a pronunciarse sobre cuestiones concernientes a la definición y el estándar de tutela de derechos diversos a los derechos más fundamentales, los “*core rights*”. Tal mutación ha traído consigo el auge del debate sobre la necesidad de introducir en el sistema interamericano un instrumento análogo al margen de apreciación, que imponga el tener en cuenta con cierta consideración el consenso regional en la determinación de los estándares (por ejemplo, solicitado por el gobierno de Chile en el caso de la garantía de la custodia al progenitor homosexual).

En la dialéctica entre universalismo y particularismo de los derechos humanos las cortes regionales se encuentran en una posición privilegiada, propiamente sobre la línea de demarcación entre la universalidad de los derechos y la valorización de sus especificaciones en el área de referencia.

Las dos Cortes examinadas han asumido hasta ahora una aproximación diversa respecto a tales posiciones, como consecuencia de los diferentes contextos en los cuales deben operar: más volcada al universalismo una, más atenta a salvaguardar una cierta dosis de diversidad y pluralismo la otra.

30 La relación entre activismo interpretativo y la referencia a precedentes extrasistémicos en la jurisprudencia del TEDH ha sido destacada por L. Burgorgue-Larsen (2013, p. 27), y por Voeten (2010, p. 549). En la jurisprudencia TEDH, véase el *overruling* del precedente *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, (Gran Sala), 20 marzo de 1991; en *Mamatkoulou y Askarov vs. Turquía*, (Gran Sala), 4 febrero de 2005, parr. 121-124.

31 TEDH, *Rivard vs. Suiza*, 4 octubre de 2016, par. 25.

32 *Ibidem*.

Pero cuanto más cambia el contexto político y social en el cual las dos Cortes se desenvuelven, más están llamadas a una evolución, que podrá ser tanto más fructuosa si logran dialogar en mayor medida, no sólo a través de las citas recíprocas, sino también mediante la ulterior promoción de relaciones y encuentros entre personas: en cuanto “intermediarias” entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales, ellas tienen en sus manos la posibilidad de encontrar el tan anhelado balance que evite que la armonización degenera en homogenización.

Referencias bibliográficas

- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis*, 15 (1), 295-310.
- Bertoni, E.A. (2009). The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards, *EHRLR*, 3, 332-352.
- Burgogue-Larsen, L. (2009). De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. En AA. VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois* (pp. 95-130). París: Dalloz.
- (2013). *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, Col. Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional.
- (2017). Artículo 29. Norme interpretative. En L. Cappuccio, P. Tanzarella (ed.). *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritto dell'uomo* (pp. 736-750). Napoli: Editoriale scientifica.
- Eguiguren Praeli, F. J., Bustos Gisbert, R. y Torres Muro, I. (2012). Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo. En J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya y R. Canosa (eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos* (pp. 185-201). Navarra: Civitas; Thomson Reuters.
- European Court of Human Rights (2016). The European Court of Human Rights in Facts & Figures. *European Court of Human Rights*. <http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_ENG.pdf>.
- Fernández, E. (2009). Nuevos retos para el Tribunal europeo de derechos humanos: la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas. *Persona y derecho*, 61, 195-226.
- García Roca, J., Fernández, P.A., Santolaya, P. y Canosa, R. (eds.) (2012). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos*. Navarra: Civitas; Thomson Reuters.
- Garlicki, L. (2012). Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue. En J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya y R. Canosa (eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos* (pp. 11-37). Navarra: Civitas; Thompson Reuters.
- Garro, A. (2009). La influencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones constitucionales*, 20, 191-227. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2009.20.5865>
- Groppi, T. y Lecis Cocco Ortu, A.M. (2016). Retos y perspectivas futuras del dialogo entre Europa y América: una investigación empírica sobre las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En

- L. E. Ríos Vega, I. Spigno (dirs.). *Los derechos fundamentales en el siglo XXI: Tomo II. Estudios de Casos Líderes Interamericanos y Europeos Vol. I. Libertad religiosa / Libertad de expresión / Derechos* (pp. 241-285). Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Groppi, T. y Ponthoreau, M.C. (2013). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart.
- Hennebel, L. (2007), *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*. Bruxelles: Bruylant.
- (2009). La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre universalisme et particularisme. En L. Hennebel y H. Tigroudja (eds.). *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (p. 75). París: Pedone.
- Hirschl, R. (2013). From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies (2013). *I-Con*, 11 (1), 1.
- (2014). *Comparative Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Jakab, A., Dyeve, A. e Itzcovich G. (2017). *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press
- Lecis Cocco Ortu, A.M. (2017). Les référents jurisprudentiels extra-systémiques dans la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour IDH: le recours aux “précédents” d'autres organes internationaux au service d'un *corpus juris* des droits de l'homme? *Federalismi.it - Focus Human Rights*, 3, 1-27.
- Lupu, Y. y Voeten, E. (2012). Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights. *British Journal of Political Science*, 42 (2), 413-439.
- Miller, N. (2002). An International Jurisprudence? The Operation of “Precedents” Across International Tribunals, *LJIL*, p. 499.
- Mowbray, A. (2009). An Examination of the European Court of Human Rights Approach to Overruling in its Previous Case Law, *Human Rights Law Review*, 9, (2), 179-201.
- Neuman, G.L. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, *EJIL*, 2008, 19, 101-123.
- Pfersmann, O. (2005), Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la constitution. En F. Mélin-Soucramanien (ed.). *L'interprétation constitutionnelle* (p. 33). París: Dalloz.
- Philip-Gay, M. (2010). La poursuite des auteurs de graves violations de droits de l'homme: une influence de la jurisprudence interaméricaine sur le système européen ? En E. Lambert Abdelgawad y K. Martin-Chenut (eds.). *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (pp. 263-290). París: Société de Législation Comparée.
- TEDH (2015). References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court. *European Court of Human Rights*. < https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf>.
- Tigroudja, H. (2002). L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: en marge d'arrêtés et d'avis consultatifs récents, *RTDH*, 69-110.
- Turgis, S. (2012). *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. París: Pedone.
- Van den Eynde, L. (2014). South African Constitutional Court's Decisions as Tools for Litigants Abroad. Paper. Workshop on “Constitutional Rights, Judicial Independence and the Transition to Democracy: Twenty Years of South African Constitutionalism”, New York Law School, 13-16 November 2014.

- Voeten, E. (2010). Borrowing and Nonborrowing among International Courts. *Journal of Legal Studies*, 39 (2), 547-576.
- Walker, N. (2008). Beyond Boundaries Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorders of Normative Orders. *Int'l J. Const. L.*, 373.

Sentencias

- Corte IDH *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, (Gran Sala), 20 marzo de 1991.
- (1996). *Neira-Alegría y otros vs. Perú*, 19 septiembre 1996.
- (1997). *Loayza-Tamayo vs. Perú*, 17 septiembre de 1997.
- (1997). *Suárez-Rosero vs. Ecuador*, 12 noviembre de 1997.
- (1999). *Blake vs. Guatemala*, 22 enero 1999.
- (1999). *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 24 septiembre de 1999.
- (1999). *Villagrán-Morales y otros vs. Guatemala* (caso “Niños de la Calle”), 19 noviembre de 1999.
- (2000). *Cantoral-Benavides vs. Perú*, 18 agosto de 2000.
- (2001). *Corte Constitucional vs. Perú*, 31 enero de 2001.
- (2001). *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 6 febrero de 2001.
- (2001). *Olmedo-Bustos y otros vs. Chile* (caso “La última tentación de Cristo”), 5 febrero de 2001.
- (2001). *Paniagua-Morales y otros vs. Guatemala* (caso «White Van»), 25 mayo 2001.
- (2002). *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala*, 22 febrero 2002.
- (2002). *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, 21 junio de 2002.
- (2004). *Lori Berenson-Mejía vs. Perú*, 25 noviembre de 2004.
- (2004). *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, 2 julio 2004.
- (2004). *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 agosto 2004.
- (2005). *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, 20 junio de 2005.
- (2005). *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 septiembre de 2005.
- (2005). *Palamara-Iribarne vs. Chile*, 22 noviembre de 2005.
- (2006). *Baldeón-García vs. Perú*, 6 abril 2006.
- (2006). *La Cantuta vs. Perú*, 29 noviembre 2006.
- (2006). *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 enero de 2006.
- (2008). *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008.
- (2008). *Kimel vs. Argentina*, 2 mayo de 2008.
- (2008). *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27 noviembre 2008.
- (2009). *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (caso “Cesantes y jubilados de la Contraloría”), 1 julio de 2009.
- (2009). *Anzualdo Castro vs. Perú*, 22 septiembre 2009.
- (2009). *Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 enero 2009.
- (2009). *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 noviembre de 2009.
- (2010). *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 noviembre 2010.
- (2011). *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, octubre de 2011.
- (2011). *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*, 29 noviembre de 2011.
- (2012). *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 noviembre de 2012.
- (2012). *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, 24 febrero 2012.
- (2015). *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, 22 junio de 2015.
- Corte Europea de Derechos Humanos (2003). *Ocalan vs. Turquía*, (Gran Sala), 12 marzo de 2003.

- (2005). *Mamatkoulou y Askarov c. Turquía*, 4 de febrero de 2005.
- (2006). *Ergin vs. Turquía*, 4 mayo de 2006.
- (2007). *Stoll vs. Suiza*, (Gran Sala), 10 diciembre de 2007.
- (2014). *Marguš vs. Croacia*, (Gran Sala), 27 mayo de 2014.
- (2016). *Rivard vs. Suiza*, 4 octubre de 2016.

Opiniones consultivas

Corte IDH (2002). *Condición jurídica y derechos del niño*, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002.

Relative authorities: constitutional reasonable resistances against Inter-American Court's doctrines

Autoridades relativas: resistencias constitucionales razonables contra las doctrinas de la Corte Interamericana

YOTA NEGISHI¹
 Seinan Gakuin University

Summary

This article illustrates the constitutional reasoning upon which domestic courts exhibit resistance to relativize Inter-American Court's doctrines. The San José Court has given constitutional reasoning in a dual dimension, the doctrine of *corpus juris internacional*, and the doctrine of *control de convencionalidad*. Constitutional reasonable resistance against such Inter-American authoritative doctrines has become manifest in recent cases concerning amnesty in transitional justice, conflicting rights between private parties, and the invalidation of domestic decisions. To overcome mutual backlashes between Inter-American and domestic judges, this paper seeks their potential of a more harmonious, democracy-oriented interaction on the basis of shared constitutional reasoning.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights / International *corpus juris* / Conventionality control / Constitutional reasoning / Reasonable resistance / Relative authority of law.

Resumen

Este artículo ilustra el razonamiento constitucional sobre el cual los tribunales nacionales muestran resistencia a relativizar las doctrinas de la Corte Interamericana. La Corte de San José ha dado un razonamiento constitucional en una doble dimensión, la doctrina del *corpus juris internacional*, y la doctrina del control de convencionalidad. La resistencia constitucional razonable contra tales doctrinas autorizadas interamericanas se ha manifestado en casos recientes relativos a la amnistía en la justicia transicional, los derechos conflictivos entre partes privadas y la invalidación de las decisiones internas. Para superar las reacciones recíprocas mutuas entre jueces interamericanos y nacionales, este artículo busca su potencial de una interacción más armoniosa y orientada a la democracia sobre la base del razonamiento constitucional compartido.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos / *Corpus juris internacional* / Control de convencionalidad / Doctrina constitucional / Resistencia razonable / Autoridad relativa de ley.

1. Introduction

In Latin America, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) and domestic courts of States Parties to the American Convention on Human Rights (ACHR) have collaborated to transform constitutional cultures towards the future emergence of *Ius Constitutionale Commune* (Von Bogdandy et al., 2017). In this context, we may observe the co-existence

Recibido: 24/09/2018 – Aceptado: 24/04/2018

¹ Assistant Professor, Seinan Gakuin University Fukuoka, Japan. Email: ynegishi@seinan-gu.ac.jp



of international and national authorities, both of which rely on the constitutional modes of “judicial” argumentation for regulating their interaction (Jakab, Dyevre and Itzcovich, 2017). Despite its international character, the IACtHR has recently behaved as a constitutional court in order to cultivate constitutional argumentative practices of domestic courts (Burgorgue-Larsen, 2014; *mutatis mutandis* for the European Court of Human Rights, Gerards, 2017). The interaction between different constitutional reason-giving institutions within the Inter-American framework of human rights protection has abundant lessons for reconsidering the traditional problem of *relative authorities* (Potter, 1925).

Among the variety of constitutional reasoning, this contribution focuses on the constitutional *reasonable resistance* by Latin American domestic courts against the San José Court. It is now increasingly found that domestic courts around the world tend to give reasons for resisting against international legal norms incompatible with national fundamental principles (Palombino, 2015). The same tendency emerges in Latin America as the IACtHR exercises authority corresponding to a regional constitutional court.

Against this background, this article illustrates the constitutional reasoning upon which domestic courts exhibit resistance to relativize Inter-American Court’s doctrines. After this Introduction (1), the following section describes IACtHR’s authoritative doctrines reflecting its role as a constitutional court in Latin America (2). Next this article in turn examines the practices of constitutional judges who make counter-arguments against these Inter-American doctrines (3). To integrate these both practices, the paper then sophisticates a Latin American version of relativist theory of authority of international and national law (4). Finally, some messages are conveyed to both Inter-American and constitutional judges as concluding remarks (5).

2. Inter-American Court’s doctrines

As a preliminary step, this section confirms the authoritative doctrines developed in the IACtHR jurisprudence. Indeed, the San José Court has given constitutional reasoning in a dual dimension: the doctrine of “*corpus juris internacional*” bridging regional and universal human rights standards (2.1); and the doctrine of “*control de convencionalidad*” integrating international and domestic human rights sources (2.2).

2.1. The doctrine of “*corpus juris internacional*”

In its interpretive practice, the Inter-American Court starts with the general (Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) and regional (Article 29 of the ACHR) rules of interpretation. In most cases, the priority is put on objectivism over voluntarism to enable evolutive interpretation on the assumption that “human rights treaties are living instruments whose interpretation must consider the changes over time and present-day conditions” (*The Right to Information on Consular Assistance*, para. 114). For this dynamic purpose, the Regional Court, as if behaving as the Universal Court, situates the regional Convention within the allegedly existing *corpus juris* of international human rights law (Tigroudja, 2010, pp. 473-474). *El corpus juris internacional* is, according to the San José Court, composed of both formal and material sources including decisions and opinions of international courts, views and recommendations of treaty bodies, declarations and guidelines of international organizations and expert groups etc. (*I.V. vs. Bolivia*, para. 168).

In interpreting the regional instrument, Inter-American judges have reluctantly avoided to rely on regional consensus among States Parties. This is because “[s]etting international standards by reference to actual national practice would risk the adoption of very low targets” (Neuman, 2008, p. 107). To quote its wording: “the fact that this is a controversial issue in

some sectors and countries, and that it is not necessarily a matter of consensus, cannot lead this Court to abstain from issuing a decision, since in doing so it must refer solely and exclusively to the stipulations of the international obligations arising from a sovereign decision by the States to adhere to the American Convention” (*Atala Riffo*, para. 92). In adopting evolutionary interpretation, the San José Court thus causes the “sensible erosion of the principle of sovereign equality” by shifting the centrality from individual State consent to universally accumulated practices (Pascual Vives, 2014, pp. 133-134).

Consequently, in expanding regional criteria in light of universal materials, the IACtHR attaches more weight to universal consensus than regional consensus. In line with the concept of *corpus juris internacional*, the San José Court emphasizes *opinio juris communis*, namely, “the expression of the *universal juridical conscience* through the observance, by most of the members of the international community, of a determined practice because it is obligatory” (*Baena-Ricardo*, para. 102). Judge Antônio Augusto Cançado Trindade explains that universal juridical conscience may be practically observed “in the elaboration of adopted texts of international treaties, in the proceedings before international tribunals and in international case-law, and in the works of international legal doctrine” (cf. 2010, p. 139; see also Negishi, 2017b). To justify its evolutionary interpretive practice beyond the regional framework, “the IACtHR seems to imply that it draws legitimacy not from the States Parties, but from external stakeholders, and an abstract idea of human rights and human dignity” (Lixinski, 2017, p. 94).

2.2. The doctrine of “*control de convencionalidad*”

The San José Court is getting much more like a constitutional court by inviting itself into the member States’ legal systems in order to force them to conform to Convention standards (Hennebel, 2011, pp. 71-76). Such a constitutional role becomes evident especially when the IACtHR launched the concept of *control de convencionalidad*: “When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the *effet util* of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of ‘conventionality’ *ex officio* between domestic norms and the American Convention; evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations” (*The Dismissed Congressional Employees v. Peru*, para. 128; see also Negishi 2017a, 2017c).

The San José Court’s attitude seems problematic because the principle of subsidiarity literally means the negative function to limit the intervention of international instance. The conventionality control doctrine rather appears to restricting national margin of appreciation in that “the judiciary must implement a *narrow conventionality control*, where the only discretion it has is to ascertain which cases fall in the same category as the one considered by the IACtHR” (Ruiz-Chiriboga, 2010, p. 205). In particular, “considerations of subsidiarity play a fairly small role in the IACtHR’s remedial practice” since the Court “feels free to select remedies over the objection of the respondent state” (Neuman, 2013, pp. 363-365 and 371-374).

This does not mean, however, that the principle of subsidiarity negates the conventionality control doctrine; rather such a “dynamic and complementary control” has been established between domestic authorities who have the primary obligation and the international subsidiary instance (*The Santo Domingo Massacre v. Colombia*, para. 143). In fact, the positive dimension of subsidiarity (Dulitzky, 2015) functions to centralize the competence toward human rights courts to discover underlying structural problems, indicate particular measures for rectifying those problems, and, if necessary, pierce the veil of “the state” to designate the liable state organs:

Figuratively speaking, doctors are no longer limited to examining patients' conditions just by touching their skin and telling them their disease's name. When patients fail to recover by themselves, medical experts then identify the affected areas almost exactly, prescribe drugs to completely eliminate their sources, and, if the situation demands it, section their bodies to directly encourage individual body organs pertaining to the identified causes (Negishi, 2016, p. 149).

3. Constitutional reasonable resistances

This section examines the cases where national authorities engaged in the argumentative opposition against IACtHR's decisions on the basis of constitutional reasoning. Such constitutional reasonable resistance has become manifest in recent cases concerning amnesty in transitional justice (3.1), conflicting rights between private parties (3.2), and the invalidation of domestic decisions (3.3).

3.1. Amnesty in peace process: *Gelman v. Uruguay*

The first example *Gelman* is the enforced disappearance case in Uruguay within the scheme of *la Operación Cóndor*. In transiting from the military regime to a constitutional democratic system, the Uruguayan Parliament in 1986 promulgated the Expiry Law to grant amnesty to those responsible for such crimes. *La Ley de Caducidad* was publicly supported through the exercises of direct democracy in 1989 and 2009.

Against this background, the IACtHR rendered judgment on merits on 24 February 2011. The *Gelman* ruling was slightly different from precedents regarding self-amnesty in that the Expiry Law in question allegedly gained democratic legitimacy. For the San José Court, the primary mission was to defend its individual-oriented case-law from the risk of the majoritarian rule:

The fact that the Expiry Law of the State has been approved in a democratic regime and yet ratified or supported by the public, on two occasions, namely, through the exercise of direct democracy, does not automatically or by itself grant legitimacy under International Law. [...] The democratic legitimacy of specific facts in a society is limited by the norms of protection of human rights recognized in international treaties, [...] in such a form that the existence of one true democratic regime is determined by both its formal and substantial characteristics, and therefore, particularly in cases of serious violations of non-revocable norms of International Law, the protection of human rights constitutes an impassable [*infranqueable*] limit to the rule of majority (paras. 238-239).

The Supreme Court of Justice of Uruguay clearly showed a sense of rebellion against the Inter-American top-down decision. In the 2009 *Sabalsagaray* judgment, *la Corte Suprema de Justicia* once disregarded the Expiry Law as unconstitutional, which *la Corte Interamericana* highly evaluated as “*adecuado control de convencionalidad*” (*Gelman*, 2011, para. 239). Nevertheless, the judgment on 22 February 2013 declared the unconstitutionality of Articles 2 and 3 of Law No. 18831 enacted for implementing the IACtHR judgment for violating the constitutional principle of non-retroactivity. To justify their own constitutional logic, the Uruguayan highest judges emphasized that,

[...] while it is beyond any discussion that the IACtHR is the final interpreter of the ACHR —naturally within the sphere of its jurisdiction— it cannot be denied

that the final interpreter of the Constitution of the Oriental Republic of Uruguay is the Supreme Court of Justice (Supreme Court of Justice of Uruguay, 2013, *Considerando III.a.*).

Shortly after receiving the harsh backlash from Montevideo, the San José Court in turn issued an order on compliance with the judgment on 20 March 2013. To counter the Supreme Court's argument distinguishing Inter-American and constitutional authorities, the bindingness of IACtHR judgments was resolutely reiterated:

According to International Law which the State has accepted in a democratic and sovereign manner, it is unacceptable that once the Inter-American Court has issued a judgment with the authority of *res judicata*, the domestic law or its authorities should seek to leave it without effects (Supreme Court, 2013, para. 90).

3.2. Conflict of rights: *Artavia Murillo and others v. Costa Rica*

We move to the second example *Artavia Murillo* pertaining to the alleged human rights violations resulting from the presumed general prohibition of the practice of *in vitro* fertilization (IVF). Although IVF techniques were authorized by the 1995 Executive Decree 24029-S, it was declared unconstitutional by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice in Judgment No. 2000-02306 of 15 March 2000. The Chamber's decision allegedly constituted the arbitrary interference in the right to private life and family in the name of the absolute protection of the right to life.

Facing such a difficult balancing task, the IACtHR in the judgment on merits on 28 November 2012 relativized the absolute protection of one of those conflicting rights supported by the supremacy of the national constitution. Thereby, it created an open circumstance for striking a proportionate balance most favorable to persons in terms of their substance (para. 259; see also Negishi, 2017a, pp. 478-479). The San José Court stepped further to find "it appropriate to indicate the way in which the sacrifice of the rights involved in this case was excessive in comparison to the benefits referred to with the protection of the embryo," in spite of recognizing that "it [was] not necessary to make a detailed analysis of each of these requirements, or to assess the disputes regarding the declaration of unconstitutionality in the formal sense based on the presumed violation of the principle of legal reserve" (para. 273). It was then concluded that the Chamber disproportionately interfered with private and family life.

The Costa Rican constitutional judges were again in favor of the right to life in opposition to Inter-American judges. To implement the reparation measure indicated by the IACtHR, the Executive afresh issued the Decree 39210-MP-S to authorize IVF techniques. It was however declared unconstitutional by the Constitutional Chamber judgment on 3 February 2016 for violating constitutional principles of *reserva de ley* and democracy. More concretely, the following constitutional reason was given:

Compliance with the judgment of the IACHR [...] implies a reconfiguration of the level and scope of the right to life, as well as the definition of a new embryo protection status, in order to perform a new weighting of the protection of the other rights involved, [...], which, by virtue of the principle of *reserva de ley*, which governs in the matter of fundamental rights, can only be done by means of a formal law promulgated by the Legislative Assembly (*Considerando IV*).

So far this case also represents the confrontation between constitutional and Inter-American judges. In the order on compliance on 26 February 2016, the IACtHR valued positively the efforts made by the Executive to annul the IVF prohibition (para. 17), while it considered the negative attitude of the Constitutional Chamber just two weeks before as an obstacle for implementing the judgment (paras. 18-19). As a remarkable position taken in this context, the Dissenting Opinion of Judge Vio Grossi clearly mentions “*el margen de apreciación del Estado*” recognized for implementing the obligations under international law (para. 25).

3.3. Revocation of domestic judgment: *Fontevuechia and D’Amico v. Argentina*

The third example for the present purpose is *Fontevuechia and D’Amico* relating to the civil sentence of the Supreme Court of Argentina imposing compensation on journalists who published articles on political scandals. The main cause of the conflict between national and international judges here is the possibility of revoking the Supreme Court’s decision. In the judgment on merits on 29 November 2011, having determined the violation of the victims’ freedom of expression, the IACtHR ordered as a reparation measure that “the State must revoke [in the authentic *Español* text ‘*dejar sin efecto*’] the decision” (para. 105).

This sensitive reparation order provoked the critical reaction of the Supreme Court in the judgment on 14 February 2017. According to the Argentine Supreme Court, the *dejar sin efecto* order implies the substitution of its authority by the Inter-American Court, which is clear transgression of constitutional principles. This position is reinforced with the sovereignty-driven constitutional reasoning: “The constituent has enshrined in Article 27 a sphere of sovereign reserve, delimited by the principles of public law established in the National Constitution, to which international treaties must be adjusted and with which must keep compliance” (*Considerando* 16). In the Opinion of Judge Horacio Rosatti, the term “*esfera de reserva soberana*” is notably rephrased as “*margen de apreciación*” (para. 5).

The question casted from Buenos Aires was answered in San José negatively with the order on compliance on 18 October 2017. First of all, the Inter-American Court clarified that the meaning of its own wording *dejar sin efecto* is not synonymous with revoking as interpreted by the Argentine Supreme Court but is rather that “the State should adopt ‘the judicial, administrative and other measures that may be necessary’ to ‘render ineffective’ such sentences” (para. 16). Next, the IACtHR mentioned the existence of other type of legal act, different from such revocation, to comply with the ordered reparation measure other means for that purpose (paras. 20-21).

4. The relativity of Inter-American and constitutional authorities

To overcome mutual backlashes between Inter-American and domestic judges examined above, this section finally seeks their potential of a more harmonious interaction on the basis of shared constitutional reasoning. It starts with reviewing the literature establishing the relativist theories on multiple legal authorities (4.1). In contrast with the previous section dealing with frustrated monologue cases, this part gives considerable attention to a successful dialogue where constitutional reasoning well bridged Inter-American and domestic values (4.2). We may therefrom extract important lessons to a healthier pluralist environment in an emerging constitutional order in Latin America (4.3).

4.1. Relativist theories on authority of law

International law has traditionally derived its legitimacy simply from the consent of sovereign State (Lister, 2010; Werner, 2016). Such a voluntarist approach, however, encounters a natural

objection that the consent of some states does not reflect the interests of most people in those states. Thus, another alternative is currently being pursued, for example, under the “democratic state consent” model (Christiano, 2010). The democracy-oriented model is particularly convincing when the authority of international law is situated in the relative relationship with the authority of constitutional law that can draw legitimacy directly from the will of the people.

As a prominent theoretical approach, Samantha Besson proposes the *co-ordination based* theory of legal authority. She puts the justification of legitimate authority mostly in the “co-ordinating ability” of international law in circumstances of “reasonable disagreement” (2009, pp. 352-355). Besson argues that the role of state consent is best understood and justified by reference to the circumstances of reasonable disagreement about and in international law, and hence to state democracy and equality (2016, pp. 300-302). In such reasonable disagreement cases, “democratic state consent should work as an exception to the *prima facie* legitimate authority of international law” (2016, p. 307).

Nicole Roughan (2013, 2016) similarly theorizes the *conjunctive justification* of authority of law. Her legal-philosophical framework presupposes that authorities have the standing of authority conferred upon them through some valuable process including democratic values and that the authorities better enable subjects to comply with the reasons that apply to them (2016, p. 343). Roughan suggests that “[r]elative authorities might, depending on context, need to cooperate, coordinate or tolerate one another if they are to have legitimacy,” and therefore, “even relationships of conflict are justified” (2016, p. 348).

From a practical viewpoint, Başak Çalı also advocates a “reflexive authority” of international law before domestic courts. To overcome the limits of traditional monism and dualism debate, her reflexive approach categorizes more minutely the scope and extent (strong, weak or rebuttable) of authority claim of international law. Domestic judges are under the duty to disregard the domestic law manifestly incompatible with a strict international legal obligation. Meanwhile, they are given a certain extent of discretion to implement when confronted with a weak obligation of international law, or even may set aside a rebuttable international legal mandate (2015, pp. 146-157).

These relativist theories of legal authorities can be corroborated with the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* scenario. In this instance, the Italian Constitutional Court with its *Sentenza 238/2014* resisted against the judgment of the International Court of Justice (ICJ) that prioritized state immunity over individual victims. The Judgment *238/2014* is based on the constitutional reason that the constitutional right to judicial protection (Articles 2 and 24) is not only “one of the supreme principles of our [Italian] constitutional order, intrinsically connected to the principle of democracy itself” but also “one of the greatest principles of legal culture in democratic systems of our times”. It should be carefully read that the Constitutional Court indeed took international law into consideration in the process of balancing the different constitutional principles at stake. (*Considerato in diritto* para. 3.4; see Iovane, 2016, pp. 600-602). In this process, the Italian Constitutional Court felt entitled to perform vis-à-vis the international and the United Nations legal orders including the ICJ, by indicating a path that those orders should follow if they want to embrace a meaningful process of “democratization” (2015, p. 404).

4.2. The Massacre of El Mozote and the surrounding areas v. El Salvador

In the context of Latin America, the *El Mozote* case beautifully illustrates the relativist theories on international and national authorities in light of constitutional reasoning. This case concerned the alleged massacres occurred during the ruthless period of the so-called “counterinsurgency”

operations, deployed against civilians on a massive scale by the Salvadoran army during the armed conflict. Although the 1992 the Chapultepec Peace Accord ending hostilities clearly mentions “the need to clarify and put an end to any indication of impunity,” the Legislative Assembly of the Republic of El Salvador enacted the 1993 Law of General Amnesty for the Consolidation of Peace to extended the benefit of unrestricted amnesty under the 1992 National Reconciliation Law.

In the merits on 25 October 2012, the IACtHR resolutely maintained its jurisprudence on amnesty laws. Despite the apparently democratic process through which the Law of General Amnesty was adopted, it was regarded as evidently incompatible with the ACHR and lacking legal effects. We should not overlook in this context the concurring opinion of Judge Diego García Sayán, adhered by Judges Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet and Alberto Pérez Pérez. Their opinion complemented the majority position in terms of the special conditions of transitional justice as follows:

In these [transitional situations between armed conflicts and peace], taking into consideration that none of those rights and obligations is of an absolute character, it is legitimate that they be weighed in such a way that the satisfaction of some does not affect the exercise of the others disproportionately. Thus, the degree of justice that can be achieved is not an isolated component from which legitimate frustrations and dissatisfactions can arise, but part of an ambitious process of transition towards mutual tolerance and peace (para. 38).

In line with this thoughtful Opinion, the Constitutional Chamber the Supreme Court of El Salvador in the Judgment on 13 July 2016 tactfully orchestrated its constitutional reasoning in favor of both international and national mandates. As a starting point for dialogue, the constitutional guardian evaluated the Inter-American authority in that the latter “without disregarding the sovereign right that States retain to decree amnesties in situations of post-armed conflict, has ruled on the incompatibility of certain amnesty laws—specifically self-amnesties—with international law and with the international obligations of states” (*Considerando IV.6.A.*). By friendly re-appraising, and at the same time, re-characterizing the Inter-American jurisprudence as developed mainly in “self-”amnesty cases, the Constitutional Chamber skillfully arranged its own field to create the jurisprudence on “post-armed conflict” amnesty in terms of constitutional reasoning. The Chamber’s position was corroborated with a constitutional comparative analysis of transitional cases including Argentina and Colombia (*Considerando V.1.A.*) To differentiate from the Inter-American Court that links strict international obligations with “all” violation of protected rights, the Salvadorian Court identified the actually relevant criteria to be applied only in “serious” violations of human rights (*Considerando V.2.A.*). Within the reformulated framework, the proportionality was even more minutely evaluated between “the need to ensure certain legitimate public interests – such as peace, political stability and national reconciliation – and the state’s inalienable obligation to investigate and sanction violations of fundamental rights.” (*Considerando V.2.B.*)

Although the IACtHR and the Constitutional Chamber proceeded in different paths, they eventually joined together in the conclusion that *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* was subject to control of constitutionality and conventionality. As a subsequent progress, the Second Court of First Instance of San Francisco Goterahad subsequently ordered the closure of the proceedings in application of the Act, required the proceedings to be reopened. As a closing remark of the dialogue, the IACtHR issued the order

on 31 August 2017 to declare that El Salvador have given full compliance with the judgment.

4.3. Relativizing Inter-American Court's doctrines through constitutional reasoning

This Salvadorian approach in *El Mozote* elaborated a thought-provoking constitutional reasoning that respectfully aims to relativize IACtHR's absolutist doctrines. On this point, Carlos Arturo Villagrán Sandoval and Fabia Fernandes Carvalho Veçoso have already made an insightful comment that the most interesting aspect of the Salvadorian decision was that it presented the Chamber as *a catalyst in the bottom-up construction of democratic values in a dialectic manner*. (2016, pp. 1636-1637, emphasis added). We may observe the dual aspect of such a bottom-up democratization

First, the Constitutional Chamber constructively criticized the IACtHR's comparative method for ascertaining the international *corpus juris*. As we confirmed above, the Inter-American comparative approach has been the target of criticism for "undertak[ing] a fairly superficial reading of the law of the other countries involved, particularly in the absence of IACtHR cases dealing with the same set of laws in the other jurisdictions" (Lixinski, 2017, p. 79). The Constitutional Chamber, in order to overcome such a flaw stemming from the top-down approach of the Inter-American Court, intended to build a bottom-up democratic consensus among States Parties by comparing constitutional peers' practices in this region.

Second, the Constitutional Chamber attenuated the IACtHR's ultimate authority in exercising the control of conventionality. In the *Artavia Murillo* judgment on merits mentioned before, the IACtHR boldly took a constitutional role of assessing an appropriate balance to mitigate the excessive sacrifice of the rights involved for the benefits referred to with the protection of the embryo, though acknowledging the non-necessity of such a detailed analysis by itself. On the contrary, the Constitutional Chamber claimed its "better placed" position than the Inter-American Court's top-down standpoint to assess constitutional proportionality to reflect democratic values in the sensitive context of transitional justice.

As is implied in the Salvadorian case, such a double bottom-up construction of democratic consensus though reasonable constitutional reasoning contributes to reinforcing, rather than demolishing, the legitimate authority of international law. To facilitate the possibility, the IACtHR is expected to systematize a more deferential approach to States Parties in this particular case (Contesse, 2016, p. 137). In particular, the relevance of national margin of appreciation should be sincerely tackled, which is especially apt in sensitive contexts such as transitional justice, where the very different historical, political, and social circumstances demand unique solutions (Acosta López, 2016, p. 181; see also Negishi, 2016, pp. 149-151).

5. Conclusions

This paper has demonstrated that the constitutional reasoning upon which domestic courts exhibit resistance has the potential to relativize Inter-American Court's doctrines. The San José Court has given constitutional reasoning in a dual dimension, the doctrine of *corpus juris internacional*, and the doctrine of *control de convencionalidad*. Such Inter-American authoritative doctrines have been recently challenged by domestic courts based on constitutional modes of argumentation. It would not be desirable for human rights protection that both international and domestic authorities launch monologue by retreating to the safe havens constructed with their own logic. In order to create a more open, healthier environment for dialogue, constitutional reasoning should be shared among Inter-American and domestic judges even through tolerable resistance. This paper therefore concludes that constitutional reasonable resistance against is permissible so long as it contributes to a more harmonious, democracy-oriented interaction on

the basis of shared constitutional reasoning.

It is true that, since its operation started three decades ago, the Inter-American judges have been annoyed with the shortage of voluntarism legitimacy among States Parties, and thus, forced to seek other value-centered sources outside Latin America. However, through its steady work to combat serious historical problems in this region, domestic judges have been effectively cultivated to reconstruct democratic values in tandem with the international guardian. Albeit the practice remaining at the embryonic stage, the author optimistically believes that, for a true balance between individual and collective interests, it is the high time for the Inter-American Court to demonstrate its whole-souled trust to regional democratic colleagues equipped with the capacity to generate dependable constitutional reasoning.

Bibliographic references

- Acosta López, J. I. (2016). The Inter-American Human Rights System and the Colombian Peace: Redefining the Fight Against Impunity. *American Journal of International Law*, 110 (2), 178-182.
- Barker, R. S. (2016). Inverting human rights: The Inter-American Court versus Costa Rica. *University of Miami Inter-American Law Review*, 47 (4), 1-19.
- Benavides Hernández, V. and Carvajal Pérez, M. (2016). El Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 64, 347-372.
- Besson, S. (2009). The authority of international law: lifting the state veil. *Sydney Law Review*, 31 (2), 343-380.
- (2016). State consent and disagreement in international law-making: dissolving the paradox. *Leiden Journal of International Law*, 29 (2), 289-316.
- Burgogue-Larsen, L. (2014). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. In A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, and M. Morales Antoniazzi, M. (eds.). *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 421-457). Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Çali, B. (2015). *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*. Oxford: Oxford University Press.
- Cançado Trindade, A. A. (2010). *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Christiano, T. (2010). Democratic legitimacy and international institutions. In S. Besson and J. Tasioulas (eds.). *The Philosophy of International Law* (pp. 119-137). Oxford: Oxford University Press.
- Contesse, J. (2016). Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 123-145.
- (2017). The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 15 (2), 414-435.
- Dulitzky, A. E. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The invention of conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 50 (1), 45-93.
- García-Sayán, D. and Giraldo Muñoz, M. (2016). Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional. *EAFIT Journal of International Law*, 7 (2), 96-143.

- Gerards, J. (2017). The European Court of Human Rights. In A. Jakab, A. Dyeve, and G. Itzcovich (eds.). *Comparative Constitutional Reasoning* (pp. 237-276). Cambridge: Cambridge University Press (2017).
- González-Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 15 (1), 55-98.
- Hanco Suyo, G. (2017). Cuando un tribunal interno cuestiona el cumplimiento de una sentencia del tribunal supranacional. *Actualidad Constitucional*, 114, 234-246.
- Hennebel, L. (2011). The Inter-American Court of Human Rights: the ambassador of universalism. *Quebec Journal of International Law*, (Special Edition), 57-97.
- Iovane, M. (2016). The Italian Constitutional Court Judgment No. 238 and the myth of the “constitutionalization” of international law. *Journal of International Criminal Justice*, 14 (3), 595-605.
- Jakab, A., Dyeve, A. and Itzcovich, G. (eds.) (2017). *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lister, M. (2010). The legitimating role of consent in international law. *Chicago Journal of International Law*, 11(2), 663-691.
- Lixinski, L. (2017). The consensus method of interpretation by the Inter-American Court of Human Rights. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 3 (1), 65-95.
- McGotdrick, D. (2017). Affording States a Margin of Appreciation: Comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. In C. M. Buckley, A. Donald, P. Leach (eds.), *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems* (pp. 325-365). Leiden/Boston: Brill.
- Negishi, Y. (2016). The subsidiarity principle’s role in allocating competences between human rights courts and states parties: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In A. von Bogdandy, F. Piovesan e M. Morales Antoniazzi (eds.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina, Volume III* (pp. 125-160). Curitiba: Juruá Editora.
- (2017a). The *pro homine* principle’s role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *European Journal of International Law*, 28 (2), 457-481.
- (2017b). *Opinio juris* as (the ultimate) international secondary rule of recognition: reconciling state consent and public conscience. *SSRN European Society of International Law Conference Paper No. 04/2016*, 1-25.
- (2017c). Conventionality control of domestic “abuse of power”: maintaining human rights and democracy. *Italian Yearbook of International Law*, 26, 243-264.
- Neuman, G. L. (2008). Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19 (1), 101-123.
- (2013). Subsidiarity. In D. Shelton (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (pp. 360-378). Oxford: Oxford University Press.
- Palombino, F. M. (2015). Compliance with international judgments: between supremacy of international Law and national fundamental principles. *Heidelberg Journal of International Law*, 75, 1-27.
- Pascual Vives, F. (2014). Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66, 113-153.
- Pavoni, R. (2015). Simoncioni v. Germany. *American Journal of International Law*, 109 (2), 400-406.

- Pérez, A. (2017). Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos? *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 15 (1), 79-98.
- Potter, P. B. (1925). Relative authority of international law and national law in the United States. *American Journal of International Law*, 19 (2), 315-326.
- Roughan, N. (2013). *Authorities: Conflict, Cooperation, and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- (2016). Mind the gaps: authority and legality in international law. *European Journal of International Law*, 27 (2), 329-351.
- Ruiz-Chiriboga, O. (2010). The conventionality control: examples of (un)successful experiences in Latin America. *Inter-American and European Human Rights Journal*, 3, (1-2), 200-219.
- Tigroudja, H. (2013). The Inter-American Court of Human Rights and international humanitarian law. In R. Kolb and G. Gaggioli (eds.), *Research Handbook of Human Rights and Humanitarian Law* (pp. 466-479). Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
- Tsereteli, N. (2016). Emerging doctrine of deference of the Inter-American Court of Human Rights? *International Journal of Human Rights*, 20 (8), 1097-1112.
- Villagrán Sandoval, C. A. and Carvalho Veçoso, F. F. (2016). A Human Rights' Tale of Competing Narratives. *Revista Direito e Práxis*, 8 (2), 1603-1651.
- Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, F., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F., and Soley, X. (eds.) (2017). *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Werner, W. G. (2016). State consent as foundational myth. In C. Brölmann and Y. Radi (eds.). *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (pp.13-31). Cheltenham: Edward Elgar.

International Cases

- IACtHR. *Artavia Murillo et al. ("In vitro fertilization") v. Costa Rica*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Series C No. 257. Judgment of November 28, 2012.
- *Artavia Murillo et al. ("In vitro fertilization") v. Costa Rica*. Monitoring Compliance with Judgments. Order of 26 February 2016.
- *Atala Riffó and Daughters v. Chile*. Series C No. 239. Judgment of 24 February 2012.
- *Baena-Ricardo et al. v. Panama*. Series C No. 104. Judgment of 28 November 2003.
- *Fontvecchia and D'Amico v. Argentina*. Merits. Reparations and Costs. Series C No. 238. Judgment of 29 November 2011.
- *Fontvecchia and D'Amico v. Argentina*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of 18 October 2017.
- *Gelman v. Uruguay*. Merits and Reparations. Series C No. 221. Judgment of 24 February 2011.
- *Gelman v. Uruguay*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of 20 March 2013.
- *Gómez Murillo and others v. Costa Rica*. Series C No. 326. Judgment of 29 November 2016.
- *The Dismissed Congressional Employees (Aguado-Alfaro et al.) v. Peru*. Series C No. 158. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 November 2006.

- *The Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador*. Merits, Reparations and Costs. Series C No. 252. Judgment of 25 October 2012.
- *The Massacres of El Mozote and the surrounding areas v. El Salvador*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of 31 August 2017.
- *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law*. Series A No. 16. Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999.
- *The Santo Domingo Massacre v. Colombia*. Series No. 259. Preliminary Objections, Merits and Reparations. Judgment of 30 November 2012.

Domestic Cases

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 14 febrero 2017.

Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema. Ex. 15-013929-0007. Sentencia N° 01692/ 2016 de 3 febrero 2016.

El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013. Sentencia de 13 julio 2016.

Italy, Corte costituzionale Italiana. Sentenza 238 del 22 ottobre 2014.

Uruguay, Suprema Corte de Justicia. M. L., J. F. F., O.: Denuncia – Excepción de inconstitucionalidad arts 1, 2 y 3 de la ley 18831. Sentencia N° 20/2013 de 22 febrero 2013.

The identity of the constitution and constitutional identity: Opening up a discourse between the Global South and Global North

La identidad de la Constitución y la identidad constitucional:

Apertura de discursos entre el Norte Global y el Sur Global

TÍMEA DRINÓCZI¹

University of Pécs

Summary

The paper is an invitation to start a public law oriented discourse about the legal concept of “constitutional identity”, which is conceived here as the “identity of the constitution”. It is seen as a part of the constitution, with which the constituent people/nation can identify with as they created it in the course of constitution-making and constitutional amendment, or which the constitutional interpretation shaped. It can adequately reflect the actual identity of the constituent people, rooted in the past and overarching the future. Provisions that are entrenched by eternity clauses and a multi-tier system of constitutional amendments help to locate the identity of the constitution. This contribution uses the constitutional identity of Hungary as a model to illustrate how and why constitutional identity could become detrimental, with some other EU Member States (Germany and Italy, together with the Court of Justice of the European Union) exemplifying at the same time how the very same constitutional identity can be used to further unify and consolidate European integration. Based on these trains of thought, public discourse about the interrelationship and interdependency of constitutional identity (a non-legal term) and the identity of the constitution (a legal concept) may take place in which experiences of the Global South should feature. Evidences show that the legally conceptualized and applied “identity” of a constitution, which is thus basically seen as a Global North —more specifically EU— phenomenon, can be a double-edged sword even in the Global South. Even if it can contribute to the realization of a legal project, such as the EU, or regional human rights protection, and to the greatly strengthened protection and involvement of indigenous and vulnerable peoples in the Global South, in the hands of autocratic and populist leaders and subservient constitutional courts, it can be abused. This abuse can lead to the dismantling of regional and national legal achievements by relying on the very same “identity”, which could quickly be turned into autarchy. If it is not abused, the challenge seems to be the reconciliation of new and traditional ideas of constitutionalism, the engine of which must be an independent judiciary.

Keywords

Constitutional identity / Identity of a Constitution / Models of Constitutional Identity / Global North / Global South.

Resumen

Este artículo es una invitación para iniciar un discurso orientado al derecho público en torno al concepto jurídico de “identidad constitucional”, que se concibe aquí como la “identidad

Received: 11/01/2018 – Accepted: 23/04/2018

¹ Prof Dr Tímea Drinóczi, Faculty of Law, University of Pécs. This research is supported by the ÚNKP-17-4-III.-PTE-5 New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities. drinoczi.timea@ajk.pte.hu.



de la constitución”, la cual es vista como una parte de la Constitución con la cual el pueblo/nación puede identificarse en el proceso de creación y enmienda constitucional así como con las formas articuladas por la interpretación constitucional. La identidad constitucional puede, a su vez, reflejar adecuadamente la identidad real de las personas constituyentes, encontrando sus raíces en el pasado y con miras hacia el futuro. Las disposiciones que están arraigadas en las cláusulas de la eternidad y un sistema de enmiendas constitucionales de varios niveles ayudan a encontrar la identidad de la constitución. Por ello, esta contribución académica utiliza la identidad constitucional de Hungría como modelo para ilustrar cómo y por qué la identidad constitucional podría ser perjudicial; y, también para entender cómo algunos otros Estados miembros de la UE (Alemania e Italia, junto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ejemplifican cómo la misma identidad constitucional se puede utilizar para unificar y consolidar aún más la integración europea. Con base en estas líneas de análisis, es posible pensar en un discurso público sobre la interrelación e interdependencia de la identidad constitucional (término no jurídico) y la identidad de la constitución (concepto jurídico) en el que deben aparecer las experiencias del Sur Global. Las evidencias muestran que la “identidad” legalmente conceptualizada y aplicada en una constitución, que básicamente se considera un fenómeno del Norte Global, más específicamente de la UE, puede ser una espada de doble filo, también en el Sur Global. A pesar de poder contribuir a la realización de un proyecto legal, como la UE, o a la protección regional de los derechos humanos, implicando a los pueblos indígenas y más vulnerables en el Sur Global; la identidad constitucional, fortalecida y en gran medida en manos de líderes autocráticos y populistas y tribunales constitucionales subordinados, puede ser objeto de abuso que puede conducir al desmantelamiento de los logros legales regionales y nacionales al basarse en la misma “identidad”, que rápidamente podría convertirse en autarquía. Si no se abusa, el desafío parece ser la reconciliación de las ideas nuevas y tradicionales del constitucionalismo, cuyo motor debe ser un poder judicial independiente.

Palabras clave

Identidad constitucional / Identidad de la constitución / Modelos de identidad constitucional / Norte Global / Sur Global.

1. Introduction

The issue of “constitutional identity” is a topic which has already certainly attracted multi-layered approaches, and which may have similar relevance in contemporary constitutional democracies as far as constitutional changes are concerned. In this article, I have chosen a legal approach to studying the “constitutional or national identity”, because, via Article 4.2 of the *Treaty on European Union* (from now on TEU), it became a legal phenomenon requiring the EU not to infringe it. That is why this paper is meant as an invitation to start a public law-oriented discourse about the legal concept of “constitutional identity”, with the aim of creating an analytical framework to complement its existing doctrinal and normative views, which eventually allows us a more compact understanding of formal and informal constitutional change. For this exercise, we should not disregard the fact that even though legally formulated and applied constitutional identity seems to be a Global North phenomenon, it offers us the opportunity to open up a comparative constitutional discussion with the Global South about its legal designs in international, supranational and constitutional texts.

The comparative analysis, which this paper completes from an admittedly positivist perspective, is meant to be only a rudimentary experiment which, with further investigations and

discussion, might lead to a more coherent constitutional law theory on constitutional identity or its unfeasibility. Therefore, the logic followed is as follows. First, the regional application of “constitutional identity” is explored, and it is concluded that its legal equivalent is “the identity of the constitution”. It is seen as some part of the constitution, which legally may be used against any attempt to radically change the constitution and, consequently, the constitutional setting. Based on these findings, now by deduction, the identity of the constitution is explored in the Global South’s constitutions with the obvious goal of discovering congruencies or incongruencies, and common challenges.

Constitutional identity has only just started to spawn more substantial literature², and those works that can already be found on bookshelves³ address constitutional identity from neither a positive law nor a European integration perspective. A Global South perspective is not included in these works either, even though —from an academic viewpoint— we could consider Eastern Europe as a region belonging rather to the Global South (Bonilla Maldonado, 2013, pp. 5-12). That is why this contribution uses the constitutional identity of Hungary, an Eastern European Member State of the EU, as a model to illustrate how and why constitutional identity could become detrimental, with some other EU Member States (Germany and Italy, together with the Court of Justice of the European Union [CJEU]) exemplifying at the same time how the very same constitutional identity can be used to further unify and consolidate European integration. Based on these trains of thought, public discourse about the interrelationship and interdependency of constitutional identity (a non-legal term) and the identity of the constitution (a legal concept) may take place in which experiences of the Global South should feature. It is Daniel Bonilla Maldonado who is mindful of the differences between the Global North and the Global South, in terms of academic achievements and scholarly works (2013, pp. 5-12). This contribution currently cannot be about the “Common Ground in Constitutional Reasoning”⁴ about constitutional identity, but it could represent the “Towards” in the title of this issue⁵. Therefore, the goal of this article is to open a discussion and offer only some rudimentary conclusions whether any lessons learned from the Global North can be applied in the Global South and vice-versa.

2. Application of the “constitutional identity”: identity of the constitution

Based on the three states that have already developed and applied the legal term “constitutional identity” in the EU, three models (the German confrontational with EU law model (Lisbon decision, BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009⁶, 2 BvE 2/08), OMT reference decision, BVerfG, 14 January 2014, 2 BvR 2728/13⁷), the Italian cooperation

2 See, e.g., Millet, F-X. (2013). *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États Membres*. GDJ. van der Schyff, G. (2016). EU Member State Constitutional Identity. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 76; Śledzińska-Simon, A. (2015). Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland. *ICON*. (1); Kostadinov, B. (2012). Constitutional identity. *Iustinianus Primus Law Review*. 3 (1).

3 See, e.g., Jacobsohn, GJ. (2010); Rosenfeld, M. (2011); Rosenfeld, M. (2010).

4 See, e.g., Jakab, A. / Dyeve, A. / Itzovich, G. (eds.) (2013).

5 Another opportunity for discussion is offered by the 2018 Annual Conference of ICON Society on “Identity, Security, Democracy: Challenges for Public Law” which takes place on June 25-27, 2018 in Hong Kong.

6 The German *Lisbon decision* was basically about the conformity of the Lisbon Treaty reforming the EU with the *Grundgesetz* (GG).

7 In its *OMT* [Outright Monetary Transactions] *preliminary reference decision* (2014), the BVerfG claimed that even if the CJEU were to consider the *OMT decision* of the Central Bank of the EU to be in accordance with EU law, the Constitutional Court could examine whether it was indeed in conformity with the GG and did not infringe its identity as protected by Article 79.3 GG. Paragraph 103. The CJEU, in the *Gauweiler case* (*Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, [19]–[20] (*Gauweiler case*)) in which it responded, ruled that the *OMT decision* did not involve an ultra vires act. It also noted that the decision of the CJEU in the preliminary ruling procedure was binding, so that the national

with embedded identity model (decision n 24/2017 of the ICC⁸), and the Hungarian confrontational individualistic detachment model (22/2016 (XII.5) Decision of the HCC, Dissenting Opinion to 23/2015 (VII.7) Decision of the HCC⁹), two attitudes (EU-friendly and antagonistic), three legal procedures (against EU and international human rights law and constitutional amendments) and one communication channel (preliminary ruling procedure) can be identified in which “constitutional identity” displays legal relevance. It also follows from the case law of the three jurisdictions that when applied in legal proceedings, “constitutional identity” is meant to refer to the “identity of the constitution” (BVerfG, 2009, Judgment of the Second Senate, paragraphs 208).

2.1. German approach – confrontational model

In Germany, the concept of constitutional identity was only used in 1928, in the theories of Carl Schmitt and Carl Bilfinger, to justify the limits of constitutional amendments to the Weimar Constitution (Polzin, 2016, pp. 411-438). Under the regime of the Grundgesetz (GG), following the latest reforms of the EU in Lisbon, it re-emerged in the jurisprudence of the Federal Constitutional Court (from now on BVerfG) in connection with the same subject matter (identity review), and it was associated with and used vis-à-vis European law (*ultra vires* review). Briefly, the link between the amendment power and EU law is as follows: if there are certain values entrenched by the constitution which cannot be changed even by the constitution-amending power, it is not possible to transfer competences to the EU, the using of which may result in the violation of those very same entrenched values. As a matter of fact, the BVerfG was concerned with domestic “unconstitutional constitutional amendment” issues in only a handful of cases. This is viewed as a result of the fact that “eternity clauses” have achieved the policy goals (there is now little chance of turning Germany into a dictatorship), and they have been underpinned by the written and unwritten rules of the political culture (the requirements for an increased majority for constitutional amendments, co-operation, and checks and balances within the coalition). Eternity clauses today are viewed as a legal lifebelt: they form the basis of German political culture and have broad popular and political support; their dismantlement would be intolerable and unsupported for the majority of citizens (Küpper, 2014, pp. 85-89)

court was required to follow it. Indeed, this decision of the CJEU was not followed by the “promised” action of the BVerfG; on the contrary, by referring to the *Gauweiler* decision, it refused a constitutional complaint that was later filed against the *OMT decision*. See Judgment of 21 June 2016 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

8 N 24/2017 of the ICC was motivated by case C-105/14 (*Taricco I*, *Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555) and resulted in case C-42/17 (*Taricco II*). In its *Taricco I* judgment, the European Court of Justice (ECJ) ruled that national courts must disapply the rules regarding periods laid down in statutes of limitation for the duration of criminal proceedings pending before a court, if such rules were “liable to have an adverse effect on fulfilment of the Member States’ obligations under Article 325 TFEU”. The Italian CC in its Decision no 24/2017 asked the ECJ to clarify whether its ruling in *Taricco* actually left national courts with the power to disapply domestic norms, even to the extent that this contrasted with a fundamental principle of the Constitution, namely, the principle of legality (Article 25). In its *Taricco II* judgment (*Criminal proceedings against M.A.S. and M.B.*, C42/17, ECLI:EU:C:2017:936), the ECJ acknowledged that the requirements of foreseeability, precision and non-retroactivity inherent in the principle that offences and penalties must be defined by law also apply, in the Italian legal system, to the limitation rules for criminal offences. It further recognized that the *nullum crimen* and *nulla poena* principles form part of the constitutional traditions common to the Member States (Paragraph 58, 53.) It ruled that Article 325 TFEU must be interpreted as requiring the national court (in criminal proceedings for infringements relating to value added tax) *to disapply* national provisions on limitation, forming part of national substantive law, which prevent an effective response to fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the EU, *unless* that disapplication *entails a breach of the principle of legality* (because of the lack of precision of the applicable law or because of the retroactive application of legislation imposing conditions of criminal liability stricter than those in force at the time the infringement was committed).

9 See point 2.3. below.

Reading eternity clauses as establishing constitutional identity was thus triggered by the reform of the European Union via the especially Article 4.2 of the TEU and appeared in the jurisprudence of the BVerfG¹⁰ (in and after the Lisbon decision, 2009). It follows that the identity of the GG covers immutable provisions (Art 79.3 GG) and the very essence of state and popular sovereignty. German courts hold a confrontational position vis-à-vis EU law, but after a power play and “dialogue” with the CJEU,¹¹ dialogic interaction with the CJEU, the identity claim, based on Article 4.2 TEU and the identity review (BVerfG, 2009, Judgment of the Second Senate, paragraphs 1-421), seems to have been subsumed within the European human rights protection ensured by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter) and the European Convention on Human Rights (ECHR), as far as human dignity is concerned.¹² The CJEU, in the *Aranyosi* and *Căldăraru* cases (Judgment of the Court [Grand Chamber] of 5 April 2016 upon the request for a preliminary ruling from the Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, 2015), suggested that the German court might read the Charter of the EU and the ECHR jointly in deciding whether or not the state was complying with a European Arrest Warrant in cases that would potentially lead to the infringement of the human dignity of the person whose extradition was required, due to the prison situation of the requesting states. This exercise would make it unnecessary to activate the identity review (based on Article 4.2 TEU) because, even without jeopardizing the unity and supremacy of EU law, it might achieve the same goal (prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment) as aimed at by the eternity clause of the GG (human dignity).

The communication tool for settling the issue at hand, unlike in Hungary but similar to Italy in *Taricco*, is the preliminary ruling procedure.

2.2. Italian approach – model of co-operation and “embedded identity”

Italian scholars ascertain that the Italian Constitutional Court (Italian CC), prior to its *Taricco* decision, in which it asked the ECJ to clarify whether its decision in *Taricco* I did actually leave national courts with the power to disapply domestic norms, even to the extent that this conflicted with a fundamental principle of the Constitution (the principle of legality in Article 25), never used the word “constitutional identity” as a way to define the relationship between domestic and EU law. Previously the Italian CC preferred the use of the doctrine of counter-limits, and now, in the most recent *Taricco* judgment (2017)¹³, it focused more on the concept of constitutional traditions of Member States. The notion of constitutional traditions is, however, pluralistic, in contrast with constitutional identity which is, by design, not. In the assessment of scholars, for Italy, the process of European integration represents the perfect fulfilment of the Constitution; therefore, it is the common constitutional traditions, and not the individual constitutional identity, that form the source of legal inspiration (Fabbrini / Pollicino, 2016, p. 15). Italy, more clearly than Germany, seems to expand its “constitutional identity” to include EU membership. Being one of the founders of the EU, Italy could be viewed as the first state to enrich its national (Italian) identity with a European identity, identifying with the success of the

10 For a more detailed discussion of the effect of the Lisbon decision of Member States, see Claes, M. / Reestman, J.-H. (2015). The protection of national constitutional identity and the limits of European integration at the occasion of the Gauweiler case. *German Law Journal*. 4.

11 See n 6 above and n. 12 below.

12 The BVerfG, in 15 December 2015, applying its identity review, refused to implement a European Arrest Warrant (EAW), as in the case at hand it would have meant the violation of the human dignity of the person concerned, stemming from certain articles of the GG (Articles 79.3, 1.1). 2 BvR 2735/14, BVerfG, 2015, Order of the Second Senate of 15 December 2015, paragraphs 1 – 126. This decision was followed by the ruling in the *Aranyosi* and *Căldăraru* cases.

13 For doctrinal overview and debate, see, e.g., Krajewski, M. (2017a; 2017b); Faraguna, P. (2017); Rossi, L. (2017).

European integration project — a project based on common interest and legal traditions. The Italian constitutional rules (with which the Italian CC has identified the Italian constitutional system to a certain extent) prevailed alongside the maintenance of a unified EU legal order. The CJEU, in *Taricco II*, was open to the Italian CC approach and arguments, which led to a judgment that respects “identity” embedded in constitutional legal traditions.

On the other hand, the counter-limits doctrine has had important implications as regards the unamendable core of the Italian Constitution. The *Taricco* case concerned only one of the many constitutional provisions that form the core principles of the constitutional order. These rules are “integration proof”, in the sense that, as held by the Italian CC, in the very unlikely case that these constitutional provisions were to be infringed, the Italian CC could review the acts of the EU institutions. The Italian CC, however, has never declared any EU law unconstitutional on the basis of the doctrine, and was not very keen to explain the term “fundamental principles of the constitutional order” (Claes and Reestman, 2015, p. 955). Scholarly works tend to see this formulation as covering the unamendable provisions of the Italian Constitution, which cover the republican form of state, including, for example, the principles of democracy and equality, rules on the election of the President of the Republic and the limited term of that office as stipulated in Article 139 (Constitution of the Italian Republic).

It thus seems that even if neither the CJEU nor the Italian CC has used the term “constitutional identity” to mark the distinctiveness of Italy, or even if nationalistic approaches have not been adopted in Italy (Fabbrini / Pollicino, 2016), the result of the *Taricco* saga has been that one of Italy’s constitutional provisions has prevailed: the understanding of criminal legality in Italy is preserved and respected by the authorities of the EU through an interpretation that also works for the CJEU. Reference to the common constitutional traditions of Member States is used to ease the paradox of the emergence of their identity in a community based on similar legal values and aspirations.

2.3. Hungarian approaches – confrontational individualistic detachment from supra- and international obligations

The *Hungarian identity review* appeared in the 22/2016 (XII.5) decision of the Hungarian Constitutional Court (HCC), along with the fundamental rights and ultra vires review,¹⁴ but has not been activated yet. The HCC declares that the constitutional identity of Hungary is rooted in its historical Constitution and has not been created but only recognized by the Fundamental Law (the partisan constitution of Hungary of 2012, “FL”). Even though the Court holds that the constitutional identity of Hungary cannot be featured by an exhaustive listing of values, it nevertheless mentions some of them, such as freedoms, the division of power, the republican form of state and freedom of religion. The decision was triggered legally by the request of the ombudsman, submitted one year earlier, following the refugee “quota decision” of the EU (Council Decision, 2015), which the Government opposes because it fears the alteration of the ethnic and religious composition of Hungary. It was also demanded politically due to the failure of a constitutional amendment just one week before the delivery of the ruling. The constitutional amendment, as a result of an invalid referendum on the “quota decision”¹⁵, was meant to incorporate the term “constitutional identity”, defence of which would have been the duty of all, with a view to constitutionally opposing the future implementation of the “quota decision” (Drinóczi, 2017).

¹⁴ For a summary and critique, see Drinóczi, T. (2017).

¹⁵ The question posed by the referendum read as follows: *Do you agree that the European Union should have the power to impose the compulsory settlement of non-Hungarian citizens in Hungary without the consent of the National Assembly of Hungary?*

The HCC, which is seen as a packed court as stated by the Hungarian Helsinki Committee, by declaring the identity of Hungary, informally amended the FL. It assisted the Fidesz Party to achieve its political agenda and created an ambiguous implicit eternity clause, previously unknown in the constitutional system of Hungary and refuted even by itself. The HCC, unlike the BVerfG, the Italian Constitutional Court or the Polish Constitutional Tribunal (Decision K 18/04, 2005), has mentioned neither the application of the preliminary ruling procedure in resolving the identity-related conflict with EU law, nor the legal consequences of such a clash. Nevertheless, it opened up the Hungarian constitutional system to the constitutional review of unconstitutional amendments, which—together with the “identity of Hungary”—may be a double-edged sword. Not contesting at all the importance of this kind of review, which is necessary if constitutionality is to be maintained, when the constitution itself is not in line with certain international and supranational standards, even though it is constitutionally bound by them, the non-standard-like provisions may be preserved by the constitutional courts. In Hungary, based on the new doctrine of constitutional identity rooted in the historical Constitution, the HCC enabled itself to defend the most criticized provisions of the FL¹⁶ against a constitutional amendment which has the aim of improving the constitutional content and raising it to the same level seen in the common constitutional tradition of Member States and international human rights obligations (Drinóczi, 2017). Furthermore, the language of constitutional identity in Hungary rather shows a tendency towards individualistic detachment from the common European project¹⁷, which was first characterized by abusive constitutionalism (Landau, 2013) but has quickly evolved into an illiberal constitutionalism (Drinóczi / Bien-Kacala, 2017).

This attitude is also present in a Dissenting Opinion in which constitutional identity was invoked vis-à-vis a decision of the European Court of Human Rights (ECtHR)¹⁸. A Justice of the HCC concluded that although Hungary is obliged to execute ECtHR decisions, it is not thereby forced to abandon its constitutional identity. The ECHR, however, does not contain a provision similar to Article 4.2 TEU, nor use the expression “constitutional identity”¹⁹. The ECtHR may agree that some constitutional characteristics do not constitute an infringement of the ECHR (*Leyla Sabih v. Turkey*, 2005) (*Dogru v. France*, 2008) or it may decide otherwise (*Sedjic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, 2009) (*Otegi v Spain*, judgment, 2011). The standard in these cases is not the constitutional identity of the state; the ECtHR does not seek to explore this. With regard to the constitutionality of the different regulations for *ex lege* recognized churches and other religious communities, and their consistency with the ECHR, the single argument in the Dissenting Opinion is that constitutional identity manifests in “the historical fact of social involvement”, a point which is neither explored nor justified. Similarly, it is not explained why differentiation has nothing to do with the essential content of the freedom of conscience and religion, or with the terms of the ECtHR regarding the collective freedom of religion (*Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary*, 2014). All of these explanations would have been especially necessary in the light of the ECtHR’s ruling, which

16 See, e.g., the Fourth Amendment, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session, Venice, 14–15 June 2013. It involved the incorporation of many provisions that have previously been declared unconstitutional by the HCC (Drinóczi, 2016)

17 See the Hungarian approach to the quota decision of the Council and attitudes towards migration issues in, e.g., B Nagy at eumigrationlawblog.eu.

18 The HCC in its decision, which was based on the decision of the ECtHR in case *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary* (2014), ruled the Church Law and some other legal acts contrary to the ECHR and called upon the Parliament and the Government to take the necessary measures to resolve the conflict before 15 October 2015.

19 See in more detail López Guerra (2013) and Greer (2000).

emphasized that the recognition of churches relates to the historical, constitutional traditions of the state. In the case at hand, however, the ECtHR claims that the Government did not justify that the *ex lege* recognized churches fully reflected Hungarian historical traditions to the extent that the applicant church was not included. The ECtHR also perceived as problematic the fact that the legislator referred all the way back to 1895 yet failed to take into account more recent historical developments (*Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary*, 2014). Parliament thus applied a selective historical view of the identity of Hungary. However, it is well known that the past is interpreted in a way, which pleases the interpreters, and only those elements of the past are acknowledged which satisfy their self-interest (Gyáni, 2008).

2.4. European Union level

Article 4.2 TEU may be seen as triggering a “dual” designation: within the EU, Member States refer to their “constitutional identity”, while the CJEU prefers to use the term “national identity”. The two terms, however, refer to the same obligation of the EU institutions (“respect”) and the same “core” element of the constitutional setting of the particular Member State (“to be respected”).

The approaches of the CJEU and of the national courts to the actual content of “identity” differ though. The term “national identity” (Article 4.2 TEU) applies to determine whether the actions of the EU are legitimate²⁰; the term “constitutional identity”, based on the jurisprudence of the high courts or constitutional courts, has the aim of defending the constitution and constitutionality. Previously, the debate about the clarification of the content of identity (Article 4.2 TEU) focused on who would have the last word and how the dialogue between the CJEU and national courts would ease the tension between the different roles and approaches of these courts. The practice has already provided answers: an active and co-operative use of the preliminary ruling procedure and the application of integration-friendly arguments, which may result in a better understanding of national constitutional concerns.

3. The identity of the constitution

In the words of Jacobsohn, Rosenfeld, Tushnet and Śledzińska-Simon, there is no identity without knowing myself (sameness and selfhood) and the something else against which I identify myself as me; there is no identity without the individual, relational and collective self (Jacobsohn, 2010, pp. 133-135; Rosenfeld, 2011; Tushnet, 2010, pp. 672-675; Śledzińska-Simon, 2015, pp. 137-139). From the European case law it seems that the term “constitutional identity” is used in many ways (confrontationally and co-operatively) to preserve the uniqueness of the constitution and, consequently, the sameness of the state and its people. The “collective identity of the constitutional subject” (or national identity), which the constitutional subject as a constituent deemed to be important to incorporate in its constitution, is expressed in various provisions in different constitutions.

3.1. Identification and textual analysis

Provisions expressing the “collective identity of the constitutional subject” may cover many parts of the constitutional text, starting with the name of the constitution, the name of the state and its symbols, national or official languages, and statehood. The subject of the constitution-making and amending power, which in the majority of cases is located in the constitutional text, may tend to correlate with the historical sentences of the preamble. But in fact, in the EU, out

²⁰ They were not, and Austria and Lithuania could successfully apply Art 4.2 TEU regarding the republican form of state and language criteria: see respectively *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, A. Las, C-202/1.

of the 27 Member-State written constitutions, 11 do not have a preamble, the constitutions of mostly Western European states have only a symbolic preamble (France, Italy, Germany), while others (mainly post-socialist countries, and Portugal and Spain) have a rich and comprehensive preamble to define their own national identities in the face of their previous oppression (Fekete, 2011, pp. 35-38).

As for the designation of the constituent people or the body that actually adopted the particular constitution, Member States display a great variety, but there are distinct models. Constitutions have been adopted by a constituent assembly (Bulgaria, Germany, Italy and Portugal), the parliament (Hungary and Slovenia), citizens together with the freely elected representatives (Czech Republic, Slovakia), and by the people or the nation. There are also many versions of how the people or the nation came to adopt a constitution: the people may have adopted it acting alone (France and Ireland) or together with minorities living in the state (Croatia), or following a referendum (Estonia, Spain); or the nation, which consists of the citizens, may have adopted it (Poland, Lithuania). Countries that have historically experienced extensive border changes (Hungary, Croatia and Slovakia) grant their minorities' special constitutional status by elevating them among the constituent people of the state and constitution.

In the vast majority of cases, the reference to the people or nation who adopted the constitution is associated with the amendment process as well, which may require the involvement of the people (e.g. in Austria, for the total revision of the constitution it is obligatory, but this is excluded in Germany and Hungary). In some cases (i.e., Lithuania, Latvia, Estonia, Moldova, and Serbia), a tiered procedure is used, which creates “different rules of constitutional amendment for different parts of the constitution” (Dixon and Landau, 2017)²¹, in which certain provisions, usually eternity clauses, may be altered only by referendum. Other parts of the constitution are to be modified by parliament. In Poland and in Austria, less demanding but still slightly stringent procedural rules apply. The referendum is optional: it is called when the amendment concerns the republic, fundamental rights and the rules on constitutional amendment, if it is requested by those entitled to submit a constitutional amendment (MPs, the Government and the head of state) as stipulated in Article 235 (Constitution of the Republic of Poland); or, in Austria, when the amendment does not aim at total revision, as stipulated in Article 44 (Austrian Federal Constitution). In the case of Poland, it is questionable whether even a more demanding tiered constitutional amendment could preserve democracy and the identity of the Constitution (Dixon / Landau, 2017). The Polish Government, since 2015, has systematically dismantled the constitutional system established by the 1997 Constitution (Drinóczi / Bien-Kacala, 2016). The technique used has been to change the meaning of the Constitution by informally amending it: due to lack of political support, the Constitution could not be properly and formally amended. The change, which amounts to the overturning of the Constitution, is accomplished informally by the adoption of purely and obviously unconstitutional laws, and by the pursuit of unconstitutional practices. In Croatia and Italy, the tiered mechanism, unlike in other states, is not designed around a particular part of the constitution but entrenches a special referendum procedure: the parliament must call a referendum in connection with the proposed constitutional amendment, when so requested by 10 per cent of the voters in Croatia as stipulated in Article 87 (Constitution of the Republic of Croatia), or by 500,000 voters in

21 The tiered mechanism for constitutional amendment “aims to combine the virtues of rigidity and flexibility by creating different rules of constitutional amendment for different parts of the constitution”, preserving “the core of the constitution against destabilizing and antidemocratic forms of change” and helping to build a constitutional identity” (Dixon and Landau, 2017).

Italy as stipulated in Article 138 (Constitution of the Italian Republic).

Most Member States have called referendums on accession to the EU and treaty reforms, and with regard to the latter, they usually require an increased (super-) majority voting. In 2003, the states that would join the EU in 2004, except Cyprus, held referendums. In Hungary, even the accession referendum question was incorporated into the Constitution, and each constitution was made “open to the EU” by adopting EU clauses, extending the right to vote to elections to the European Parliament, and adjusting the relationship between national governments and parliaments in integration matters. It seems to be safe to say that constitutions are including these provisions because the people wanted them there, as they have decided to belong to a European community in its legalized, actual version²².

The “collective identity of the constitutional subject” may also be discovered in the principles uniquely featuring the state and the constitutional order, among which eternity clauses may be emerging. Several constitutions contain eternity clauses, such as the GG in Germany, the Italian, Czech and Polish Constitutions, but not the Hungarian FL. Principles uniquely featuring the state and the constitutional order cover the form of state (monarchy or republic), the form of government, and the commitment towards the rule of law and human rights protection. Democracy is also named and associated with popular sovereignty, which can be exercised directly or indirectly depending on the actual choice of the constituent²³. The territorial structure (unitary, regional, federal or devolved) is also a distinct feature, which usually has an historical background, without which the state will not be the same. That is why, usually, Articles on territorial structure are entrenched as eternity clauses (e.g., in Germany, Austria, Spain). These provisions are partly components of state sovereignty and popular sovereignty (in so far as the consent of the people is required for changing them).

3.2. The “identity of a constitution” and some of its models

It may be concluded that the “identity of the constitution” is to be found among the provisions of constitutional texts and related jurisprudence that specifically and exclusively feature a status that was drafted during the constitution-making process and shaped by either formal or informal constitutional amendments. The identity of a constitution may differ from jurisdiction to jurisdiction, and the applicability of constitutional provisions may be subject to the jurisdiction of the respective constitutional or high courts. The constitution, by including these provisions, may have its individual and collective and relational selves, which are, as a second tier, sustained by procedural rules on constitutional amendment processes that create the link with the people (“collective identity of the constitutional subject”). Democratic constitutions need to reproduce the will of the constituent people and also be able to adjust to the change of the collective identity of the constitutional subject by this subject, the people. Both the state and the people, when considering these constitutional provisions, can experience the individual, the relational and the collective, and the “procedural” sameness and selfhood.

The legally applicable “identity of the constitution” comprises those Articles that can be employed vis-à-vis EU law and unconstitutional amendments, and which are intended to be applied in the face of international human rights obligations. Case law throughout the EU indicates that the identity of the constitution, which the EU shall respect, embodies constitutional provisions through which the state can identify itself in a community (as a state with all its attributes), and others that show uniqueness but which can be subsumed with

22 When the people do not agree with the actual direction of European development (European constitution project), they have opposed it, even in the face of an already adopted constitutional amendment, as happened in France (Franck, 2005).

23 See the difference between the German and the Swiss approaches.

a common European human rights regime and the constitutional traditions of Member States. For that, a joint effort, co-operation and acceptance are needed from both the CJEU and national courts, which seem to be realized where there is a palpable commitment to the European project. Formal and informal unconstitutional constitutional amendments that infringe the eternity clauses or the core content of the constitution, and which lead to an irresolvable conflict with supranational and international obligations, generally seem to occur in Hungary and Poland, and have thus far been almost undetectable elsewhere. Unlike in several Member States, the Hungarian FL does not entrench anything and does not allow the people to decide on constitutional matters. Also uniquely, only the HCC, in its constitutional interpretation, has deduced the definition of the constitutional identity of Hungary without any textual basis. It identified certain principles as comprising the identity of Hungary, and did not refer to EU-related procedures or the importance of the involvement of the people in amending processes that may affect that identity. If the “collective identity of the constitutional subject” is truly articulated in the constitution and shaped by amendments and interpretations, and is legally demarcated by certain constitutional rules, as discussed above, it seems that both the constitutional identity of the people of Hungary, who still support the Fidesz Party, and the identity of the FL do indeed display confrontational individualistic detachment. This detachment apparently has the potential to disregard the common constitutional traditions embedded in regional human rights protection and the European project.²⁴ The HCC has helped to “stock up” the FL with “unconstitutional rules” by not declaring them unconstitutional, and now is ready to carve in stone the exact same provisions by bringing them together under the heading “constitutional identity of Hungary”, a notion which the Court itself invented and, by an informal constitutional amendment (*ultra vires* interpretation), incorporated into the constitutional text. Now, if the Court takes itself seriously in the future, it has to revisit its dismissive position on the possibility of the substantive review of constitutional amendments, even in breach of the express constitutional rule allowing only procedural review.

Figure 1 shows the interconnectedness and graphic imagery of the conceptualization of the identity of the constitution, as explained above.

²⁴ It is also apparent in the reaction of the Hungarian Government to the decision of the CJEU on the “quota case” (n 24-27 and accompanying text above), even though “identity” is not mentioned. The Government, clearly in line with its political agenda, refused to implement the ruling, which dismissed the actions brought by Hungary together with Slovakia against the quota decision of the European Council (provisional mechanism for the mandatory relocation of asylum seekers). See Cases C-643/15 and C-647/15, 6 September 2017. This attitude towards a judicial decision is telling even if the actual legal norm was in effect only for a while after the delivery of the decision.

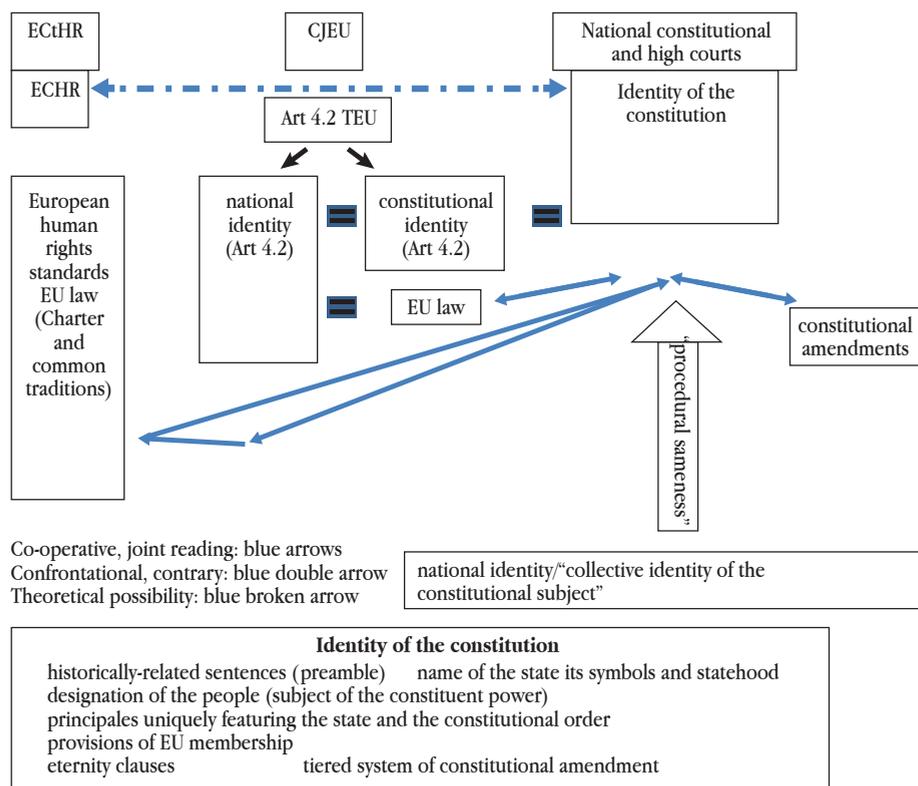


Figure 1

4. Identity of the constitution and constitutional identity in Latin America – open for debate

As Latin American states are constitutional democracies, it is assumed that, based on the above findings, the identity of the constitution may be explored in the Global South's constitutions even if regional economic integration in the Global South is less unified and the history of constitutionalism is different in the two regions. In Latin America, two types of constitutional change may suggest that the identity of the constitution is to be altered: the adoption of a new constitution and the amendment of the limitation of the term of office of the president.

4.1. Textual analysis

Designers of some constitutions (Venezuela, Bolivia and Ecuador) seem to choose the tiered system of constitutional amendment, including for the adoption of a new constitution. For these changes, the involvement of the people, which, according to the current constitutional texts, includes indigenous peoples, is a prerequisite and is entrenched (Bolivia and Ecuador). If a new constitution is to be adopted, a constitutional assembly is convened by the people, and the adopted text also has to be submitted to a constitutional referendum. In Bolivia, as stipulated in Article 411, the same process applies when the constitutional reform affects the “fundamental premises, the rights and duties and guarantees, and the supremacy and reform of the constitution” (Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia). This is not a uniform practice; for example, the Brazilian, Chilean and Peruvian Constitutions do not specify how a new constitution should be adopted, and the Nicaraguan Constitution does not apply a tiered mechanism.

The entrenched parts of a constitution are referred to by the following formulations: “fundamental premises, the rights and duties and guarantees, the supremacy and reform of the constitution” as stipulated in the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia; “fundamental structure of the Constitution”, “structure and fundamental principles of the constitutional text” as stipulated in Articles 340 and 342 (Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela); “fundamental structure, the nature and constituent elements of the State”, constraining the rights and guarantees and changes of procedure for amending the constitution as in Article 441 (Constitution of the Republic of Ecuador). From a textual point of view, these rules may be interpreted as referring to hundreds of Articles, which suggests that the “identity” captured in these provisions is meant to be preserved and is liable to amendment only in those cases to which the people consent. The uniqueness (sameness and selfhood) of Latin American constitutions, in which the identity of the constitution embodying the collective identity of the people may be captured, is to be found in those provisions which show either that the constituent has adapted and contextualized the ideas of the European constitutional democracies (neoconstitutionalism) (Piovesan, 2017), or has created more distinct, even contrasting, elements from the constitutionalism of the Global North (Gargarella, 2017). A common element is that constitutions have targeted the region’s main challenges: inequality that has a racial and ethnic dimension, poverty, exclusion, lack of human rights compliance, weak institutions and problems of political representation (Piovesan, 2017). All of these challenges found their place among the entrenched provisions of the Constitutions of Venezuela, Bolivia and Ecuador. Along with the tiered constitutional design requiring the involvement of the people, entrenchment expands to cover declarations on plurilingualism, multinationalism, multi- or interculturalism, and the acknowledgement of multiethnicity and plurinationality, which are in close correlation with the recognition of collective subjects (indigenous peoples) as political actors. Features that differ not only from those of the constitutions of the Global North but also from those of neoconstitutionalism are also found among these provisions. These constitutions are based on axiological premises rather than legal assumptions. The legal self-determination of the state is expressed as, for example, the “constitutional state of rights and justice” (Ecuador), the social State of Law and Justice (Venezuela) and the social state of communitarian law (Bolivia). In Bolivia, the determination of ethical, moral principles of the plural society, which the state adopts and promotes, such as “live well and harmoniously”, “good life”, “noble path or life”, precedes values with a clearer legal content on which the state is based, such as unity, equality, inclusion, dignity, liberty, solidarity, reciprocity, respect, interdependence as stipulated in Article 8 (Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia). In Ecuador the reference to “rights of the good way of living” (*buen vivir* or *sumak kawsay*) appears in the preamble as well as throughout the constitutional text, and such rights are both connected to the general interest and prevail over individual interests. This constitutional setting, which was adopted by a constitutional assembly and supported in a popular referendum, cannot accommodate values advocated by the Global North’s constitutionalism. It thus can potentially frustrate the fundamental rights and traditional principles of a constitutional democracy (the rule of law, legality, the division of power, etc.); it represents another “constitutional identity”, as is apparent from the decisions of the Constitutional Court of Ecuador (Salazar, 2017), from now on ECC. As has been said, these provisions are entrenched by a tiered constitutional technique, which accomplishes more popular involvement of citizens, including indigenous and vulnerable peoples, and makes constitutions rigid (Dixon / Landau, 2017), and thus more resistant to inconsistent changes, but also more vulnerable to autocratic populism, which may abuse the very sense of popular involvement. An example is the constitution-making process in Ecuador, which involves abusive constitutional change by replacement (Landau, 2013). Therefore, the question is whether the identity of the constitution is a true map of the “collective identity of the constituent people”; after all, the notion of *sumak kawsay* was presented in the constitution drafting

process by the Confederation of Indigenous Nationalities of Ecuador (Salazar, 2017), or rather corrupted by the populist leadership and loyal and subservient courts.

The legal formulations of open statehood, the conventionality control (control de convencionalidad) and the block of constitutionality (bloque de constitucionalidad) (Góngora-Mera, 2017) also seem to be entrenched in Bolivia and Ecuador. Their aim is completely different from that of the integration clauses in European constitutions. Constitutions are keen to prove their human rights commitment because states are concerned about their international standing, which may also be a response to historically weak protection of fundamental rights (von Bogdandy, 2015). This approach might be expected to lead to a more unified human rights protection, which could also contribute to the realization of democracy and the rule of law, or even curb the unperishing yearning of the region towards hyperpresidentialism²⁵. In certain cases of political importance, such as the conflict surrounding the right to vote and the limits on the term of office of an elected official, it is not, however, the case.

4.2. The practice

A limited presidential term is usually not entrenched in the region, which allows presidents to undermine democracy and the separation of power by seeking to eliminate or extend their terms of office. In Colombia, this did not succeed. The Constitutional Court struck down a proposed referendum on a constitutional amendment that would have allowed the President to seek a third consecutive term of office. It utilized the doctrine of unconstitutional constitutional amendment (Dixon / Landau, 2017), which it had previously constructed by informally amending the Constitution. However, Colombia does not adopt the New Latin American constitutionalism, as opposed to the other three countries discussed below.

In Venezuela, the abolition of the limitation on the re-election of public officials was not regarded as changing the fundamental structure and fundamental principles of the constitutional text, as the National Assembly adopted and a referendum supported the first amendment of the Constitution in 2009. In Bolivia too, a limitation on re-election does not seem to involve the “identity of the constitution”, through the principle of democracy, which cannot be changed by an ordinary amendment process. However, in both Bolivia and Ecuador, it was not the people who decided on the amendment of the text with a view to removing the limitation but the constitutional courts, mainly following the same arguments. In 2016, Bolivian people, through a referendum, rejected the constitutional amendment on the removal of the limitation on the re-election of the President adopted through an ordinary constitutional amendment procedure. Supporters of the incumbent Morales regime asked the Constitutional Court to declare unconstitutional a constitutional provision that limited re-election, which the Court did in November 2017. The Court ignored the referendum result of 2016, and, by using a strong conventionality doctrine and the *pro homine principle* of the block of constitutionality (Góngora-Mera, 2017, p. 251), gave priority to the political right of the people to choose their own representative and the original but finally unadopted will of the constituent over the constitutional limits on re-election (Verdugo, 2017). Very similar arguments are used in Ecuador, where the parliament in 2014 amended the Constitution to remove limits on the terms of office of all public officials, including the President. As the Constitution requires the ECC to determine which amendment process is to be followed, it was up to the Court to decide whether the removal of the limitation on re-election amounted to alteration of the “fundamental structure” of the Constitution. The ECC allowed the parliament to pass the amendment without a referendum.

²⁵ Venezuela, Bolivia and Ecuador, among the other states, adhere to the transitional model of presidentialism, while other Latin American states, including, e.g., Colombia, Argentina, and Peru, have already adopted or are approaching the democratic presidential model (Valdéz).

It argued that the amendment expanded the “people’s constitutional right to elect and be elected and did not alter the “fundamental structure” of the Constitution”, as “the framers did not consider political alternation part of the fundamental structure of the Constitution or one of the constituent elements of the State” (Guim and Verduga, 2017). Now, President Lenin Moreno has proposed a referendum to repeal the constitutional provisions that would allow Rafael Correa to run for a third time and return as President (Guim and Verduga, 2017) and the ECC should have decided which amendment process was to be followed. However, it did not happen as the ECC remained in silence “exceeded its 20-day window to issue a ruling, after which Moreno convened the vote via two executive decrees in late November 2017” (Polga-Hecimovich, 2018). The constitutional changes, including limiting all elected officials, such as the president and parliamentarians, to a single re-election, took effect immediately (Polga-Hecimovich, 2018). If the Court had delivered a ruling, it should have decided whether the voting rights of the people were considered to belong in the entrenched part of the Constitution or not. If they had belonged in that part, the more stringent process should have been activated. Here, a similar issue could have emerged as in Hungary: the ECC, by relying on an entrenched rule which was assumed to show identity, could prevent the improvement of the Constitution. It seems, however, that in this particular case, no actors have observed constitutional amendment rules; yet democratic improvement was achieved. Nevertheless, it is not guaranteed that these reforms will be long lasting (John Polga-Hecimovich, 2018) which may give a chance to the ECC to deliberate on the issue of the “identity” of the Ecuadorian constitution”.

5. Conclusions

The legally conceptualized and applied “identity of a constitution”, which is a Global North—more specifically EU—phenomenon, have similar relevance in contemporary constitutional democracies as far as constitutional changes are concerned. Based on the regional European jurisprudence and doctrinal works, it is concluded that the “constitutional identity” in a legal context is the “identity of the constitution”. In this context, the identity of the constitution is found among provisions of constitutional texts and related jurisprudence that specifically and exclusively feature a status that was constituted during the constitution-making process and shaped by either formal or informal constitutional amendments. The “identity of a constitution” may differ from jurisdiction to jurisdiction, and the applicability of constitutional provisions may be subject to the jurisdiction of the respective constitutional or high courts. The legally applicable “identity of the constitution” comprises those articles that can be employed vis-à-vis EU law and unconstitutional amendments, and which are arguably intended to be applied in the face of international human rights obligations. Case law throughout the EU indicates that the identity of the constitution, which the EU shall respect, embodies constitutional provisions through which the state can identify itself in a community (as a state with all its attributes), and others that show uniqueness but which can be subsumed within a common European human rights regime and the constitutional traditions of Member States.

As has been explored, Germany and Hungary exemplify the confrontational with EU law model. It is suggested that the model that emerged in the jurisprudence of the Italian CC should be called the cooperative model with embedded identity. It seems to be appropriate to call the Hungarian model a model of confrontational individualistic detachment, even if the identity review has never been activated. When the concept of the “identity of a constitution” is, *mutatis mutandis*, applied with view to discover the identities of the examined Latin American constitutions, we find that they seem to display the following features²⁶: entrenched popular

²⁶ Similarly, see von Bogdandy et al. (2017, pp. 18–19). They mention social rights but, as Gargarella observes, an extensive account of social rights is a general characteristic of all Latin American constitutions (Gargarella, 2017)

involvement in decision-making processes, which is in practice manipulated in Ecuador and disregarded in Bolivia; recognition of indigenous peoples as political actors, with vindication of their rights and institutional guarantees thereof, which in practice is neither observed nor facilitated by the courts in Ecuador (Salazar, 2017); the vision of a plurinational, multi-ethnic, multilingual and diversity oriented state (Venezuela, Bolivia, Ecuador); axiological principles, allowing hyperpresidentialism by formal and informal constitutional amendments; and entrenched “open statehood”.

Nevertheless, when legally applied, the “identity of a constitution can be a double-edged sword even in the Global South, where this notion has yet to receive exposure. As evidence shows, it could adequately reflect the actual identity of the constituent people, rooted in the past and overarching the future. It also can contribute to the realization of a legal project, such as the EU, or regional human rights protection, and to the greatly strengthened protection and involvement of indigenous and vulnerable peoples in the Global South. However, in the hands of autocratic and populist leaders and subservient constitutional courts, it can be abused and lead to the dismantling of regional and national legal achievements by relying on the very same “identity”, which could quickly be turned into autarchy. If it is not abused, the challenge seems to be the reconciliation of new and traditional ideas of constitutionalism, the engine of which must be an independent judiciary.

Bibliographic references

- Bién-Kacala, A. (2016). Polish Constitutional Tribunal: a systemic reform or a hasty political change. *DPCE*, 25 (1), 153-166.
- Bonilla Maldonado, D. (2013). Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. In D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia* (pp. 1-40). Cambridge: Cambridge University Press.
- Claes, M. / Reestman, J.-H. (2015). The protection of national constitutional identity and the limits of European integration at the occasion of the Gauweiler case. *German Law Journal*, 16(4), 917-970.
- Dixon, R. / Landau, D. (2017). Tiered Constitutional Design. *George Washington Law Review*, 86, 1-65.
- Drinóczi, T. (2017). Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 11(1), 139–151.
- (2016). Constitutional politics in contemporary Hungary. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 10(1), 63-98. <https://doi.org/10.1515/icl-2016-0105>
- Drinóczi, T. / Bien-Kacala, A. (2017). *Constitutions and constitutionalism captured: shaping illiberal democracies in Hungary and Poland*. Torún: Nicolaus Copernicus.
- Fabbrini, F. / Pollicino, O. (2017). Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution. *EUI Working Papers LAW*, 1-15.
- Fraguna, P. (2017). The Italian Constitutional Court in re Taricco: “Gauweiler in the Roman Campagna”. *VerfBlog* <<https://verfassungsblog.de/the-italian-constitutional-court-in-re-taricco-gauweiler-in-the-roman-campagna/>>.
- Fekete, B. (2011). Történeti elemek az EU-tagállamok alkotmány-preambulumaiban. In V. Lamm, B. Majtényi and A. Pap (eds). *Preambulum az alkotmányokban* (pp. 33-45). Budapest: Complex.

- Franck, R. (2005). Why did a majority of French voters reject the European Constitution? *European Journal of Political Economy*, 21(4), 1071-1076.
- Gargarella, R. (2017). The “New” Latin-American constitutionalism. Old Wine in new skin. In A. von Bogdandy et al. (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune* (pp. 211-234). Oxford: Oxford University Press.
- Góngora-Mera, M. E. (2017). The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*. In A. von Bogdandy et al. (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune* (pp. 235-254). Oxford: Oxford University Press.
- Guim, M. and Verduga, A. (2017). Ecuador’s “Unstoppable” Constitutional Referendum. *ICONect*. <<http://www.iconnectblog.com/2017/12/ecuadors-unstoppable-constitutional-referendum/>>.
- Greer, S. C. (2000). *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Gyáni, G. (2008). Identitás, emlékezés, lokalizás. 2000. *Irodalmi és Társadalmi havi lap*, 20(6), 19-27.
- Hungarian Helsinki Committee. (2015). *Analysis of the performance of Hungary’s “One party elected” Constitutional Court Judges between 2011 and 2014*. Budapest: Eötvös Károly Institute. <http://helsinki.hu/wp-content/uploads/EKINT-HCLU-HHC_Analyzing_CC_judges_performances_2015.pdf>.
- Jacobsohn, G. J. (2010). *Constitutional identity*. Harvard: Harvard University Press.
- Jakab, A. / Dyeve, A. / Itzcovich, G. (eds) (2013) *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kostadinov, B. (2012). Constitutional identity. *Iustinianus Primus Law Review*, 3(1), 1-22.
- Krajewski, M. (2017a). A Way Out for the ECJ in Taricco II: Constitutional Identity or a More Careful Proportionality Analysis? *European Law blog*. <<http://europeanlawblog.eu/2017/11/23/a-way-out-for-the-ej-in-taricco-ii-constitutional-identity-or-a-more-careful-proportionality-analysis/>>.
- (2017b). Conditional primacy of EU law and its deliberative value: an imperfect illustration from Taricco II. Analysis? *European Law blog*. <<http://europeanlawblog.eu/2017/12/18/conditional-primacy-of-eu-law-and-its-deliberative-value-an-imperfect-illustration-from-taricco-ii/>>.
- Küpper, H. (2014). Tur Tur, az álóriás – avagy a Grundgesetz örökkévalósági klauzulájának jelentése a német jogrendszerben. In F. Gárdos-Orosz and Z. Szente, *Nemzeti Köszölgélati és Tankönyv Kiadó Zrt* (pp. 85-89). Budapest: Nemzeti Köszölgélati és Tankönyv Kiadó Zrt.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47, 189-260.
- López Guerra, L. (2013). National identity and the European Convention of on Human Rights. In A. Saiz Arnaiz and C. Alcoberro Llivina (eds). *National constitutional identity and European integration* (pp. 314–321). Cambridge: Intersentia.
- Millet, F-X. (2013). *L’Union européenne et l’identité constitutionnelle des États Membres*. Paris: LGDJ.
- Polga-Hecimovich, J. (2018). Constitutional Change in Ecuador: Improving Democratic Accountability and Constraining a Rival. <ConstitutionNet. <http://www.constitution-net.org/news/constitutional-change-ecuador-improving-democratic-accountability-and-constraining-rival/>>.
- Polzin, M. (2016). Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *ICON International Journal of Constitutional Law*, 14, 411-438.

- Rosenfeld, M. (2009). *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Oxford: Taylor & Francis.
- (2012). Constitutional Identity. In M. Rosenfeld and A. Sajó. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 756-776). Oxford: Oxford University Press.
- Rossi, L. (2017). How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire? *Verfassungsblog, On matters constitutional*. <<https://verfassungsblog.de/how-could-the-ecj-escape-from-the-taricco-quagmire/>>.
- Salazar, D. (2017). My power in the Constitution. The perversion of rule of law in Ecuador. *Sela 15*. <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf>
- Śledzińska-Simon, A. (2015). Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland. *International Journal of Constitutional Law*, 13(1), 124-155. <https://doi.org/10.1093/icon/mov007>
- Tushnet, M. (2010). How do constitutions constitute constitutional identity. *International Journal of Constitutional Law*, 8(3), 671-676.
- Valdez, D (2017). The Presidential System in Latin America. A Hallmark and Challenge to a Latin American *Ius Constitutionale Commune* In A. von Bogdandy et al. (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune* (pp. 191-201). Oxford: Oxford University Press.
- van der Schyff, G. (2016). EU Member State Constitutional Identity. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76(1), 167-191.
- Verdugo, S. (2017). How the Bolivian Constitutional Court Helped the Morales Regime to Break the Political Insurance of the Bolivian Constitution, *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 10, 2017. <<http://www.iconnectblog.com/2017/12/how-the-bolivian-constitutional-court-helped-the-morales-regime-to-break-the-political-insurance-of-the-bolivian-constitution/>>
- von Bogdandy, A. (2015). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. *AJIL Unbound*, 109, 109-114.
- (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. In A. v. Bogdandy et al. (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune* (pp. 27-49). Oxford: Oxford University Press.

Sentences

- European Court of Human Rights. (2005). *Leyla Şahin v. Turkey*, 44774/98. November 10, 2005.
- (2008). *Dogru v. France*. 27058/05. December 4, 2008
- (2009). *Sedjic and Finci v. Bosnia Herzegovina*. 27996/06 and 34836/06. June 4th, 2009.
- (2011). *Otegi v Spain*. 2034/07. March 15t, 2011.
- (2014). *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary*, Applications nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 and 56581/12. April 8, 2014.
- Court of Justice of the European Union (2010). *Sayn-Wittgenstein*. C-208/09. December 22, 2010
- (2011). *Runevič-Vardyn*, C-391/09,. May 12, 2011.

La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas

The Constitutional Court: law, equality and suspicious categories

JOSÉ DAVID ORTIZ CUSTODIO¹
 Pérez, Bustamante y Ponce Abogados

Resumen

El presente artículo contiene un comentario a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional del Ecuador sobre el derecho a la igualdad. En vista de que la Corte Constitucional se refiere a los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para analizar si un trato diferenciado es discriminatorio o no, analizaré brevemente el tratamiento del derecho a la igualdad en la jurisprudencia estadounidense y los factores necesarios para considerar a un criterio de diferenciación como una “categoría sospechosa”. Finalmente, el artículo demostrará que la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre “categorías sospechosas” y el “sistema de escrutinios” debe ser rectificadas, toda vez que ocasionará problemas a los jueces que deban aplicarla en la resolución de casos concretos.

Palabras clave

Derecho a la igualdad / Discriminación / Categorías Sospechosas / Niveles de Escrutinio / Antisubordinación / Anticlasificación.

Summary

This article provides an account of the precedents issued by the Constitutional Court of Ecuador regarding the right to equal protection of the laws. Since the Constitutional Court has referred to standards of review developed by the Supreme Court of the United States to determine whether differentiations in law comply with the equal protection clause of the fourteenth amendment of the U.S. Constitution, I will provide a brief overview of the equal protection case law and analyze the relevant criteria to consider a class as suspect. Finally, this article will demonstrate that the Constitutional Court precedents concerning suspect categories and levels of scrutiny must be corrected, since its application in concrete cases will be problematic for lower level courts.

Keywords

Equal Protection of the Laws / Discrimination / Suspect Categories / Levels of Scrutiny / Antisubordination / Anticlassification.

1. Introducción

El derecho a la igualdad² constituye uno de los pilares de todo Estado constitucional, al imponer al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales

Recibido: 22/01/2018 – Aceptado: 26/04/2018

¹ Master en Derecho (LLM), University of Pennsylvania.

² Constitución de la República. “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.



se distribuyan equitativamente entre ellos (Bernal Pulido, 2002). De modo prácticamente universal, se ha aceptado que el respeto al derecho a la igualdad exige un mismo trato en circunstancias similares. A su vez, existe consenso en que ese respeto no impide un trato diferente ante situaciones que son fácticamente diferentes, siempre y cuando el criterio de distinción adoptado no resulte arbitrario (Giardelli, Toller y Cianciardo, 2008, p. 302).

Para decidir si una diferencia de trato está justificada objetiva y razonablemente y, por ende, está permitida por la Constitución o, por el contrario, no está justificada y por tanto es una discriminación prohibida por la Constitución, las cortes alrededor del mundo se han preocupado por formular exámenes o *tests* para analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas (Naranjo de la Cruz, 2010). Estos exámenes buscan incorporar ciertas pautas de análisis a las cuales se puede recurrir para evaluar si un trato diferente constituye una diferenciación razonable o una diferenciación arbitraria que vulnera el derecho constitucional a la igualdad (2008, p. 305).

El caso ecuatoriano no es la excepción. La Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia sobre la forma en que deben examinarse los casos en los que se realiza un trato diferenciado a las personas. Para ello, la Corte Constitucional se ha referido a los distintos niveles de escrutinio que deben guiar el examen judicial y, fundamentalmente, al análisis de las categorías sospechosas, cuya sola utilización hace presumir la inconstitucionalidad de la norma. No obstante, el desarrollo de la Corte Constitucional de la doctrina de las categorías sospechosas y su correspondiente análisis mediante el test de escrutinio estricto, no guarda relación con los fundamentos que la originaron.

2. Comentario a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre el derecho a la igualdad

En su temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional resaltó la importancia de establecer cuáles son los elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y aquella que no lo es. Para ello, la Corte formuló un juicio de igualdad a través del *test de razonabilidad*, compuesto por tres fases:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido (CC, 2012, Sentencia No. 245-12-SEP-CC).

En el año 2012, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que el Ing. Gonzalo Vargas Sanmartín solicitó que se reconozca su derecho a la extensión de una amnistía general conferida por la Asamblea Nacional Constituyente a favor del Ing. Carlos Simbaña. El accionante alegó que la resolución de amnistía, por su naturaleza es general y no aplicarla a su caso, pese a que se halla en idénticas circunstancias y condiciones para favorecerse de ella, constituiría una violación al derecho a la igualdad.

Aplicando el test de razonabilidad, la Corte Constitucional concluyó que la negativa de conceder amnistía al Ing. Gonzalo Vargas San Martín, a pesar de que existía una resolución dictada por la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de julio del 2008 que concedió amnistía al Ing. Carlos Simbaña, la cual a criterio de la Corte era amplia, general y favorecía a todas las personas que se hallaban en idénticas circunstancias y condiciones, constituyó una decisión discriminatoria, al estar desprovista de objetividad y razonabilidad (CC, 2012, Sentencia No. 245-12-SEP-CC).

Posteriormente, con la finalidad de determinar si la separación del puesto de trabajo de un empleado portador de VIH implicó un trato discriminatorio, la Corte Constitucional se refirió a la doctrina de las *categorías sospechosas*. Haciendo referencia al artículo 11 numeral 2 de la Constitución, la Corte Constitucional formuló las siguientes interrogantes: “¿Cuál es la pauta interpretativa que deben utilizar los jueces y tribunales cuando una de las partes invoca que mediante un acto o una disposición determinada se viola el principio de igualdad?, ¿cuáles son los criterios para considerar que un trato es discriminatorio? [...] ¿qué se entiende por categorías sospechosas?” (CC, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC).³

Al contestar estas preguntas, la Corte Constitucional señaló que el artículo 11 numeral 2 de la Constitución establece criterios por los cuales nadie podrá ser discriminado³ y que la inclusión de los criterios contenidos en dicha norma es lo que la doctrina ha denominado categorías sospechosas. Seguidamente, la Corte dijo lo siguiente:

Las categorías sospechosas son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc.

La calificación de una categoría como sospechosa no es una cuestión menor, desde que aquella deposita en aquel que realiza la distinción la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha denominado “calificación ocupacional de buena fe”, si la distinción se realizara en la actividad privada a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad

Así, las categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. (CC, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC)

El razonamiento de la Corte Constitucional indica que las categorías identificadas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución se consideran sospechosas. La Corte Constitucional formuló la siguiente proposición general:

En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria. Si

³ Constitución de la República. “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

la Constitución ha previsto el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66 numeral 4 de la CR), resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello implica.

Resulta claro para esta Corte, en primer lugar, que todas aquellas “distinciones” que se fundan en los criterios expuestos en la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, *prima facie* son inconstitucionales a menos que se demuestre lo contrario, dada la carga argumentativa y probatoria que implica justificar para quienes establecen un trato diferente que el mismo es razonable y proporcional; y en segundo lugar, sólo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio.

Así también, la Corte Constitucional se refirió en esta sentencia a los *tipos de escrutinio* desarrollados por las diferentes cortes y tribunales para aplicar en forma efectiva el juicio de igualdad y así verificar si un trato diferente es razonable y justificado⁴. La Corte indicó que, para justificar un trato diferenciado fundado en criterios sospechosos debe aplicarse un *escrutinio estricto*, según el cual, “un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario”, por lo que el trato diferenciado basado en categorías sospechosas, necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio⁵ (CC, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC).

Finalmente, en virtud de la competencia general establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, la Corte Constitucional estableció como regla jurisprudencial con efectos inter pares e inter comunis la siguiente:

ii. La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume *prima facie* como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva —razones válidas y suficientes— que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso.

Un par de años más tarde, la Corte Constitucional resolvió un caso en el cual una mujer fue cesada

4 Corte Constitucional. Sentencia No. 080-13-SEP-CC. “Las diferentes cortes y tribunales a nivel mundial han desarrollado criterios y razonamientos para aplicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación. Unas que ven en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad una medida idónea de argumentación y justificación; y otros que con diferentes matices, fundan su criterio en los denominados tipos de escrutinio, empezando por un escrutinio débil según el cual, para que un acto sea declarado constitucional basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las diferencias adoptadas no buscan discriminar sino favorecer, —es lo que se ha denominado *afirmativ action* (sic); y un escrutinio estricto que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual, un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado que se ha definido como categorías sospechosas necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio”.

5 Con base en estos y otros razonamientos, la Corte Constitucional resolvió en el caso concreto que la acción de personal adoptada por la Municipalidad de Samborondón, mediante la cual fue destituido el señor NN del cargo de abogado de Terrenos y Servicios Parroquiales, fundada en argumentos relativos al deterioro físico y psicológico en el desempeño de las actividades laborales —lo cual es propio de una persona enferma de SIDA— constituye un acto discriminatorio.

en sus funciones dentro del Cuerpo de Bomberos de Archidona. En este caso, la Corte incluyó al género como una categoría sospechosa y concluyó que la separación fue discriminatoria, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁶, y se refirió a la larga historia de discriminación de la mujer en el ámbito laboral generada por argumentos que pretendían justificar su exclusión de puestos de trabajo a fin de lograr una supuesta protección del “sexo femenino”. Igualmente, la Corte señaló que, con frecuencia, se ha utilizado el argumento de “debilidad física de la mujer” para impedirle el acceso a ocupaciones consideradas peligrosas, para remunerarle con salarios inferiores al hombre o para poner fin a su trabajo a causa de su maternidad. Posteriormente, señaló que:

[...] se entenderán como sospechosas las diferenciaciones basadas en elementos innatos a los sujetos, que no dependen de su voluntad y que hagan parte de su esencia como personas. Desde que el género no es un criterio que sea controlable por las personas, en principio cualquier distinción que se haga sobre esta base tendrá un elemento de injusticia inherente en su esencia. Lo anterior no significa que no puedan existir diferencias basadas en el género de las personas. Significa que una distinción en ese sentido tendrá sobre sí la necesidad de sobrepasar una presunción de inconstitucionalidad que deberá ser desvirtuada por quien tenga intereses en la utilización de dicha diferencia, demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente valioso y que tal diferenciación resulta un medio adecuado para conseguirlo⁷ (2016, Sentencia No. 292-16-SEP-CC).

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró a la *filicación* como una categoría sospechosa al momento de considerar derechos y beneficios en relación a hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (CC, 2017, Sentencia No. 057-17-SEP-CC), calificó a la *discapacidad* como categoría sospechosa en una decisión más reciente (CC 2018, Sentencia No. 004-18-SEP-CC) y en otras ocasiones verificó que no existió violación al derecho a la igualdad al no fundarse la diferenciación en categorías sospechosas (CC, 2016, Sentencia No. 003-16-SIA-CC; CC, 2017, Sentencia No. 038-17-SEP-CC).

En conclusión, para la Corte Constitucional todos los criterios de diferenciación contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución constituyen categorías sospechosas. Esto significa que cada vez que las normas realicen distinciones fundadas en criterios de etnia,

6 Corte Constitucional. Sentencia No. 292-16-SEP-CC. “Este escrutinio escrito aparece exigido al menos en tres tipos de situaciones: a) Cuando la diferencia de trato se debe expresamente a consideraciones relativas al sexo de los afectados, este tipo de situaciones, es ciertamente cada vez más reducido; difícilmente una norma o una actuación administrativa justificarán tratamiento desfavorable invocando abiertamente la pertenencia al sexo femenino [...] La jurisprudencia constitucional española ofrece algunos ejemplos de este tipo relativos al ingreso en las Fuerzas Armadas, o a profesionales de especial penosidad como la de ayudante de minero. b) Procede también, el escrutinio estricto cuando la diferencia de trato se hace derivar no inmediatamente del sexo, pero sí de circunstancias directa o inmediatamente relacionadas con el mismo... c) Más complejo es el supuesto en el que la diferencia de trato se debe a características que no aparecen forzosa e inmediatamente vinculadas al sexo, pero que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas con la pertenencia a uno u otro sexo (usualmente femenino). Nos encontramos así con casos de la denominada discriminación indirecta”.

7 Al resolver el caso concreto, la Corte Constitucional concluyó que la señorita Yessenia Paola Iza Pilataxi fue excluida de su trabajo sin que mediara un criterio objetivo que mostrara que ella no estaba en capacidad de realizar labores propias del Cuerpo de Bomberos. La Corte determinó que en el proceso no existe prueba que justifique que el Cuerpo de Bomberos de Archidona separó de la institución a la accionante por otro motivo que no sea un comportamiento discriminatorio y prejuicioso, carente de fundamentación objetiva y razonable.

lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, entre otras, se presumen arbitrarias e inconstitucionales, a menos que exista una argumentación fundamentada (CC, 2016, Sentencia No. 003-16-SIA-CC).

3. Tratamiento del derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

Al analizar la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, surgen preguntas naturales y obvias. Por ejemplo, si todos los criterios del artículo 11 numeral 2 de la Constitución constituyen categorías sospechosas, ¿cuáles son las categorías no sospechosas? ¿Cuáles son los criterios que permiten considerar a ciertas categorías como sospechosas y a otras no? Si todas las categorías contenidas en la norma son sospechosas y deben analizarse mediante escrutinio estricto, ¿qué categorías deben analizarse mediante escrutinio débil o intermedio? ¿Cómo puede presumirse la inconstitucionalidad de normas que realizan distinciones con fundamento en un catálogo tan amplio y diverso de categorías sospechosas?

Para resolver estas preguntas, resulta necesario referirnos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no sólo por haber sido citada por la Corte Constitucional, sino porque el origen del concepto de categorías sospechosas y el examen de escrutinio estricto, se originaron en dicho tribunal. Debido a la grave historia de discriminación que ha existido en los Estados Unidos desde su fundación y debido a la proclividad de la Corte a la elaboración de tests de constitucionalidad, la Corte Suprema ha desarrollado jurisprudencia muy importante en el análisis de casos que conciernen al derecho a la igualdad y no discriminación (Giardelli, Toller y Cianciardo, 2008, p. 305).

En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado niveles de escrutinios por medio del cual no todo tipo de diferenciación debe ser evaluada por el juez con el mismo criterio. Los niveles de escrutinio utilizados para determinar si una distinción es o no discriminatoria, son aplicaciones concretas del test de razonabilidad, y más específicamente, son los distintos niveles de intensidad en la aplicación de ese juicio de razonabilidad. En definitiva, los niveles de escrutinio se pueden entender como el “grado de desconfianza con que será evaluada la norma” o a los “buenos o malos ojos” con que el juez mirará la clasificación (2008, p. 308).

3.1. Los niveles de escrutinio utilizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos

La Corte Suprema de los Estados Unidos formuló el examen del escrutinio estricto en el caso *Bolling v. Sharpe*, por medio del cual, la utilización de un determinado criterio de diferenciación (como la raza) se presumirá inconstitucional a menos que “constituya un medio para alcanzar un interés estatal imperativo (del más alto orden) y se ajuste estrictamente para alcanzar dicho fin”. Sin embargo, los componentes del test de escrutinio estricto se desarrollaron significativamente en los casos de segregación de japoneses americanos durante la Segunda Guerra Mundial como *Hirabayashi v. United States* y *Korematsu v. United States* (Robinson y Robinson, 2005), y otros⁸.

El examen de *escrutinio de estricto* conlleva la presunción de inconstitucionalidad de la medida diferenciadora y, por lo tanto, impone al gobierno la carga de probar que los siguientes elementos se han cumplido:

- (i) El trato diferenciado debe estar justificado en un interés estatal imperativo (com-

⁸ *EU vs. San Francisco County Democratic Central Comm.*, 489 U.S. 144 (1989); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 214 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), entre muchos otros.

- elling state interest), que se refiere al grado máximo de trascendencia de un interés público, mas no a la urgencia o lo apremiante del interés.
- (ii) La medida debe ajustarse estrictamente (*narrowly tailored*) a cumplir dicho fin. Esto significa que la medida diferenciadora debe diseñarse a la medida, ya que si la acción gubernamental restringe otros aspectos (*overinclusive*) o no abarca los aspectos esenciales para cumplir el interés imperativo (*underinclusive*), no superará el test.
 - (iii) Finalmente, la medida debe ser el medio menos restrictivo disponible para alcanzar el fin estatal imperativo, es decir, no debe existir un medio menos restrictivo para alcanzar eficientemente dicho objetivo.

Para superar el *escrutinio intermedio*, el Estado debe demostrar que la medida diferenciadora “está justificada en un fin estatal importante y constituye un medio sustancialmente relacionado para alcanzar dicho fin” (Boren, 1976). Como su nombre indica, este es un examen menos riguroso, ya que requiere acreditar un fin importante y no trascendental, y la medida debe ser un medio que se ajuste sustancialmente y no estrictamente al fin pretendido. No se exige que el medio sea el menos restrictivo, aunque sí debe existir una justificación extremadamente persuasiva acerca de la eficacia de la medida para alcanzar el fin pretendido (United States v. Virginia, 1996).

Finalmente, en forma residual, la mayoría de clasificaciones se someten al *escrutinio débil o de mera racionalidad*. Este examen casi siempre se supera, ya que únicamente requiere que la medida diferenciadora “constituya un medio racionalmente relacionado para la consecución de un fin legítimo”. Para superar el test, basta que la medida diferenciadora pueda justificarse en un fin legítimo y constituya un medio que guarde una relación razonable con el fin pretendido. En este caso, la relación razonable entre medios y fines se presume, por lo que la persona que impugna la medida debe demostrar la falta de razonabilidad de la acción diferenciadora (Giardelli, Toller y Cianciardo, 2008, p. 313).

Una vez identificados los niveles de escrutinio, la pregunta fundamental es ¿cuándo una diferenciación merece ser analizada mediante escrutinio estricto, intermedio o de mera racionalidad? La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos identifica factores que influyen en la determinación del nivel de escrutinio a aplicar. Como se verá más adelante, el análisis para aplicar escrutinio estricto no se limita a la identificación de categorías sospechosas. La jurisprudencia estadounidense analiza las alegaciones de violación al derecho a la igualdad con base a dos principios distintos: el *principio de antisubordinación* y el *principio de anticlasificación*.

3.2. El principio de antisubordinación

En la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, considerada como una decisión paradigmática y un ícono del constitucionalismo liberal (Carter, 1982), la Corte Suprema resolvió que separar a niños en escuelas públicas distintas por la sola consideración de su raza, aun cuando las instalaciones de las escuelas y otros factores educativos sean equiparables, privó a los niños de raza negra de la protección igualitaria de las leyes garantizada por la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Brown v. Board of Education of Topeka, 1954).

En esta decisión la Corte Suprema *no* prohibió la clasificación racial ni consideró a la raza como una categoría sospechosa. En realidad, la Corte Suprema enfatizó que la violación a la decimocuarta enmienda se produjo porque al tener escuelas segregadas racialmente, se creó en los niños fuertes sentimientos de “inferioridad respecto a su estatus en la comunidad”. Es decir, la Corte

consideró que el derecho a la igualdad se vulneró porque la segregación racial marcó a los niños negros como seres inferiores y les privó de oportunidades educacionales (Brest et al., 2006, p. 957).

En este sentido, el principio de antisubordinación tiene por objeto prohibir prácticas que perpetúen el *estatus social inferior* de grupos de personas históricamente oprimidas (Siegel, 2004). Mientras el principio de anticlasificación prohíbe la utilización de categorías cuya sola utilización se presume ofensiva y denigrante, el principio de antisubordinación prohíbe la acción gubernamental que ayude a mantener o reforzar formas injustas de jerarquización social o subordinación social (2006, p. 963).

El principio de antisubordinación busca eliminar jerarquías, castas y patrones de opresión en una sociedad. Bajo esta perspectiva, el objetivo del derecho a la igualdad es combatir formas injustas de estratificación social, es decir, formas de desigualdad que emergen entre grupos con distintas identidades y particularidades. En este contexto, el principio de antisubordinación está diseñado para proteger a las personas y grupos sociales frente a la opresión, razón por la cual, la tarea de las cortes y tribunales es determinar las características para identificar grupos subordinados en la sociedad:

No hay una limitación de las características que pueden servir para distinguir el status de un grupo dentro de una jerarquía social. Pueden ser mutables o inmutables, físicas o ideológicas, relacionadas con el comportamiento o la apariencia. Las más familiares en los Estados Unidos están organizadas en relación a la raza, sexo, religión, estatus migratorio y etnia. Por el contrario, no todo trato o característica distintiva está relacionada a un grupo dentro de una jerarquía social. El número de características que pueden ser utilizados para distinguir seres humanos es ilimitado, pero la conformación de una jerarquía social es el resultado de una historia particular de estratificación y subordinación social. La pregunta no es si existen características que sirvan para diferenciar a las personas, sino si la sociedad se ha organizado como un sistema jerárquico y de subordinación basado en dichas características. El problema es la estratificación social basada en características, no la naturaleza de las características en sí misma (Balkin, 1997).

El principio de antisubordinación tiene una aplicación asimétrica que examina bajo escrutinio estricto las diferenciaciones efectuadas para oprimir a grupos subordinados, pero examina bajo escrutinio débil (mera racionalidad) las diferenciaciones que los benefician. Así, el escrutinio estricto procede únicamente cuando una minoría es oprimida por una ley; pero no cuando resulta beneficiada. Para ello, resulta necesario analizar el proceso político. Si la mayoría se está imponiendo cargas a sí misma, la norma se mirará con un menor grado de sospecha. Por el contrario, si la mayoría está estableciendo cargas a una minoría subordinada y sin representación significativa en el proceso político, la norma debe ser revisada bajo el estándar de escrutinio estricto.

En virtud de lo expuesto, la aplicación del escrutinio estricto no se activa con la sola invocación de categorías como la raza, género, edad, condición física, etc. En el pie de página 4 de la sentencia dictada en *United States v. Carolene Products Co.*, quizás el pie de página más importante en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez Stone señaló que la legislación dirigida a minorías discretas e insulares que no cuentan las protecciones normales en el proceso político, serían una excepción a la presunción de constitucionalidad y justificarían la utilización de un examen judicial más estricto (1932, *United States v. Carolene Products Co.*)⁹.

⁹ Pie de página 4. "Puede haber un margen más estrecho para que opere la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparece estar —prima facie— dentro de una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas [...]"

En *Frontiero v. Richardson*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el nivel de escrutinio debe ser mayor cuando las normas se dirijan contra un grupo que (i) ha sido víctima de una larga historia discriminación, (ii) actualmente enfrentan escenarios de discriminación, (iii) se les diferencia en base a características inmutables y no elegidas, (iv) dichas características no tienen relación con el mérito o la capacidad de los individuos para contribuir o aportar en la sociedad, y (v) el grupo carece de capacidad de autoprotección en el proceso político (1973, *Frontiero v. Richardson*).

En tal virtud, resulta evidente que las diferenciaciones realizadas con base en la raza no pueden ser analizadas bajo el mismo estándar que las diferenciaciones por sexo, y éstas tampoco pueden equiparse a las diferenciaciones con base en la edad, discapacidad física, pasado judicial, entre otros. Por ejemplo, en la historia de los Estados Unidos las personas de raza negra fueron tratadas con desdén, violencia y sometidas a esclavitud, considerándolos como seres de categoría inferior. La herramienta para marcar a las personas de raza negra como un grupo social inferior fue la separación física, la exclusión y la degradación (Brest et al., 2006, p. 1206).

No sucede lo mismo cuando se diferencia a las personas con base en su sexo. Las mujeres siempre han vivido con hombres como madres esposas y hermanas. La opresión en base al género tiene otra lógica ya que no se basa en separación o degradación, sino en la subordinación y la perpetración de roles sociales. El principio de antilibordinación busca combatir la opresión histórica que han recibido las mujeres al ser relegadas al rol de amas de casa, limitando su ingreso a puestos de trabajo, impidiendo su acceso a la educación y relegándolas a un rol secundario en la sociedad, por lo cual su análisis tiene otros matices. (Brest et al., 2006, p. 1206).

Analizar la subordinación por razones de sexo, bajo la óptica del análisis de raza, nos llevará a perder las formas distintivas en que opera la desigualdad por sexo. En el caso de sexo, la historia de discriminación en contra de las mujeres emana de una sobre protección por considerarlas frágiles y débiles. Se restringió el acceso de mujeres a particulares posiciones y ocupaciones, creando una inferioridad de status. Sin embargo, existen verdaderas diferencias biológicas objetivas entre hombres y mujeres, como por ejemplo la capacidad reproductiva, que justifican un trato diferenciado o lo hacen necesario para garantizar un tratamiento igualitario (Law, 1984, p. 965).

Por tales razones, la jurisprudencia de los Estados Unidos relacionada a la decimocuarta enmienda¹⁰ somete a escrutinio estricto únicamente a las diferenciaciones de raza¹¹, origen nacional¹² y extranjería¹³, pero examina bajo escrutinio intermedio diferenciaciones de sexo¹⁴, ilegitimidad y orientación sexual¹⁵. Finalmente, la jurisprudencia americana aplica el escrutinio de mera racionalidad cuando se hacen distinciones en base al resto de criterios como edad, discapacidad física, afiliación política, pasado judicial, etc. El análisis de la edad es particularmente ejemplificativo.

No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos que ordinariamente se espera que den lugar a la derogación de legislación indeseable, deben someterse a un escrutinio judicial más riguroso bajo las prohibiciones generales de la Decimocuarta Enmienda [...] Tampoco es necesario que analicemos [...] si los prejuicios contra las minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende a restringir seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos de los que normalmente se depende para proteger a las minorías, y que pueden requerir una investigación judicial más exhaustiva⁷.

10 La diferenciación por motivos de religión también se examina bajo escrutinio estricto, pero a la luz del análisis de las cláusulas de libre ejercicio religioso y establecimiento de la primera enmienda.

11 Ver *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

12 Ver *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

13 Ver *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), únicamente para efectos de leyes estatales.

14 Ver *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)

15 Ver *Windsor v. United States*, No. 12-2335 (2d Cir. 2012). La Corte Suprema ratificó el fallo dictado por el Segundo circuito pero no se pronunció sobre la aplicación del escrutinio intermedio empleado.

La Corte Suprema determinó que la diferenciación en base a la edad no es tan problemática como el análisis de raza o sexo, puesto que las personas de la tercera edad no han experimentado una similar historia discriminación. Además, dichas personas actualmente no reciben un tratamiento desigual que les perjudique; sino que, por el contrario, existen varias leyes que los amparan y protegen. Este grupo tampoco ha sido objeto de estereotipos que denoten inferioridad de manera injustificada. En contraste, el tratamiento diferenciado se justifica en las verdaderas aptitudes físicas que los diferencian de las personas de edad menor

Por otro lado, la función legislativa se ha mostrado sumamente protectora de las personas de la tercera edad, velando por sus intereses y expidiendo normas que los favorecen. Las personas de la tercera edad no son minorías políticas (toda persona llegará a la tercera edad y por ende buscará auto protegerse), razón por la cual, en caso de existir tratamientos que los perjudiquen, tienen amplio poder legislativo para revertir dicha situación. Resulta indiscutible que las personas de la tercera edad tienen una importante representación política que no justifica el mismo grado de protección que la Corte otorga a las minorías (1976, *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*).

Finalmente, aplicar escrutinio estricto a una diferenciación por edad haría imposible la tarea del legislador. Si no se pudieran hacer distinciones en base a la edad, sería imposible establecer límites de edad para conducir, para comprar bebidas alcohólicas, o realizar actos jurídicos. En virtud de lo expuesto, establecer tratos diferenciados en base a la edad, discapacidad física, pasado judicial, entre otras, no puede ser equiparada a distinciones odiosas como la raza, menos aún someterse a escrutinio estricto.

3.3. El principio de anticlassificación

El principio de anticlassificación prohíbe diferenciar o catalogar a personas, ya sea de manera abierta o encubierta, en base una categoría prohibida (Balkin y Siegel, 2003, p. 10). Este principio considera que la sola utilización de una categoría prohibida como la raza, es ofensiva a la dignidad humana y, por tanto, debe ser analizada bajo escrutinio estricto. El principio de anticlassificación es simétrico, en virtud de que la utilización de una categoría sospechosa, independiente de que sea utilizada para perjudicar o beneficiar a una persona, será sometida a escrutinio estricto y se presumirá su inconstitucionalidad.

El principio de anticlassificación tiene como objetivo evitar la utilización de categorías nocivas y ofensivas, ya que considera que la ley es cómplice de la desigualdad por el solo hecho de utilizar dichas clasificaciones (Brest et al., 2006, p. 966). En tal virtud, una norma que restringe derechos u otorga beneficios a personas por la sola consideración de su raza, resulta arbitraria e inconstitucional. En palabras del presidente de la Corte Suprema, John Roberts, “la única manera de parar la discriminación en base a la raza es dejar de diferenciar a las personas en base a la raza” (2007, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*).

Este principio se fundamenta en la premisa contenida en el voto salvado del juez Harlan en el nefasto caso *Plessy v. Ferguson* (1896)¹⁶ de que “la Constitución no conoce colores”. La idea es que la ley no debe ver colores al momento de restringir derechos o conceder beneficios, ya que todas las personas tienen la misma posición frente a la ley. De ahí que resulta injusto considerar a la raza como un factor para conceder o denegar privilegios. Desde que la Corte Suprema dictó sentencia en *Korematsu v. United States* en el año 1944, prácticamente no ha sostenido la constitucionalidad de normas que utilicen la raza como un criterio de diferenciación¹⁷.

16 La Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de segregar en vagones de tren diferentes a personas de raza negra y blanca, bajo la doctrina separados pero iguales.

17 Salvo en los contados casos de acción afirmativa dictados en el contexto de admisión universitaria. Ver *Gratz v. Bollinger* y

En *Loving v. Virginia*, considerado el origen moderno de la aplicación del escrutinio estricto para la clasificación en base a la raza bajo la decimocuarta enmienda, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía el matrimonio interracial. La Corte estableció que diferenciar a personas en base a la raza es inaceptable, en primer lugar, porque es una característica inmutable que no es escogida por el individuo. La persona no escoge su raza al nacer y, por tanto, negarle derechos en base a ella es ilegítimo. En segundo lugar, la raza de una persona no dice nada acerca del mérito o capacidad de una persona para contribuir a la sociedad (*Loving v. Virginia*, 1967).

Adicionalmente, el distinguir a personas por su raza crea división en la sociedad y exacerba las tensiones entre los grupos sociales. Los sentimientos de las personas en una sociedad se inflaman cuando se les deniega privilegios a unos y se les concede beneficios a otros, sólo en consideración a su raza. Piénsese en una persona de raza blanca que tiene los méritos necesarios para ser admitido a una universidad u ocupar un cargo público, pero no lo hace debido a que la ley favorece a una persona de raza negra que no tiene los méritos necesarios. Ya sea el otorgar o el denegar beneficios en base a dicho criterio crea resentimiento y odio entre los grupos sociales, aumentando la tensión y el conflicto. El voto salvado del juez Thomas, magistrado de raza negra, ejemplifica lo expuesto:

Creo que lo que subyace bajo la decisión de la Corte hoy son las nociones sombrías de que uno puede determinar cuando la discriminación racial beneficia (en lugar de perjudicar) a los grupos minoritarios [...] y que la discriminación racial es necesaria para remediar los males generales que existen en la sociedad. Los precedentes de esta Corte supuestamente solucionaron ambas cuestiones, pero claramente la mayoría todavía no puede comprometerse con el principio de que las clasificaciones raciales son *per se* dañinas y que ninguna consideración, sin importar lo beneficioso que pueda parecer para el juzgador, puede justificar tales clasificaciones [...] Más allá del daño que la discriminación racial de la Facultad de Derecho causa sobre sus sujetos¹⁸, ninguna ciencia social ha refutado la idea de que esta discriminación ‘engendre actitudes de superioridad o, alternativamente, provoque resentimiento entre quienes creen que han sido agraviados por la utilización de la raza por parte del gobierno[...].’ Estos programas sellan a las minorías con una insignia de inferioridad y pueden hacer que desarrollen dependencias o adopten la actitud de que tienen “derecho” a las preferencias [...] No se cuestiona que cada año la facultad de derecho admite un puñado de personas de raza negra que serían admitidas en ausencia de discriminación racial [...] ¿Quién puede diferenciar entre los que pertenecen y los que no? La mayoría de personas de raza negra son admitidos en la facultad debido a la discriminación, y debido a esta política, todos son marcados como como no merecedores. Este problema de estigma no depende de si las personas son los ‘beneficiarios’ de la discriminación racial. Cuando las personas de raza negra toman posiciones en los lugares más altos del gobierno, la industria o la academia, ahora se cuestiona abiertamente si el color de su piel jugó un papel en su avance. La pregunta en sí misma es el estigma, porque si la discriminación racial jugó un papel, la persona puede considerarse ‘no calificada’, y si no lo hizo, la misma

Grutter v. Bollinger.

18 En este caso la Corte Suprema aplicó escrutinio estricto pero ratificó la constitucionalidad de la política de admisión de la facultad de derecho de la Universidad de Michigan que consideraba a la raza como un factor predominante de admisión, entre otros que debían analizarse individualmente para cada aplicante, y que no llegaba al punto de constituir un inconstitucional sistema de admisión por cuotas.

pregunta marca injustamente a quienes tendrían éxito sin discriminación (2003, *Grutter v. Bollinger*).

Como se puede apreciar, la utilización de la raza se considera en sí misma una categoría nociva, denigrante y divisiva en la sociedad, y que encierra, por lo que la Corte Suprema la ha considerado una categoría sospechosa. Al contrario, la clasificación en base a la edad, por ejemplo, es menos problemática y no merece escrutinio estricto. Si bien la edad de una persona no puede ser escogida o modificada, es inmutable, ya que todas las personas en algún punto llegaremos a determinada edad. Por otro lado, la edad sí puede llegar a determinar el mérito o la capacidad de una persona para contribuir a la sociedad.

Por tal razón, las personas menores a 18 años no pueden votar, no pueden manejar y la ley les considera incapaces relativos. Asimismo, la práctica de determinadas actividades profesionales se prohíbe al llegar a determinada edad, se prevé la prisión domiciliaria para personas de la tercera edad, se les confiere exenciones, privilegios, etc. Finalmente, el clasificar a personas en base a la edad no es nocivo ni crea divisiones dañinas en la sociedad. Puede considerarse ofensivo que la ley regule determinadas situaciones solamente porque una persona es blanca, negra o mestiza, pero no que la ley diferencie entre niños, adultos, discapacitados o personas de la tercera edad.

En definitiva, la Corte Suprema de los Estados Unidos únicamente considera como categorías sospechosas a la raza, origen nacional y extranjería, y las somete a escrutinio estricto. Por el contrario, clasificaciones como edad, discapacidad física, pasado judicial, entre otras, merecen únicamente el análisis de mera racionalidad. Esto responde a que la “experiencia y el sentido de justicia demuestran” que prácticamente nunca la raza puede ser utilizada constitucionalmente como un factor de diferenciación, “mientras que, por el contrario, la edad puede —y debe— ser tenida en cuenta para realizar distingos al momento de legislar” (Giardelli, Toller y Cianciardo, 2008, pp. 328-329).

4. Conclusiones

Como se puede apreciar, existen profundas diferencias entre la utilización del concepto de categorías sospechosas por parte de la Corte Constitucional y las premisas que justificaron su utilización en la jurisprudencia estadounidense. En primer lugar, no es adecuado afirmar que todas las categorías contenidas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución pueden ser sospechosas. En realidad, la utilización de categoría sospechosa, según la jurisprudencia americana que originó el concepto, se reserva para pocas categorías, tales como la raza o el origen nacional, cuya sola invocación presupone un ánimo impermissible, discriminatorio (Stone et al., 2009).

En segundo lugar, la doctrina de las categorías sospechosas se aplica simétricamente, es decir, la utilización de una categoría sospechosa es inconstitucional, tanto si se la invoca para quitar como para otorgar beneficios a las personas. En este sentido, si la Corte Constitucional pretende aplicar estrictamente la doctrina en el Ecuador, tendría que presumir inconstitucionales también las acciones afirmativas previstas en el último inciso del artículo 11 numeral 2 de la Constitución¹⁹, ya que se estarían confiriendo ventajas, beneficios o privilegios a personas con fundamento en categorías sospechosas, cuya utilización es constitucionalmente cuestionable.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional debe cambiar el enfoque de su jurisprudencia hacia el principio de antisubordinación que se aplica asimétricamente, por un lado, otorgando escrutinio estricto a las medidas que perjudican a las minorías y, por otro, escrutinio débil

¹⁹ “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

o de mera racionalidad a las medidas que les confieren privilegios o beneficios. Así, la Corte deberá valorar si existen los elementos suficientes para considerar que un grupo de personas está sometido a patrones de subordinación que justifiquen la aplicación de un escrutinio estricto para analizar las medidas que los perjudiquen y, al mismo tiempo, la Corte Constitucional pueda aplicar un escrutinio menos rígido para valorar la constitucionalidad de las medidas que beneficien a dichos grupos.

En tercer lugar, si la Corte Constitucional insiste en catalogar a todas las categorías contenidas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución como sospechosas, el escrutinio estricto sería la regla general y se aplicaría en todos los casos, sometiendo a las normas constantemente a un examen que debería ser sumamente difícil de satisfacer²⁰. Esto haría prácticamente imposible la tarea del legislador, ya que para regular la sociedad las normas necesariamente deben referirse a criterios como la edad, estado civil, idioma, filiación política, pasado judicial, diferencia física, entre otras, los cuales se presumirán inconstitucionales, sin que dicha presunción sea justificada.

En cuarto lugar, es necesario un análisis más profundo de los matices que conllevan los distintos criterios de diferenciación. Desconocer las diferencias y particularidades de cada categoría, nos hace perder de vista la problemática que enfrenta cada grupo social. A su vez, considerar irreflexivamente a todas las categorías como sospechosas, da paso para que se presuma la inconstitucionalidad de normas que utilizan dichas categorías en forma razonable y objetiva, como, por ejemplo, la norma de tránsito que prohíbe la emisión de licencias de conducir en base a la discapacidad física (visual) de una persona, la cual busca precautelar la seguridad y vida de conductores y transeúntes. Está claro que la invocación de categorías como la discapacidad física, edad, pasado judicial, entre otras, no pueden activar automáticamente una presunción de inconstitucionalidad.

Finalmente, si la Corte Constitucional persiste en aplicar la doctrina de las categorías sospechosas y someterlas a un escrutinio estricto, debe definir claramente cuál es el estándar del escrutinio estricto²¹. Si el objetivo es someter la utilización de categorías a un análisis riguroso, el test no puede satisfacerse tan sólo “demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente *valioso* y que tal diferenciación resulta un medio *adecuado* para conseguirlo,” ni tampoco dando “*razones válidas* que justifiquen ... que no se trata de una [medida] que se funda en un criterio sospechoso”. Esta formulación tan débil del escrutinio estricto no será útil, ya que, en la forma en que ha sido diseñado por la Corte Constitucional, el test puede ser superado sin mayor dificultad. Por tanto, la Corte deberá desarrollar los criterios de un examen más exigente e ilustrar a los operadores de justicia sobre los estándares requeridos para superar el test.

Referencias bibliográficas

- Balkin, J. M. (1997). The Constitution of Status. *Yale Law Journal*, 106, 2313-2374.
Balkin, J. M. y Siegel, R. B. (2003). The American Civil Rights Tradition: Anticlassification

20 Gerald Gunther (1972) señaló que el escrutinio estricto es “estricto en teoría pero fatal en los hechos”, dando a entender que el escrutinio estricto es una regla inflexible que invalida todas o casi todas las normas en que se aplica.

21 En la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, por ejemplo, se formulan simultáneamente tres estándares distintos e incompatibles para satisfacer el *escrutinio estricto*: (i) “[...] sólo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio [...] (ii) [...] un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario [...] (iii) [...] demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente valioso y que tal diferenciación resulta un medio adecuado para conseguirlo”.

- or Antisubordination? *University of Miami Law Review*, 58(9), 9-33. <https://doi.org/10.2139/ssrn.380800>
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Brest, P. et al. (2006). *Processes of Constitutional Decisionmaking* (5th ed.). New York: Aspen Publishers, Inc.
- Carter, S. L. (1982). The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, 91(7), 1287-1316. <https://doi.org/10.2307/795956>
- Ellsworth, P. C. (2005). *Legal Reasoning*. Michigan: University of Michigan Law School Scholarship Repository.
- Giardelli, L., Toller, F. y Cianciardo, J. (2008). Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismos entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea. *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo IV (pp. 301-343). México: Marcial Pons.
- Gunther, G. (1972). In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court, A Model for a Newer Equal Protection, *Harvard Law Review*, 86, 1-48.
- Law, S. (1984). *Rethinking Sex and the Constitution*. University of Pennsylvania Law Review, 132, 955-1040.
- Naranjo de la Cruz, R. (2010). *El sistema de derechos constitucionales y sus garantías*, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Robinson, G. y Robinson, T. (2005). Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny. *Law and Contemporary Problems*, 68, 29-56.

Sentencias

- Corte Suprema de los Estados Unidos (1938). *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144.
- (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483
- (1967). *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1967).
- (1973). *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677.
- (1976). *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307
- (1976). *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190.
- (2003). *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244.
- (2003). *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306.
- (2007). *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701
- Corte Constitucional del Ecuador (2010). Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 0999-09-JP. 22 de diciembre de 2010.
- (2012). Sentencia No. 245-12-SEP-CC, 0789-09-EP. 24 de julio de 2012.
- (2013). Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 0445-11-EP. 9 de Octubre de 2013.
- (2016). Sentencia No. 003-16-SIA-CC, 0002-13-IA, 0003-13-IA y 0007-13-IA Acumulados (Corte Constitucional del Ecuador. 12 de Octubre de 2016.
- (2016). Sentencia No. 292-16-SEP-CC, 0734-13-EP. 7 de Septiembre de 2016.
- (2017). Sentencia No. 038-17-SEP-CC, 1737-12-EP. 15 de Febrero de 2017.
- (2017). Sentencia No. 057-17-SEP-CC, 1557-12-EP. Corte Constitucional del Ecuador. 8 de Marzo de 2017.

— (2018). Sentencia No. 004-18-SEP-CC, 0664-14-EP .3 de Enero de 2018).

Resoluciones y opiniones consultivas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84, OC-4/84. 19 de Enero de 1984.

Iuris Dictio.

Revista de Derecho

Nº 21, JUN. 2018
ISSN: 1390-6402

Miscelánea

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.

USFQ

La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos

The application of the Principle of Subsidiarity in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: progresses and challenges

GEORGINA VARGAS VERA¹

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México

Resumen

Históricamente, el principio de subsidiariedad ha servido como un mecanismo de ponderación de valores y derechos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido sentencias aplicando el principio de subsidiariedad, muchas veces sin una precisión adecuada. Cabe recalcar que, en la reciente jurisprudencia, se han podido observar ciertos avances en la materia, aunque no los suficientes. Este artículo analizará en un primer momento el principio de subsidiariedad y su entendimiento por parte de la Corte IDH; posteriormente señalará la relación del principio de subsidiariedad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y después estudiará la aplicación de dicho principio en algunas sentencias recientes de la Corte IDH. Se concluirá resaltando la buena práctica que resulta de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad por parte de la Corte IDH, y los retos futuros que esta puede enfrentar. Siempre en aras de ampliar su desarrollo en la jurisprudencia interamericana.

Palabras clave

Aplicación del principio de subsidiariedad / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Convención Interamericana sobre Derechos Humanos / Derecho internacional de los derechos humanos / Correcta aplicación del principio / Retos futuros.

Summary

Historically, the principle of subsidiarity has served as a mechanism for weighing values and rights protected by international human rights law (IHRL). The Inter-American Court of Human Rights has issued rulings applying the principle of subsidiarity, often without an adequate precision. It should be noted that in the recent jurisprudence, certain advances have been observed, but not enough, in the matter. This article will analyze, at first, the principle of subsidiarity and its understanding by the Inter-American Court; subsequently, it will indicate the relationship of the principle of subsidiarity with Article 2 of the American Convention on Human Rights (ACHR); Afterwards, it will study the application of the mentioned principle in some recent statements of the Inter-American Court. It concludes by highlighting the good practice that results from the correct application of the principle of subsidiarity by the Inter-American Court, and the future challenges it may face. Always in order to expand its development in the inter-American jurisprudence.

Recibido: 15/08/2018 – Aceptado: 27/04/2018

1 Subdirectora de área en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Anteriormente fue abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y trabajó en diversas organizaciones de la sociedad civil en México. Es abogada por la Universidad Iberoamericana (México) y maestra en derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos de América).



Keywords

Application of the principle of subsidiarity / Inter-American Court of Human Rights / Inter-American Convention on Human Rights / International Law of Human Rights / Correct application of the principle / Future challenges.

1. El Principio de Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad puede ser entendido como el principio con base en el cual cada grupo social y político debe ayudar a grupos más locales o pequeños a alcanzar sus respectivos fines, sin que se atribuya esas tareas a sí mismo (Carozza, 2003).

En relación con el DIDH y su interacción con el principio de subsidiariedad, Paolo Carozza explica que existe una tensión inherente entre la afirmación de una visión sustantiva universal de la dignidad humana, y el respeto a la diversidad y la libertad de las culturas. De acuerdo con Carozza, aunque la comprensión y la defensa de los derechos humanos en el derecho internacional requieren que nos enfrentemos a esa tensión, las nociones clásicas de soberanía estatal (monismo o dualismo) no pueden hacerse cargo del problema que implica resolverlo. El principio de subsidiariedad, en cambio, nos da una herramienta conceptual para mediar la polaridad del pluralismo y el bien común en un mundo globalizado, el cual ayuda a darle sentido al derecho internacional de los derechos humanos (Carozza, 2003).

La formulación general del principio de subsidiariedad es relativamente sencilla: la subsidiariedad requiere que a las comunidades locales se les permita proteger y respetar la dignidad humana siempre que puedan lograr estos fines por sí mismos. En la medida en que los organismos locales no puedan lograr sus fines respecto a derechos humanos, las comunidades más grandes de la sociedad internacional tienen la responsabilidad de intervenir. En la medida de lo posible, el *subsidio* de la comunidad más grande debe estar orientado a ayudar a la menor, a alcanzar su objetivo sin suplantar o usurpar la libertad de esta última, para perseguir sus propios fines legítimos (Carozza, 2003).

La noción de subsidiariedad (referida indistintamente como complementariedad) puede verse plasmada en el preámbulo de la CADH, donde se reconoce que,

los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican *una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos* (Preámbulo CADH, 1969; énfasis añadido).

Asimismo, la naturaleza coadyuvante y complementaria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha sido reconocida por la Corte IDH. Esta indica que la responsabilidad estatal bajo la CADH sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que los Estados hayan tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que orienta transversalmente el SIDH, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la CADH, coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. El Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar. Esto, antes de tener que responder ante instancias internacionales como

el SIDH, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos (Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, 2006, párr. 66; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*, 2015, párr.159; *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 128).

La Corte IDH ha señalado que el referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la CADH, no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 137; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*, 2015, párr. 159; *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 128).

Vale la pena destacar que la Corte IDH ha utilizado el concepto de complementariedad, que aparece en el preámbulo de la CADH, como un sinónimo de la subsidiariedad; ambos conceptos han sido empleados por el Tribunal en sus sentencias de manera indistinta, señalando en un principio la subsidiariedad (*Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia*), para posteriormente indicar, entre paréntesis, la naturaleza subsidiaria del SIDH (*Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*), y en casos más recientes señalar directamente la noción de complementariedad (*Caso Duque Vs. Colombia*).

2. El Principio de Subsidiariedad en relación con el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Puede considerarse que el artículo 1.1 de la CADH se refiere a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y las libertades (obligaciones de aplicación “directa” y cuyo incumplimiento genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado); mientras que el artículo 2 agrega el compromiso, de ser el caso, en el que los derechos y las libertades no estuvieren ya garantizados por el derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias (Ferrer, E., Pelayo, C., 2014, pp. 69-98).

El artículo 2 de la CADH establece lo siguiente:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (CADH, 1969).

El contenido del artículo 2 podría ser interpretado sobre las bases del dualismo o del monismo. Una aproximación dualista, llevaría a concluir que su naturaleza es la de una norma programática, pues los Estados gozan de una libertad absoluta para determinar las medidas legislativas, o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la CADH. Una interpretación monista, llevaría a concluir que la CADH es suprema al derecho nacional en virtud de dicho artículo, por lo que la incompatibilidad entre una norma nacional y una convencional, derivaría en la invalidez inmediata de la norma nacional. Sin embargo, es posible determinar que el artículo 2 tiene más sentido cuando se interpreta a la luz del principio de subsidiariedad. Desde esta óptica, la obligación de los Estados de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter” (CADH, 1969) implica reconocer la primacía de las instituciones estatales, para definir el tipo de medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos humanos en el ámbito nacional, pero también permite concluir que el Estado compromete su responsa-

bilidad internacional, cuando su derecho o prácticas internas son manifiestamente contrarias al contenido sustantivo de un derecho humano (González, P., 2017, pp. 717-748).

Analizando el contenido del artículo 2 y las posibles interpretaciones del mismo, la Corte IDH ha indicado que el deber general del artículo 2 de la CADH, implica la adopción de medidas en dos vertientes. La Corte IDH ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 2006, párr. 172, y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 2001, párr. 85).

De acuerdo con la Corte IDH, la CADH establece en su artículo 2 la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados (Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 2006, párr. 171, y *Caso “Cinco Pensionistas”*, 2003, párr. 164), lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effét utile*) (Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 2006, párr. 171, y *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, 2004, párr. 205). Esto implica que la adecuación de la normativa nacional con la CADH permite que dicha normativa sea efectiva o útil, es decir que la protección y garantía de los derechos humanos efectivamente sean asegurados mediante estas normas.

Además, la Corte IDH ha señalado que el artículo 2 de la CADH no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, evidentemente por depender ello, del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta (Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 2006, párr. 172, y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 2001, párr. 85).

Cabe resaltar que el Tribunal Interamericano ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la CADH se mantenga en el ordenamiento jurídico (Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 2001, párrs. 87-90) y, por ende, se satisface con la modificación (Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, 2002, párr. 113), la derogación, o de algún modo anulación (Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, 2005, párrs. 91, 93 y 94), o la reforma (Corte IDH. *Caso Almonacid Arrellano y otros Vs. Chile*, 2006, Párr. 118, y *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, 2005, Párr. 87) de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda (Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 2006, párr. 172).

En relación con la segunda obligación, la Corte IDH analiza que los Estados hayan desarrollado prácticas y expedido recursos que permitan el respeto y el goce de los derechos contenidos en la CADH. En ese sentido, la Corte IDH ha conocido casos relacionados con la creación de recursos adecuados para la protección de derechos (Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, 2015), y con la instauración de mecanismos y prácticas por parte de agentes estatales para garantizar los derechos de las personas (Corte IDH. *Caso Velásquez Paíz y otros Vs. Guatemala*, 2015). La creación de recursos adecuados ha permitido garantizar, entre otros, derechos a las garantías judiciales, derecho a la propiedad, derecho a la no discriminación, derecho a la protección de la integridad personal, entre otros.

El derecho internacional establece límites estrictos a la conducta de los Estados en aquellas cuestiones que constituyen una violación a la dignidad humana en cualquier circunstancia. No obstante, existe un importante margen de libertad para los Estados en la interpretación de aquellos derechos que tienen una dimensión política o social. Por ejemplo,

la jurisprudencia del SIDH, establece una estricta regulación a los Estados en lo que respecta al derecho a la integridad personal, pues prohíbe el sometimiento de una persona a tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes. No permite ninguna limitación ni suspensión de este derecho, y ha desarrollado a detalle su contenido. Mas no se puede decir lo mismo, por ejemplo, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, cuyos términos son mucho más abiertos a la interpretación: se admiten limitaciones y suspensiones en cumplimiento de las condiciones establecidas por la propia CADH (González, P., 2017, pp. 717-748).

El desarrollo del contenido del artículo 2 de la CADH, a la luz del principio de subsidiariedad, permitiría entender que, en el caso de que los Estados no garanticen a nivel interno los derechos contenidos en el artículo 1 de la CADH, tendrán que tomar medidas para hacerlo. Es decir, contempla la obligación de que los Estados garanticen y hagan efectivos los derechos y las libertades de sus habitantes. De no ser así, el SIDH, de forma complementaria, podrá determinar la responsabilidad del Estado y la necesidad de tomar medidas para reparar los derechos violados.

El principio de subsidiariedad justifica que la CADH establezca límites objetivos en relación con las normas y prácticas que los Estados deben adoptar para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Así, permite concluir que la libertad reconocida por el artículo 2 no es un “cheque en blanco” para que los Estados adopten cualquier medida de derecho interno para garantizar la efectividad de la CADH, o para que no adopten ninguna medida para producir ese resultado. Sino que evita la posición monista que supone la invalidez inmediata de las normas o prácticas nacionales que sean contrarias a los estándares internacionales en la materia, al establecer un límite a las instituciones internacionales para pronunciarse sobre la existencia de normas no convencionales. La subsidiariedad reconoce que el Estado debe conducir sus acciones conforme a los estándares definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, al mismo tiempo que este goza de libertad para especificar cuál es la mejor manera de incorporar esos estándares de conformidad con su derecho procesal interno, sus principios y valores constitucionales. Asimismo, de definir los aspectos periféricos del contenido sustantivo de los derechos humanos de fuente internacional (González, P., 2017, pp. 717-748).

Se analizarán, específicamente, algunas sentencias recientes de la Corte IDH en las que se haya empleado el principio de subsidiariedad, con relación a la supresión de normas que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH, y a la expedición de normas o prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

3. Aplicación del Principio de Subsidiariedad en las Sentencias de la Corte Interamericana De Derechos Humanos

Como ya se mencionó, la Corte IDH ha reconocido la naturaleza complementaria del SIDH. Derivado de eso, la Corte IDH, ha aplicado el principio de subsidiariedad en algunas de sus sentencias, reconociendo las modificaciones legislativas de los Estados, cuando estos han dado cumplimiento a la obligación de adoptar disposiciones a nivel interno que deriva del artículo 2 de la CADH.

A continuación, se hará un análisis de tres sentencias recientes del Tribunal Interamericano para estudiar la forma en la que se ha aplicado el principio de subsidiariedad en la determinación de responsabilidad estatal por la violación del artículo 2.

En el caso *Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, la Corte IDH debía analizar la responsabilidad internacional del Estado con respecto a la muerte de Zulema Tarazona Arrieta y Norma Pérez Chávez, y las lesiones causadas a Luis Bejarano Laura, como consecuencia de un disparo por parte

de un miembro del Ejército, contra un vehículo de transporte público en el que se encontraban las referidas víctimas. La Corte IDH resaltó que la víctima sobreviviente y los familiares de las personas fallecidas habían sido reparadas a nivel interno (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 135).

Tomando eso en consideración, la Corte IDH recordó que el SIDH parte de una instancia nacional, la cual consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades a nivel interno previstos en la CADH, así como de sancionar las infracciones que se cometieren. Si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la CADH prevé una instancia internacional en la que los órganos principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH. Además, la Corte IDH señaló que cuando una cuestión ya ha sido resuelta definitivamente en el orden interno, según las cláusulas de la CADH, no es necesario traerla a la Corte IDH para su aprobación o confirmación (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 136).

La Corte IDH reiteró que la responsabilidad estatal bajo la CADH sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y, de haber podido reparar el daño ocasionado, por sus propios medios. Resaltando que este entendimiento se asienta en el principio de complementariedad (o subsidiariedad), que informa transversalmente el SIDH, también expresado en el Preámbulo de la misma CADH; coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de cada uno de los Estados americanos. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas. De manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, repararlo. Esto, antes de responder ante instancias internacionales como el SIDH, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de derechos humanos (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 137).

En el caso Tarazona, la Corte IDH resaltó que la petición inicial del caso había sido presentada ante la CIDH el 22 de enero de 1996, aproximadamente cuatro meses después del archivo del caso por parte del Juzgado Penal, cuando el Estado aún no había procesado penalmente al responsable de los hechos, ni tampoco reparado a las presuntas víctimas. El 3 de junio de 2013, la CIDH sometió el caso a conocimiento de la Corte IDH; período de más de 17 años a partir de la presentación de la petición inicial (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, párr. 138).

La Corte IDH enfatizó que, en el referido período de tiempo, durante el cual el caso estuvo en conocimiento de la CIDH, el proceso penal a nivel interno fue desarchivado, los hechos investigados, el responsable juzgado y condenado, y las presuntas víctimas reparadas por las autoridades peruanas. La CIDH, en su escrito para someter el caso ante la Corte IDH, reconoció que lo anterior implicaba que la alegada violación de los derechos a la vida e integridad personal había sido reparada parcialmente. Sin embargo, en sus observaciones finales, presentadas en la audiencia pública del caso, la CIDH señaló que se había visto “en la necesidad de presentar a la Corte IDH un caso cuya solución no resultaba completa ni exigía mayores esfuerzos por parte del Estado”, entre otros, por “la necesidad de obtención de justicia ante el incumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado de Perú”, porque “el Estado indicó que no cumpliría con la recomendación”, ni con “la solicitud expresa de las víctimas y sus familiares” (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 139).

Analizando lo anterior, la Corte IDH consideró que los órganos de administración de justicia penal peruanos habían investigado la prueba de manera efectiva, procesado y condenado al responsable de lo acontecido, y reparado pecuniariamente. Por lo tanto, en las circunstancias

particulares del caso y tomando en cuenta lo establecido en la CADH, la Corte IDH consideró que, en aplicación del principio de complementariedad, no resultaba necesario analizar las alegadas violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal (Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, 2014, párr. 140).

El caso Tarazona resulta trascendental debido a la importancia que la Corte IDH dio a la administración de justicia realizada por los tribunales peruanos a nivel interno. El entendimiento de la Corte IDH, de su rol coadyuvante y complementario, quedó de manifiesto al respetar las actuaciones estatales y reconocer que ya habían sido tomadas las acciones necesarias en la esfera nacional, por lo que no era necesario ni adecuado, una doble revisión por parte de un organismo internacional.

La Corte IDH realizó una valoración que permite respetar la naturaleza coadyuvante del SIDH, y considerar que los Estados son los principales garantes de los derechos humanos de las personas. Si el propio Estado ha resuelto el asunto a nivel interno y, en su caso, lo ha reparado, no hay una necesidad de que el SIDH ejecute un análisis posterior para analizar y /o reparar la violación.

Posterior a la sentencia del caso Tarazona, en el caso *Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, la CIDH requirió a la Corte IDH que analizara la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, al dirimir la contienda de competencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar. Ello, en virtud de la jurisprudencia de la Corte IDH, en relación con el alcance de la competencia del fuero militar (Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, 2015, párr. 412). Al respecto, la Corte IDH consideró que no estaba bajo análisis la legislación peruana, sino la práctica de las autoridades internas a través de la decisión que había dirimido la contienda de competencia. La Corte Suprema de Justicia de la República, había extendido la competencia del fuero castrense a delitos que no tenían estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, ignorando de este modo, la interpretación que de tales garantías había realizado la Corte IDH en relación con el alcance de la jurisdicción penal militar (Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, 2015, párr. 413).

La Corte IDH determinó que esa decisión había sido dictada para el caso concreto y que posteriormente, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia de la República habían modificado dicha práctica. Se establecieron criterios de carácter general y vinculante, en el sentido de que el fuero militar debía restringirse a delitos de función determinables por el bien jurídico protegido y no a delitos comunes que impliquen violaciones a los derechos humanos (Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, 2015, párr. 414). En consecuencia, la Corte no encontró violación del artículo 2 de la CADH, en relación a los artículos 8 y 25 de la misma (Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, 2015, párr. 415).

A través del conocimiento del caso Cruz Sánchez por la Corte IDH, se puso en evidencia, que la práctica de las autoridades judiciales y los criterios que emanaban de ellas, habían cambiado antes de dictarse la sentencia. La Corte IDH determinó que, si la práctica estatal y los criterios internos se habían modificado, de tal forma que estos guardaban concordancia con los estándares del SIDH, el Estado había dado cumplimiento a la obligación que resulta del artículo 2 de la CADH; es decir, la adopción de disposiciones a nivel interno.

Lo decidido por la Corte IDH en el caso Cruz Sánchez, es de gran importancia debido a que permite observar un correcto entendimiento por parte del Tribunal, de su rol subsidiario respecto de las autoridades nacionales. En el referido caso, las autoridades judiciales peruanas habían adecuado sus interpretaciones y los criterios emanados de ellas a estándares

internacionales, por lo que la Corte IDH reconoció que no existía violación alguna al artículo 2 de la CADH. De esta manera, el Estado cumplió con dicho mandato, y con ello, generó la innecesaria revisión por parte de un organismo internacional.

Este reconocimiento puede ser considerado superficial, ya que representa una buena práctica que permite lograr un equilibrio en el SIDH, honrando la naturaleza subsidiaria del mismo que, como ya se pudo mencionar, está establecida en la propia CADH. El pronunciamiento de la Corte IDH sobre la adecuada actuación de las autoridades nacionales y que la tome en cuenta para el análisis acerca del cumplimiento el artículo 2, tiene un gran valor. Esto, ya que no sólo legitima el actuar de la Corte IDH como un organismo que respeta la soberanía de los Estados, sino que también resguarda los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Finalmente, en el caso *Duque Vs. Colombia*, la Corte IDH analizó la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. En dicho caso, el Estado colombiano alegó que el hecho ilícito internacional había cesado y que había sido subsanado o reparado. Para ello, indicó que la sentencia C-336 de 2008 y la sentencia T-051, así como las subsiguientes, habían modificado la normativa interna colombiana. Esta ahora permitía que se paguen pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, por la muerte de uno de ellos. Actualmente, el señor Duque contaría con un recurso adecuado y efectivo para solicitar el pago de dicha pensión (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 129).

Al respecto, tanto las partes, como la CIDH, informaron a la Corte IDH sobre la modificación que la Corte Constitucional de Colombia había realizado a la legislación interna colombiana, con el fin de dar acceso a las pensiones de sobrevivencia para parejas del mismo sexo (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 130).

La Corte IDH destacó el significativo avance jurisprudencial realizado por el Estado de Colombia por medio de su Corte Constitucional desde el año 2008. En cuanto a los efectos retroactivos del cambio normativo, dicho desarrollo jurisprudencial constituyó un progreso importante con el objetivo de hacer cesar el trato discriminatorio que resultaba contrario a los derechos convencionales (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 133). Asimismo, constató que el dinero que podría corresponderle como prestación dejada de percibir por el señor Duque, en caso de que la pensión de sobrevivencia le fuera concedida, abarcaría únicamente los últimos tres años anteriores a la presentación del reclamo. Los demás, prescribirían conforme al Código Sustantivo del Trabajo (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 134).

La Corte IDH señaló que, aunque el señor Duque pudiera solicitar una pensión de sobrevivencia sin que fuera objeto de discriminación, y esta le fuera otorgada, no existía una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos. Es decir, efectos retroactivos hasta el momento en que el señor Duque había sido objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, la Corte IDH indicó que era razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual había sido víctima el señor Duque, aún no habría sido subsanado en su totalidad. Esto, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir, no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado de forma diferente y discriminatoria (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párrs. 136-137).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte IDH concluyó que el Estado era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación, en perjuicio del señor Duque, toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normativa interna colombiana (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 138).

Sin embargo, en relación a la alegada violación del artículo 2 de la CADH, la Corte IDH consideró que, atendiendo a la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia, respecto del reconocimiento y protección a parejas conformadas por personas del mismo sexo, esta no contaba con elementos suficientes para concluir que existiera una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En vista de lo anterior, la Corte IDH concluyó que el Estado no era responsable por la violación del artículo 2 de la CADH (Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, 2016, párr. 139).

De esta forma, el caso Duque representa un nuevo avance en la aplicación del principio de subsidiariedad por la Corte IDH, plasmado en las sentencias que esta emite, específicamente en lo relacionado con el artículo 2 de la CADH. Al igual que en el caso Cruz Sánchez, puede observarse que la Corte IDH asume un rol subsidiario frente a normas o prácticas corregidas a nivel nacional, sobre las que ya no cabe un pronunciamiento de carácter internacional.

La Corte IDH, además de legitimar su actuación, incentiva a los Estados a cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 2 de la CADH, pues si cumplen con dichas obligaciones, no serán objeto de condenas por parte del Tribunal Interamericano. La Corte IDH ha demostrado que tomará en consideración que los Estados hayan realizado las gestiones necesarias para proteger y garantizar los derechos a nivel interno.

Por otro lado, así como representa un nuevo avance respecto del análisis de la responsabilidad por el incumplimiento del artículo 2 de la CADH, el caso Duque, también ejemplifica los retos a los que se enfrenta la Corte IDH. Retos relacionados al análisis de otras obligaciones derivadas de la CADH y que también pueden analizarse aplicando el principio de subsidiariedad. En este sentido, el caso Duque presentaba acciones por parte del Estado colombiano, más allá de los cambios legislativos, que podrían entenderse como suficientes para reparar las violaciones a nivel interno. Sin embargo, a ojos de la Corte IDH aquellas serían insuficientes, pues los montos otorgados por la pensión alimenticia, si bien tendrían un carácter retroactivo, su cantidad no ascendería a lo deseado por la víctima.

Dicho análisis resulta más delicado puesto que requiere que la Corte IDH realice un análisis, por un lado, sobre las acciones que deben adoptar los Estados para reparar las violaciones de derechos humanos (mismas que según la Corte IDH deben ser acciones suficientes) y, por otro lado, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad (a través del cual, el Tribunal Americano considere que ya no existe la necesidad de un pronunciamiento de carácter internacional). Así, la Corte IDH ha determinado en algunos casos que las obligaciones estatales se encuentran cumplidas en lo relativo a las modificaciones normativas. Sin embargo, por lo que respecta a otras acciones o prácticas emprendidas por el Estado, la Corte IDH aún considera que hay una falta de claridad. Es decir, hasta qué punto el análisis de la Corte IDH podría resultar subsidiario y en qué medida su intervención podría convertirse en una intromisión en el actuar del Estado; así sea que esta tenga por objetivo, el exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la CADH.

4. Conclusiones

El DIDH presenta, inevitablemente, la tensión entre el ejercicio de los derechos humanos y la soberanía que los Estados han cedido, en cierto grado, ante los organismos y los mecanismos internacionales. Como se ha mencionado, las teorías clásicas en las que el derecho nacional está por encima del derecho internacional, o a la inversa, resultan insuficientes para responder a esta tensión. Sobre todo, en la actualidad, donde los casos presentados ante organismos internacionales, ya no versan únicamente sobre derechos respecto de los cuales no sea posible establecer ninguna restricción.

La Corte IDH, máximo organismo regional existente en el continente americano para

la protección de los derechos humanos, dentro del marco de la OEA, ha debido enfrentarse al análisis de casos desenvolviendo un papel que complementa a aquel de las jurisdicciones internas de los diferentes países.

El principio de subsidiariedad guía a los organismos internacionales, como la Corte IDH, para que, en cumplimiento de sus funciones, actúen de forma complementaria y subsidiaria a las atribuciones soberanas de los Estados. La precisión de los límites y de las facultades de cada uno, les permite tomar decisiones más legítimas, ya que otorgan a los Estados un margen de actuación. Esto, respetando sus circunstancias internas y particulares, sin descuidar que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Todavía hace falta que la Corte IDH ahonde en la comprensión del principio de subsidiariedad y de su naturaleza complementaria, buscando aplicarla no sólo en lo relacionado con cambios normativos, sino también a las acciones y prácticas tomadas a nivel interno por parte de los Estados que buscan cumplir con la CADH.

La aplicación del principio de subsidiariedad no debe provocar recelo ni temor. Debe ser observado como un mecanismo útil que permite la sanción de violaciones a derechos humanos. También, debe ser entendido como una herramienta que permite solucionar la tensión inherente de los mecanismos internacionales de derechos humanos. Si es aplicado y entendido correctamente, el principio de subsidiariedad, este legitima y fortalece a los organismos internacionales, que, como la Corte IDH, deben intentar aplicarlo cada vez más a fin de consolidar y fortalecer la plena defensa y vigencia de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Carozza, P. (2003). Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *Scholarly Works*, Paper 564. <https://doi.org/10.2307/3087103>
- Ferrer, E., Pelayo, C. (2014). Artículo 2, deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En C. Steiner, P. Uribe (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada*, 1, 69-98. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>>.
- González, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 17, 717-748. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11050>.

Convenciones, tratados y conferencias

- OEA (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica). Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Sentencias

- Corte IDH (2000). *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- (2001). *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

- (2002). *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
- (2003). *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- (2004). *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- (2005). *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
- (2005). *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- (2006). *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 15.
- (2006). *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- (2006). *Caso Almonacid Arrellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- (2014). *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.
- (2015). *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.
- (2015). *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.
- (2015). *Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.
- (2015). *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.
- (2016). *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Exégesis histórica en el Código Orgánico General de Procesos: naturaleza jurídica y estructura del proceso monitorio

Historical Exegesis in the Organic Code of General Processes: Legal nature and structure of the order for payment procedure

GABRIEL ANDRÉS REINA VANEGAS
Ortega Abogados & Asociados

Resumen

El presente artículo trata de dar luces sobre la naturaleza jurídica y la estructura del proceso monitorio en el nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Este análisis es realizado a través de un método tradicional de interpretación legal hallado en el Código Civil del Ecuador: el método histórico-exegético. Se analiza la evolución del procedimiento monitorio con el uso de los trabajos preparatorios o materiales legislativos del COGEP. Este estudio abarca su génesis en los primeros proyectos de ley hasta su publicación en el Registro Oficial.

Palabras clave

Procedimiento monitorio / Interpretación legal / Trabajos preparatorios.

Summary

The following article tries to shed light on the legal nature and structure of the order for payment process found in the new Organic Code of General Processes (COGEP) called *proceso monitorio*. This analysis is done through a traditional method of legal interpretation found in the Civil Code of Ecuador: historical interpretation. The evolution of the order for payment procedure is analyzed through the use of travaux préparatoires or legislative materials of the COGEP. This study covers its origins which are found in the first draft bills up to its publication in the Official Gazette.

Keywords

Order for payment procedure / Legal interpretation / Travaux préparatoires.

1. Introducción

El Código Orgánico General de Procesos (oficialmente abreviado: COGEP) entró en vigencia el 22 de mayo de 2016, un año exacto después de haber sido publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015. Una de las características más dominantes de esta ley adjetiva fue la inclusión de un nuevo tipo de procedimiento al derecho positivo ecuatoriano: el *procedimiento monitorio*.

Dentro de la geografía del código, el *procedimiento monitorio* se encuentra regulado en el Capítulo II (“Procedimiento monitorio”) del Título II (“Procedimientos ejecutivos”) de su Libro IV (“Procesos”); su capítulo encierra a los artículos del 356 al 361. Dicho procedimiento, como ya fue mencionado, es nuevo, no corresponde a ninguno de los que hayan sido usados antes en el territorio nacional; carece totalmente de análogos en la legislación histórica ecuatoriana.

Siendo este el estado de las cosas y habiendo trascurrido relativamente poco tiempo desde la publicación del COGEP, en la actualidad, el *procedimiento monitorio* nacional sufre



de una notoria oscuridad académica y jurisprudencial: existe un exiguo aporte de fuentes netamente ecuatorianas al entendimiento y desarrollo de esta nueva institución procesal¹.

2. La ley oscura

Hablar de oscuridad en la ley obliga a referirnos a los principios de interpretación legal establecidos en el Art. 18, n° 1, del Código Civil del Ecuador. El texto de la referida norma, tal como se encuentra publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005, reza que es permitido lo siguiente: “[...] para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Don Luis Felipe Borja, tratadista ecuatoriano, en sus comentarios a este artículo, señaló las virtudes del mencionado método de interpretación legal declarando lo siguiente: “[...] el elemento histórico es uno de los medios más poderosos para interpretar la ley, reconstruyendo el pensamiento del legislador”. A continuación, indica que: “La historia fidedigna del Código chileno se halla en el proyecto de D. Andrés Bello” (1901, p. 365). Por lo tanto, este autor cita como fundamento de su comentario al mismo *Proyecto de Código Civil (1853)* de Don Andrés Bello, quien fue el legislador material del Código Civil de Chile, y por extensión, del nuestro. En su proyecto, Bello explica que “La historia fidedigna del establecimiento de una lei [sic] sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Lejislativo [sic] al tiempo de discutirse el Proyecto” (1888, p. 8).

3. La importancia de la interpretación histórico-exegética

Dicho método de interpretación no es exclusivo de la legislación derivada del Código Civil de Chile, ni de la legislación hispanoamericana; este se encuentra avalado por los más insignes doctrinarios de Europa. En Alemania, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, y Martin Wolff, al tratar sobre la interpretación de la ley, recalcan la importancia de los materiales legislativos:

De la expuesta misión de la interpretación resulta una estimación moderada, que ni exagera, ni rechaza el valor de los llamados materiales legislativos, o sea los trabajos previos, los proyectos, los motivos, las memorias y las deliberaciones en las comisiones legislativas o parlamentarias, que precedieron al acto legislativo ejerciendo influencia sobre el mismo (1953, p. 201).

De la misma forma, en Francia, Marcel Planiol y Georges Ripert establecen que, en casos de duda u oscuridad legislativa, es procedente emplear los trabajos preparativos de la ley:

Lo primero que debe hacerse para suprimir la duda, es consultar los trabajos preparatorios de la ley (discusiones de las cámaras, informes, exposición de motivos). Con frecuencia en estos documentos se encuentra explicado el pensamiento en que se basa el legislador (1999, p. 26).

¹ Actualmente existen pocas publicaciones académicas sobre el *procedimiento monitorio*. De entre estas pocas, sobresalen las siguientes: Brigante Guerra, R. (2015). Sinopsis de la naturaleza y trámite del procedimiento monitorio en el nuevo Código Orgánico General de Procesos del Ecuador. En T. Quintero Jaramillo (Ed.), *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Procesal COGEP: Sistema de Audiencias en el Derecho Procesal Ecuatoriano. Legislación 2015* (pp. 7-19). Samborondón: Universidad de Especialidades Espíritu Santo; Aguirre Guzmán, V. (2016). El procedimiento monitorio en el Código Orgánico General de Procesos: ¿Una vía idónea para el cobro eficaz de las deudas de pequeña cuantía?. *Boletín Informativo de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador* 63 (Mayo 2016), pp. 5-7; Suárez Armijos, R. B. (2017). El proceso monitorio en el Ecuador. *Corte Nacional de Justicia: Boletín Institucional* 29 (Mayo-junio 2017), pp. 6-7.

En Italia, la autorizada opinión de Francesco Messineo también concede que las normas puedan ser explicadas por la influencia del elemento histórico, en particular a través de “[...] los llamados trabajos preparatorios, o sea el conjunto de los testimonios dejados de la elaboración de las normas por parte de los redactores de ellas [...]” (1979, p. 104). No obstante, continua que la fuerza interpretativa de estos documentos es relativa al texto de la misma ley:

[...] sobre los trabajos preparatorios, predomina la voluntad objetiva de la ley. Así, en el contraste entre formulación de la norma y propósito manifestado por el legislador en los trabajos preparatorios, prevalece la formulación. Pero el propósito, cuando es concorde con el texto (formulación) de la norma, tiene un notable valor explicativo y ofrece un fundamento muy sólido a la interpretación (1979, p. 104).

Así como este método no está limitado por las fronteras de las naciones², tampoco está limitado por la materia: este método no es exclusivo del derecho civil-sustantivo. Así lo confirma el argentino Hugo Alsina, al incluirlo dentro de los métodos para interpretar las leyes procesales:

Grande fue también el prestigio del método llamado exegético que investiga el sentido de la ley examinando su génesis. Se explica, así, el valor que se atribuye a los trabajos preparatorios, a las discusiones parlamentarias y especialmente al informe de la comisión encargada de su estudio en el Parlamento. Nuestros jueces recurren a este procedimiento con bastante frecuencia a causa de que uno de los principales defectos de nuestras leyes es la falta de técnica jurídica, y el examen de los antecedentes parlamentarios permite establecer en esos casos cuál ha sido el propósito del legislador; pero vamos a ver también que este método, si bien permite establecer cuál ha sido ese propósito en el momento de la sanción de la ley, puede resultar ineficaz cuando las condiciones han variado (1956-1965, vol. I, pp. 86-87).

Los documentos legislativos, por ende, sirven para interpretar la norma a través de la aparente voluntad o propósito del legislador, sea este el legislador material (i.e. el redactor o ideario original de la ley) o el formal (i.e. los diputados o senadores reunidos en congreso o asamblea); dos siendo sus limitantes: el texto legal publicado y los hechos futuros no previstos por el legislador.

4. La evolución normativa del *procedimiento monitorio*

Se procederá a analizar la historia legislativa del COGEP con el fin de dar luminarias al texto del *procedimiento monitorio*, y poder así entender su estructura básica de acuerdo y en armonía con la naturaleza o categoría jurídica que final se le atribuye en la ley. El análisis de la historia legislativa se hará cronológicamente, para poder comparar y contrastar los cambios que sufrió el COGEP mientras se debatía en el Asamblea Nacional.

² Este método de interpretación no está limitado a los países de tradición jurídica continental (*civil law*), como Alemania, Francia, o Italia. En Reino Unido, cuna de la tradición jurídica anglosajona (*common law*), se permite la interpretación legal a través del uso de materiales y documentos parlamentarios desde 1993. La jurisprudencia británica consagró a la interpretación histórica en el caso *Pepper v Hart*; en dicha decisión, se estableció que este método aplica en el siguiente evento: “[...] where (a) legislation is ambiguous or obscure, or leads to an absurdity; (b) the material relied upon consists of one or more statements by a Minister or other promoter of the Bill together if necessary with such other Parliamentary material as is necessary to understand such statements and their effect; (c) the statements relied upon are clear” (*Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1992] UKHL 3). Para mayor información sobre este precedente, *vid.* Elliot, C. y Quinn, F. (2009). *English Legal System*. 10ª Ed. Harlow: Pearson Longman Limited; Beaulac, S. (1998). *Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight?*. *McGill Law Journal* 43, 287-324.

4.1. El *procedimiento monitorio* da inicio a un proceso de naturaleza mixta

El *procedimiento monitorio* es conceptualizado normativamente por primera vez en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (“IEDP”) y patrocinado por ProJusticia (i.e. la Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador, entonces adscrita a la ex Corte Suprema de Justicia), publicado en diciembre de 2007.

Este proyecto de código adjetivo, impulsado por los profundos cambios constitucionales y legales dados entonces en el Ecuador, tenía como finalidad “lograr una administración de justicia más eficaz” y estaba sustentado en gran medida en “[...] las Bases [sic] que propuso el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) en 1988 con su Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica” (Aguirre Guzmán, 2013, p. 117).

Es en la exposición de motivos donde por primera vez hizo referencia al procedimiento que analizamos, el IEDP manifestó: “[...] se introduce una nueva categoría, hasta ahora desconocida por la tradición jurídica ecuatoriana pero prevista en numerosas legislaciones procesales modernas: el juicio monitorio” (2007, p. 31). Dicha exposición de motivos, además, explicaba la finalidad, concepto, estructura, y hasta buscaba darle una definición a este nuevo tipo de proceso:

En el Título IV se regula el proceso monitorio, institución que se encuentra a medio camino entre el proceso de conocimiento y el juicio ejecutivo. El proceso monitorio busca esencialmente dotar de una protección jurisdiccional más enérgica al derecho de crédito, sobre todo para aquellas deudas dinerarias que, por no estar incorporadas a títulos ejecutivos, no gozan de esa especial protección que el sistema —identificado en el actual Código de Procedimiento Civil como “juicio ejecutivo”— [sic] otorga a dichos títulos.

A brevísimos rasgos, es necesario transcribir algunos conceptos que orientarán a definir que es el proceso monitorio. Para Cabenellas, es aquel que “[...] obtiene o pretender lograr por medio de [la] unilateral actuación jurisdiccional un título ejecutivo para ulterior efectividad”. Correa Delcasso señala que el proceso monitorio es “[...] aquel proceso especial, plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley.” Así pues, a través de este proceso se pueden reclamar y cobrar obligaciones que no resulten controvertidas, de una forma rápida, sencilla y eficaz. Resulta especialmente atractivo para el cobro de deudas dinerarias de pequeñas cuantías; desde ya hay que recalcar que este ha sido un tema obviado por nuestro proceso civil, y el descontento es mayor cuando los procesos para su realización son por demás lentos y gravosos.

La oposición (que, por lo demás, es tasada) al requerimiento de pago formulado por el acreedor, se convierte en demanda, contra quien inició el procedimiento, pues éste debe contestarla y referirse a los motivos que tiene el deudor para no cancelar lo reclamado. En todo caso, se exige el acompañamiento de la prueba que sea menester; y se sanciona enérgicamente a quien no demuestra la existencia de la deuda, como a aquel que se opone sin fundamento. De ahí la afirmación de que es un juicio camino entre el proceso de conocimiento y el de ejecución (2007, p. 34).

En efecto, el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (2007) introdujo al *procedimiento*

monitorio como una nueva categoría de procedimiento o vía, que daría inicio a un *proceso*³ distinto a los ya conocidos procesos de *conocimiento*⁴ y de *ejecución*⁵. Esto se confirma de la geografía del proyecto, pues este procedimiento estaba ubicado en un título propio, el Título IV (“proceso monitorio”) del Libro III (“desarrollo de los procesos”). Los procesos de conocimiento y los de ejecución, por otro lado, estaban regulados en los títulos III y V respectivamente. En este proyecto, el título que regulaba al *procedimiento monitorio* englobaba siete artículos, del 347 al 353.

Es realmente importante lo que estos primeros esbozos revelan sobre la naturaleza originaria del *proceso monitorio*: no era un proceso de conocimiento, ni uno de ejecución; este era un proceso de su propia categoría, que se encontraba en un limbo entre ambos tipos de procesos. Como señala el proyecto, este era un proceso “a medio camino” entre los procesos de conocimiento y de ejecución (IEDP, 2007, p. 34); por lo tanto, podría decirse que era un proceso mixto, que compartía tanto características cognitivas como ejecutivas. Confrontando esta explicación con la redacción de los artículos del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (2007), se puede indicar que, en este borrador, el *proceso monitorio*:

1. Se rige por un procedimiento *sumarísimo*⁶, que da origen a un proceso en el cual el fin del actor es probarle al juez la verosimilitud de un crédito en numerario y de baja cuantía, a través de distintas clases de documentos que no constituyan título ejecutivo. Este proceso es de conocimiento, limitado a la prueba de un crédito documental, en el que no existe controversia o contradicción puesto que no participa el demandado (Art. 347).
2. El actor inicia este proceso con una petición (o reclamo de pago) y no con una demanda. En la petición no se prohíbe la solicitud de medidas cautelares (Arts. 348 y 349, n° 1).
3. Si la petición cumple con todos los requisitos (incluido el requisito indispensable y esencial de adjuntar el soporte documental del crédito que busca probarse), el juez procede a dictar, inaudita parte (i.e. el demandado, supuesto deudor), un auto interlo-

3 Entiéndase por *proceso* la relación jurídica compleja, tutelada por una autoridad, que se desenvuelve a través de una serie de actos que ocurren cronológicamente y que constituyen el desarrollo de la relación. Esta relación, que surge del ejercicio de una acción y el cumplimiento de determinados presupuestos, va dirigida a un fin jurídico en particular; ata a los intervinientes mientras subsiste, y es fuente de derechos, obligaciones, potestades, y cargas para estos. *Proceso* no debe confundirse con *procedimiento* (*vía*), que es el conjunto de actos reglados que deben seguirse para constituir y llevar a cabo un *proceso*. Pese a que esta simple secuencia de actos ocurren dentro de un *proceso*, no se identifica con este (Devis Echandía, 2002, pp. 168-171).

4 La doctrina nacional concibe al *proceso de conocimiento* como el proceso en el que un juez “[...] examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquellas con respecto al caso que motivó el proceso (declaración de certeza de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor)” (Jijón Letort, 2000, p. 78). Para Devis Echandía, en este tipo de proceso, “[...] el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*” (2002, p. 165).

5 A diferencia del *proceso de conocimiento*, en el *proceso de ejecución* “[...] no hay tal declaración ya que se asume la certeza del derecho al arranque del juicio [...]”. Según la doctrina nacional, este tipo de proceso “[...] tiene por objeto hacer efectivo un derecho cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la coacción” (Jijón Letort, 2000, p. 78). En palabras de Devis Echandía, existe *proceso de ejecución* cuando “no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa” (2002, p. 165).

6 El procedimiento *sumarísimo* es aquel en el que “en el menor tiempo posible tiene que alcanzar una resolución judicial” (Cruz Bahamonde, 1995-1998, vol. I, p. 195). En este tipo de procedimiento “sólo se requiere la justificación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, por cuya razón su característica fundamental es la de la máxima simplicidad formal” (Palacio, 2003, p. 78).

- cutorio en el que aprueba la petición del actor y ordena el pago del crédito pretendido, junto con los daños y perjuicios, costas y honorarios (Art. 349, n° 2).
4. Conforme al eminente criterio de Cabanellas y de Correa Delcasso (IEDP, 2007, p. 34), el auto interlocutorio contiene una orden de pago que constituye título ejecutivo. El crédito que se ordena pagar, en virtud de estar contenido en un título ejecutivo⁷, goza de una presunción legal⁸ de legitimidad⁹. Este crédito comienza a devengar el máximo interés convencional, más un recargo del cincuenta por ciento, desde que se dicta (Art. 352). El auto interlocutorio es ordenado a citar junto con la petición (Art. 349, n° 1).
 5. Una vez citado el auto interlocutorio, el demandado tiene la opción de oponerse a dar cumplimiento con la orden de pago, dentro de determinado término. Si el demandado no se opone al pago, dentro de tiempo procesal oportuno, el auto interlocutorio queda en firme, y el crédito queda definitivamente reconocido. En consecuencia, el demandado “no puede ya promover cuestión alguna, porque se lo impide la cosa juzgada” (Alsina, 1956-1965, vol. V, p. 38). Termina el *proceso monitorio* y empieza el *proceso de ejecución* (Art. 349, n° 3).
 6. Si el demandado se opone al pago del crédito, también acaba el *proceso monitorio*. La oposición del demandado es considerada como una demanda que impugna la orden de pago. En este momento, el juez le notifica la demanda al actor del *proceso monitorio*, iniciando un *proceso abreviado* (i.e. *proceso sumario*, según el COGEP) en el cual el nuevo actor (i.e. el demandado en el *proceso monitorio*) debe justificar sus razones para no acatar la orden (título ejecutivo) que manda a pagar el crédito¹⁰ (Art. 350).

4.2. El *procedimiento monitorio* da inicio a un proceso de naturaleza cognitiva

Según la Dra. Vanesa Aguirre Guzmán, el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (2007) “[...] fue objeto de una nueva revisión en 2009 para ajustarlo a la Constitución del Ecuador del 2008 y al Código Orgánico de la Función Judicial” (2013, p. 117). Más tarde, y con aun más adecuaciones, el proyecto se convirtió en el *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, que fue presentado a la Asamblea Nacional por los sucesores de ProJusticia (i.e. el Consejo de la Judicatura, “CJ”, y la Corte Nacional de Justicia, “CNJ”) en enero de 2014¹¹.

En este proyecto se dejó de reconocer al *proceso monitorio* como uno de naturaleza mixta (con elementos de conocimiento y de ejecución), y se pasó a bautizarlo como proceso

7 El autor ecuatoriano Velasco Céleri describe los títulos ejecutivos como “[...] instrumentos a los que la ley les reviste de una vehemente presunción de autenticidad, presunción que solamente puede ser destruida, mediante la prueba que debe rendir el que impugna en juicio [...]” (1996, p. 19). Cruz Bahamonde, también ecuatoriano, comparte el criterio y señala que en el derecho ecuatoriano, “[...] el título goza de presunción de autenticidad” (1995-1998, vol. V, p. 84).

8 Las presunciones legales (*iuris tantum*) admiten prueba en contrario; las presunciones de derecho (*iuris et de iure*) no admiten (Borja, 1901, p. 446-448).

9 La ley le brinda una presunción legal de legitimidad al crédito contenido en el título ejecutivo (Alsina, 1956-1965, vol. V, p. 38).

10 En la controversia que surge de un *proceso monitorio*, la carga de la prueba pesa sobre el que impugna la orden de pago. La carga de prueba no pesa sobre el que pretende el crédito que el juez manda a pagar a través de la orden de pago, debido a que el crédito contenido en la orden (título ejecutivo) se presume legítimo; en palabras de Florencio García Goyena: “El que tiene á [sic] su favor la presunción legal, está dispensado de la prueba” (Borja, 1901, p. 445).

11 Cabe señalar que, paralelamente al proyecto descrito, el Consejo de la Judicatura desarrolló un proyecto de ley adjetiva denominado *Proyecto de Código Orgánico General del Proceso*, conformado por 421 artículos, cuyo borrador fue publicado en agosto de 2012. Este borrador “[...] tuvo como antecedente un proyecto de “Código Procesal Unificado”, elaborado por técnicos chilenos del Centro de Justicia para las Américas (CEJA). [...] Los técnicos del Consejo de la Judicatura [bautizaron] a su propuesta como “eclectica” (en cuanto busca un término medio entre el proceso civil estadounidense y el anteproyecto del Instituto Iberoamericano)” (Aguirre Guzmán, 2013, p. 117).

de conocimiento, enfatizando así su aspecto cognitivo (i.e. la evaluación del documento que probaría al crédito, como antecedente a la orden ejecutiva de pago). La exposición de motivos del *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos* (2014) introdujo este cambio de la siguiente manera: “En el Libro Cuarto se consignan los Procesos y dentro de estos a los denominados de Conocimiento: Ordinario; Sumario y Monitorio” (CJ y CNJ, 2014, p. 12). Más adelante, la exposición de motivos desarrolló la idea del *proceso monitorio* de la siguiente manera:

En los procesos de conocimiento enunciados, el proyecto plantea la necesidad de normar tres tipos: el proceso ordinario, aplicable a todas las causas que no tengan una vía de sustanciación previamente establecida en la ley; el proceso sumario para ventilar causas mercantiles, derechos personas y deudas dinerarias de baja cuantía que no sean exigibles por otra vía; y el procedimiento monitorio, a través del cual se pueden cobrar deudas de baja cuantía que no constituyan título ejecutivo. En este proceso, el juez o la juez tendrán amplias facultades para valorar la petición y de considerarlo procedente, ordenar el pago dentro de determinado plazo (CJ y CNJ, 2014, p. 16).

En efecto, en la geografía de este proyecto, el *procedimiento monitorio* se encontraba encerrado en el Capítulo III (“proceso monitorio”) del Título I (“procesos de conocimiento”) de su Libro IV (“de los procesos”). Su número de artículos se redujo, de siete a seis, de los artículos 361 al 366. No obstante, este cambio no afectó a la estructura del *procedimiento monitorio*, ni a las implicaciones conceptuales que surgían del mismo. Hubo otros cambios, pero menores. Se añadió la posibilidad de reclamar por esta vía créditos laborales (Art. 361, n° 5), y se agregó una forma especial de citación por notario o agente de la fuerza pública (Art. 363, § 1). Se eliminó el recargo del cincuenta por ciento, y se cambió el génesis del interés máximo convencional (Art. 365). De igual manera, se eliminó la expresa mención de la condena al pago de daños y perjuicios, costas, y honorarios; y el artículo referente a los efectos de la cosa juzgada, disposiciones que constaban en el Art. 349, n° 2; y 351 del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (2007), respectivamente.

Hasta ese momento, sin tomar en consideración el cambio de la naturaleza jurídica del proceso que origina, el *procedimiento monitorio* como tal se mantenía relativamente sin cambios. Una vez ingresado el proyecto a la Asamblea Nacional es que este comenzó a mutar considerablemente. La Comisión de Justicia y Estructura del Estado (“CJEE”), órgano de la Asamblea Nacional encargado del proyecto, presentó el *Informe para Primer Debate* del *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos* en julio de 2014. El análisis particular que este órgano le dio al *procedimiento monitorio* es el que se cita a continuación:

El proceso monitorio es una de las novedades incorporadas en el Proyecto, institución desarrollada por otras legislaciones que han servido de ejemplo para la implementación del mismo en nuestra legislación. Una de las legislaciones tomadas en cuenta para incluir al procedimiento monitorio en el Proyecto fue la de Uruguay, cuyo procedimiento viene desde el siglo pasado y que la nueva ley lo incluyó porque tuvo una aplicación exitosa. En dicha legislación se señala que el procedimiento monitorio procede en los casos en que el objeto a sustanciar esté dotado de cierto grado de certeza, por ejemplo la existencia de un cheque u otro tipo de documento o título o bien o cuando se ha vencido o no el plazo de un contrato de arriendo. En este caso la o el juez se pronuncia inmediatamente sobre el fondo del asunto

sin escuchar previamente al demandado. Ese pronunciamiento inicial puede ser favorable o desfavorable; en el caso de que sea favorable al actor, como es un proceso y debe contemplar la contradicción, se abre para el demandado la oportunidad de oponer excepciones. Si no las opone, la sentencia inicial queda firme y es cosa juzgada. Si las opone, el proceso pasa a la estructura ordinaria.

En el Proyecto, se agregó la posibilidad de que el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales de hasta ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas no hayan sido pagadas oportunamente, lo sustancia a través del proceso monitorio.

Cabe mencionar que el procedimiento monitorio no atenta contra el debido proceso porque a pesar de sentenciar al demandado sin haberlo escuchado y sólo con el mérito de lo expuesto por el demandante, este sigue teniendo la posibilidad de exigir la realización de un juicio si se opone a lo resuelto por la o el juez. La garantía de un juicio justo sigue siendo una posibilidad que depende de la voluntad de la persona a quien protege y que quien sea el demandado se oponga.

Conforme las observaciones presentadas por la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura, se estableció que el proceso monitorio iniciará con la interposición de una demanda y no de una petición conforme disponía el proyecto original.

Adicionalmente, se retiró del artículo 362 del Proyecto los numerales que contenían varios requisitos respecto de la petición, ya que el demandante tendrá la posibilidad de hacer uso de los formatos elaborados por el Consejo de la Judicatura para el efecto (CJEE, 2014, pp. 25-26).

Este informe del proyecto resume todos los cambios que sufrió el borrador del código a ser discutido en primer debate parlamentario. Respecto de la geografía, se mantuvo sin cambios; en este borrador, el *procedimiento monitorio* se ubicó en el Capítulo III (“Proceso monitorio”) del Título I (“Procesos de conocimiento”) del Libro IV (“Procesos”), con seis artículos en total, del 344 al 349.

En cuanto a la estructura, el *procedimiento monitorio* cambió inmensamente. Como evidencia este informe, el *proceso monitorio* pasó de iniciar con una petición a iniciar con una demanda. Este proceso se independizó de las reglas del *procedimiento sumario*, y el *procedimiento monitorio* expuesto en este informe introdujo una segunda etapa, compuesta por audiencia única y que termina con sentencia. Adicionalmente, se estableció expresamente que de la sentencia dictada en este proceso caben únicamente los recursos de aclaración, ampliación, y apelación. Por otro lado, se eliminó la posibilidad de peticionar medidas cautelares, de reformar la demanda y de reconvenir. En resumen, en el *Informe para Primer Debate* (2014), se contempló un *proceso monitorio* que:

1. Se compone por dos etapas procesales: una primera etapa necesaria y una segunda contingente. La primera etapa es de conocimiento limitado pero sin controversia o contradicción, en la que el actor prueba la verosimilitud de un crédito en numerario y de baja cuantía, a través de distintas clases de documentos que no constituyan título ejecutivo (Art. 344).

2. La primera etapa del *proceso monitorio* inicia con una demanda (Art. 345), que no admite reforma, solicitud de medidas cautelares, o reconvencción (Art. 347, § 2). Si la demanda cumple con todos los requisitos legales, el juez dictará, inaudita parte, un auto interlocutorio que aprueba la petición del actor y ordena el pago del crédito pretendido (Art. 346, § 1).
3. La naturaleza de la orden de pago contenida en el auto interlocutorio es la de un título ejecutivo, y por lo tanto, el crédito ordenado a pagar goza de una presunción legal de legitimidad. El auto interlocutorio es ordenado a citar junto con la demanda (Art. 346, §§ 1-2). El crédito pretendido comienza a devengar el máximo interés convencional, desde que se realiza la citación (Art. 348).
4. Citado el auto interlocutorio, el demandado tiene la facultad de oponerse a la orden de pago dentro de determinado término. Si no se opone dentro de tiempo procesal oportuno, el auto interlocutorio queda en firme y se convierte en título de ejecución. Termina el *proceso monitorio* como tal y empieza el *proceso de ejecución* (Art. 346, § 3).
5. Si el demandado se opone, no acaba el *proceso monitorio*. La oposición del deudor en contra de la orden de pago del crédito contenida en el auto interlocutorio da inicio a la segunda etapa del *proceso monitorio*. Esta segunda etapa es plenamente cognitiva. El juez procede a notificarle la oposición del demandado al actor y los convocará a una audiencia única de conciliación, pruebas, y alegatos. Si se entra a segunda etapa, el *proceso monitorio* termina en sentencia, que constituye título de ejecución. De esta sentencia únicamente caben los recursos de aclaración, ampliación, y apelación (Art. 347, § 1).

4.3. El procedimiento monitorio da inicio a un proceso de naturaleza ejecutiva

En el *Informe para Segundo Debate*, de febrero de 2015, se le asignó al *proceso monitorio* una naturaleza jurídica completamente diferente: la de un proceso de ejecución. Así se lo explicó en el contenido del informe:

Se incluye en el Libro IV un procedimiento innovador y novedoso, que viene a solucionar graves injusticias que se cometen en contra de los acreedores que no podían cobrar sus créditos por falta de un título ejecutivo, lo que hacía que las deudas no sean honradas por lo deudores, que deviene en un alto grado de morosidad, creando inseguridad en el sistema económico y atentando contra la confianza y la buena fe.

El procedimiento monitorio es un procedimiento judicial creado con el objetivo primordial de cobrar de manera rápida y sencilla deudas determinadas de dinero. Es un procedimiento especial dado que se invierte el contradictorio, es decir, que sin haber escuchado aún al demandado, el juez le ordena el pago desde la resolución inicial, dándole para tal efecto un plazo de quince días.

El avance dogmático se refleja en que se procederá a la ejecución directamente si el deudor no comparece dentro del término concedido o si lo hace sin manifestar oposición, y además tendrá el efecto de cosa juzgada, y se procederá al embargo de los bienes del deudor que el acreedor ha señalado. No existe para este tipo de procedimiento el recurso de casación (CJEE, 2015, p. 26).

Al parecer, se hizo especial énfasis en el aspecto ejecutivo del *proceso monitorio* (i.e. la constitución de un título ejecutivo a favor del actor, sin que se escuche previamente al demandado¹²). Se hizo también énfasis en la no admisión del recurso extraordinario de casación en este tipo de proceso. Geográficamente, la posición del *procedimiento monitorio* cambió: pasó a ser regulado en el Capítulo II (“Procedimiento monitorio”) del Título II (“Procedimientos ejecutivos”) del Libro IV (“Procesos”). En cuanto a los artículos, su número se mantuvo en seis, del 376 al 381. Dichos artículos conservaron la misma redacción que en el borrador anterior, y por ello, se puede decir que su estructura bipartita no cambió.

El cambio de naturaleza efectuado en el *Informe para Segundo Debate (2015)* no necesariamente le niega aspectos cognoscitivos del *proceso monitorio*. En marzo de 2015, el Pleno de la Asamblea Nacional sancionó el *Texto Aprobado del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, en el que se eliminó la prohibición de medidas cautelares (Art. 359, § 2). Este texto fue enviado al Presidente de la República, quien en abril de 2015, en su calidad de colegislador, manifestó: “El proyecto contiene entre sus disposiciones la previsión de un procedimiento monitorio, caracterizado por la simplificación de la fase cognoscitiva, para pasar en la medida de lo posible de forma ágil a la de ejecución” (2015, p. 44).

Este comentario constante en la *Objeción Parcial (2015)* del Presidente confirma el aspecto cognoscitivo del *proceso monitorio*, aspecto que caracteriza a su segunda etapa (un mini *proceso sumario* en todo menos en nombre, como lo confirma su estructura y su historia). Esto no quiere decir que el Presidente haya contradicho el texto del COGEP (i.e. que haya dicho que el *proceso monitorio* es uno de conocimiento y no uno de ejecución). Podría decirse que el *proceso monitorio* es *prima facie*, un proceso de ejecución (i.e. la primera etapa en la que se constituye un título ejecutivo), y dependiendo del actuar del deudor, este podría mutar a uno de conocimiento (i.e. la segunda etapa en la que se impugna la orden de pago que se manda a pagar el crédito perseguido). Aceptada la *Objeción Parcial (2015)*, el COGEP fue promulgado y posteriormente publicado en el Registro Oficial.

5. El *procedimiento monitorio* vigente a la luz de la historia legislativa. Conclusión

Un análisis íntegro y cronológico de los trabajos preparatorios y documentos legislativos del COGEP: 1. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil (2007)*; 2. *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos (2014)*; 3. *Informe para Primer Debate (2014)*; 4. *Informe para Segundo Debate (2015)*; 5. *Texto Aprobado (2015)*; y, 6. *Objeción Parcial (2015)*; permite concluir el texto oficial de este código adjetivo que concibe al *proceso monitorio* de la siguiente manera:

1. El *proceso monitorio* se divide en dos etapas. La primera etapa es necesaria y es de naturaleza ejecutiva, pues sólo intervienen el actor y el juez, y no se resuelven pretensiones contrapuestas. Por este motivo, el *procedimiento monitorio* se encuentra ubicado en el Título II del Libro IV del COGEP.
2. En la primera etapa del *proceso monitorio*, el actor debe probarle al juez, a través de cualquiera de las distintas clases de documentos probatorios listados (e.g. facturas, recibos, etc.), la verosimilitud de un crédito en numerario (líquido, exigible, y de plazo vencido) y de baja cuantía (actualmente, cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en

12 El legislador considera que los procesos de conocimiento son aquellos en los que siempre existen “[...] pretensiones contrapuestas, que debe resolver el juez declarando a quien pertenece el derecho cuestionado o la cosa litigiosa. En los procesos de conocimiento siempre hay disputa, siempre hay dos partes” (CJEE, 2015, p.25). Por ello, si en el *proceso monitorio* no existen pretensiones contrapuestas o una disputa entre dos partes sino hasta que el demandado manifiesta oposición, no podría considerarse a este proceso como uno de conocimiento, por lo menos en su primera etapa.

- general), siempre y cuando este crédito no conste en título ejecutivo (Art. 356).
3. La primera etapa del *proceso monitorio* inicia con una demanda, que puede ser propia o mediante un formulario provisto por el Consejo de la Judicatura (Art. 357), que no admite reforma o reconvencción (Art. 359, § 2), pero sí la solicitud de medidas cautelares. Si la demanda cumple con todos los requisitos (incluyéndose el requisito fundamental de adjuntar la prueba documental, constante en el Art. 356), el juez procederá a dictar, inaudita parte, un auto interlocutorio en el que ordena el pago del crédito pretendido (Art. 358, § 1).
 4. La orden de pago contenida en el auto interlocutorio constituye título ejecutivo. En consecuencia, el crédito que se manda a pagar en la orden de pago goza de una presunción legal (*iuris tantum*) de legitimidad. El juez procede a ordenar citar el auto interlocutorio junto con la demanda (Art. 358, §§ 1-2). El crédito comienza a devengar el máximo interés convencional desde que se realiza la citación al demandado (Art. 360).
 5. Citado el auto interlocutorio, el demandado tiene la opción de oponerse, dentro de determinado término. Si este no se opone dentro de tiempo procesal oportuno, el auto interlocutorio queda en firme, y se convierte en título de ejecución. En consecuencia, en virtud de los efectos de cosa juzgada del auto interlocutorio, el crédito queda definitivamente reconocido. Termina el *proceso monitorio* como tal y empieza el *proceso de ejecución* (Art. 358, § 3).
 6. Si el demandado se opone a la orden de pago, no acaba el *proceso monitorio*. La oposición del demandado da inicio a la segunda etapa del este tipo de proceso. La segunda etapa del *proceso monitorio* es de naturaleza plenamente cognitiva; en ella el demandado debe impugnar justificadamente la orden de pago (título ejecutivo). Debido a que el actor goza de una presunción legal a través del título ejecutivo, la carga de la prueba se invierte en contra del demandado.
 7. En la segunda etapa del *proceso monitorio*, el juez le notifica la oposición del demandado al actor y procede a convocarlos a una audiencia única. Esta audiencia es idéntica a la del *procedimiento sumario*. Si se entra a segunda etapa, el *proceso monitorio* termina en sentencia, que constituye título de ejecución. De esta sentencia únicamente caben los recursos de aclaración, ampliación, y apelación; no cabe el recurso extraordinario de casación (Art. 359, § 1).

Referencias bibliográficas

- Aguirre Guzmán, V. (2013). Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador. *Revista Iuris Dictio*, 13(15), 113-130. <https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.718>
- Alsina, H. (1956-1965). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Vols. I-VII. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar.
- Beaulac, S. (1998). Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight? *McGill Law Journal*, 43, 287-324.
- Borja, L. F. (1901). *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. Vol. I. París: A. Roger y F. Chernoviz.
- Cruz Bahamonde, A. (1995-1998). *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*. Vols. I-V. Guayaquil: Edino.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General del Proceso*. 3ª Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Elliot, C. y Quinn, F. (2009). *English Legal System*. 10ª Ed. Harlow: Pearson Education Limited.
- Enneccerus, L., Kipp, T., y Wolff, M. (1953). *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I. (B. Pérez González y J. Alguer, trads.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial. <https://doi.org/10.2307/837141>
- Jijón Letort, R. (2000). La casación en los juicios ejecutivos. *Revista Iuris Dictio*, 1(1), 77-83. doi: 10.18272/iu.v1i1.477
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Vol. I. (S. Sentís Melendo, Ed. & trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1999). *Derecho Civil*. (L. Perezniето Castro, trad.). México D.F.: Oxford University Press.
- Velasco Céleri, E. (1996). *Sistema de Práctica Procesal Civil*. Vol. III. 2ª Ed. Quito: Editorial Pudeleco.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Civil del Ecuador*. Codificación No. 2005-010. Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de junio del 2005.
- Asamblea Nacional de la República de Ecuador (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento del Registro Oficial No. 506, 22 de mayo del 2015.

Proyectos normativos

- Bello, A (1888). *Proyecto de Código Civil (1853)*. En Obras Completas de Don Andrés Bello. Vol. XII. Ed. Consejo de Instrucción Pública de Chile. Santiago de Chile: publicado por Pedro G. Ramírez.
- Consejo de la Judicatura y Corte Nacional de Justicia (2014). *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*.
- Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (2007). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Patrocinado por ProJusticia.

Observaciones, opiniones, aprobaciones e informes:

- Comisión de Justicia y Estructura del Estado (2014). *Informe para Primer Debate, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*.
- Comisión de Justicia y Estructura del Estado (2015). *Informe para Segundo Debate, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*.
- Pleno de la Asamblea Nacional (2015). *Texto Aprobado, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*.
- Presidencia de la República del Ecuador (2015). *Objeción Parcial, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*.

Iuris

Dictio.

Revista de Derecho

Reseñas

Nº 21, JUN. 2018

ISSN: 1390-6402

Re-
señas.

USFQ

El Delito Corporativo en el Código Penal Español.
Bernardo Feijoo Sánchez (2016). 2a Ed. Pamplona: Civitas

PEDRO PÁEZ BIMOS
Universidad Rey Juan Carlos

El profesor Bernardo Feijoo Sánchez en su obra *El Delito Corporativo en el Código Penal Español*, nos acerca a un tema de dialéctica, constante en materia de derecho penal económico, esto es el delito corporativo dentro de la legislación española. La importancia de esta sub-rama del derecho penal es de trascendencia en las sociedades en vías de industrialización, industrializadas y como diría Silva Sánchez también en las post industrializadas, en donde la realidad económica de los Estados dentro del aspecto de la globalización y la integración supranacional, genera el llamado *Derecho penal de la globalización económico* (Silva Sánchez, 2011, p. 83), el cual debilita el concepto tradicional de garantismo por su flexibilidad al momento de elaborar la imputación de delitos.

En el primer capítulo se aborda el contexto político-criminal en razón de la legalidad y la exigencia que se les da a las personas jurídicas. Y es que mediante la reforma LO 5/2010, del 22 de junio, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, según dicen muchos autores a base del *decreto legislativo 321/2001* (Decreto Legislativo 321/2011, 8 de junio de 2001, “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica), que promulgó el legislativo italiano, y con su posterior reforma mediante la LO 1/2015 que introdujo los programas de cumplimiento normativo, como una mejora técnica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas reformas responden a una realidad criminal que transformó el antiguo aforismo *Societas non delinquere potest*, puesto que los seres humanos comparten la responsabilidad del sistema jurídico penal con las personas jurídicas, sin perder su protagonismo.

Las personas jurídicas sean estas marginales o multinacionales son sujetos susceptibles de responsabilidad penal por su relevancia dentro del tráfico mercantil, puesto que por su desorganización o por su uso intencional facilitan la comisión de hechos delictivos, siendo esta una característica recogida en los diferentes sistemas del derecho penal moderno. Por lo que según establece Feijoo es de importancia valorar la participación y el rol que las personas jurídicas tienen en la sociedad como su responsabilidad social. Sobre esta responsabilidad existe presión por parte de la comunidad internacional para brindar mecanismos que busquen responder de manera eficaz, siendo uno de estos la autorregulación societaria para evitar delitos, y evitar desproporciones en los procesos penales.

En el capítulo segundo el autor reflexiona sobre la naturaleza de las sanciones a las personas jurídicas, en el cual existen dos puntos de análisis importantes, el primero, busca establecer si en verdad esta se trata de una verdadera y genuina responsabilidad penal, y el segundo, si la persona jurídica es realmente el sujeto de imputación. Si la postura de que el fundamento de la responsabilidad penal es vicarial o por hecho ajeno, son varias las sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo – como son las STS 237/2010 y STS 544/2008 – sobre la responsabilidad civil subsidiaria de un delito que pueden fundamentar la motivación de esta postura. Robles Planas también fundamenta esta posición estableciendo que existe un sistema de imposición de cargas de la responsabilidad. El autor trabaja sobre la idea propuesta por el sistema anglosajón, la cual determina en el mismo texto que: “La pena no se basaría tanto en la responsabilidad por un hecho, sino en la ventaja indebida o injustificada que para



la corporación representa el hecho delictivo” (Feijoo, 2016, p. 41), es decir, la valoración del injusto revisa si existe o no equidad en la relación material entre los costes y el beneficio, por lo tanto quien tenga una ventaja indebida o injustificada deberá responder penalmente en relación a las inversiones realizadas. Sin embargo de adoptar la tesis vicarial o no, lo que sí está claro sobre la responsabilidad de la persona jurídica, es la relación que guarda con la conducta de personas naturales —con sus diferencias en el análisis de imputación—, es así como demuestra el tipo de penas que se le atribuye, lo que algunos autores las denominan *cuasi penas*.

La exclusión de la responsabilidad empresarial, es el punto central del capítulo tercero, invita al lector a reflexionar sobre la limitación que debe existir en la aplicación del *ius puniendi* en contra de las empresas, y esto tiene que ver con el carácter autónomo que estas poseen en el juicio de reproche penal, es decir, se debe hacer un ejercicio retrospectivo de sus propios hechos cometidos como eje limitador para equipararse a las teorías que fundamental la responsabilidad civil subsidiaria. Este es el problema que actualmente en la normativa penal ecuatoriana existe con el artículo 49 del COIP y que lo tenía el Código Penal español en su artículo 31 bis antes de la reforma de la LO 1/2015. El autor establece que se deben hacer dos valoraciones importantes de tipo sistémico que se deben realizar sobre las empresas, la primera es la dimensión institucional de la personalidad jurídica, y la segunda la construcción tradicional de la teoría del delito que se basa sobre el concepto de acción culpable por las características del sujeto de imputación, lo que nos lleva a reflexionar sobre el defecto de organización como idea motora para enfrentar el cometimiento de delitos dentro de las organizaciones empresariales.

Como antecedente, es importante recuperar las ideas que el maestro Carlos Gómez-Jara realiza sobre las sociedades policéntricas, es decir aquellas con características de las sociedades modernas que carecen de un sólo centro organizador, y donde si existen diferentes sistemas sociales funcionales que permiten el auto sustento y funcionamiento de diversos centros, en las que se desatacan sus actividades de riesgo y el conocimiento como circunstancias especiales (Gómez-Jara, 2014, p. 11). Es sobre este panorama en el que las sociedades van adquiriendo vida propia y complejidad, cuestión que no es compartida por el autor, sin embargo, más allá de las diferentes perspectivas constructivistas es necesario establecer según Feijoo que dentro del análisis sistémico no se puede dar en base al análisis desde la perspectiva de la sociología organizacional estableciendo que por el dinamismo y su propia cultura corporativa, se esté desligando el factor humano.

La discusión se entorna interesante a posterior, una vez que se interpreta los alcances del artículo 66 bis del Código Penal español, en este caso se valora en conjunto con la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y el Auto de 19 de mayo de 2014, en las que se determina que al momento de establecer la responsabilidad de una sociedad mercantil, se debe tomar en cuenta la operación y la capacidad organizativa de la misma, es decir, existen tres grupos importantes de sociedades. La primera tiene que ver con aquellas que operan con normalidad en el mercado, siendo mejor o peor organizadas, las cuales son imputables (para estas se destina el compliance); las segundas tratan sobre las sociedades las cuales comparten de manera mixta su actividad legal con parte ilegal, es decir sociedades que se involucran en delitos como el blanqueo de capitales, terrorismo, entre otros delitos, en este caso siempre que su actividad legal sea mayor a la ilegal, se entenderán imputables; y la tercera se refiere a las sociedades pantallas las cuales son empleadas con el único propósito de cometer delitos, y por lo tanto son inimputables, tal es el caso de sociedades destinadas con el único propósito de defraudar a rentas internas.

Determinadas las sociedades que son o no imputables de responsabilidad penal, el autor aterriza sobre el defecto estructural en relación al cumplimiento de la legalidad, y

el fundamento de la exención de responsabilidad de los programas de cumplimiento. En el primer caso, se habla de la cultura empresarial, como la unión de varias relaciones personales en un contexto institucional, la cual se conforma por la práctica y la ética, y su defecto es lo que produce el cometimiento de delitos, produciendo en cierta medida una irresponsabilidad estructural, tal como Heine y Gómez-Jara lo establecen. Sin embargo, el autor no coincide y establece que existe una responsabilidad complementaria del hecho individual cometido por la persona natural, en la que no se difumina el acto individual, él considera y está de acuerdo que no es inconstitucional el establecimiento de la exoneración, puesto que evita que se cometan arbitrariedades por parte del poder judicial. En el segundo caso, la idea de que existe en España un sistema vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas se descarta, puesto que se reconoce una responsabilidad propia de la empresa a pesar del factor humano integrante del mismo, la obligación de supervisión, vigilancia y control, es el fundamento que gira sobre la reprochabilidad de las sociedades, para que de esta manera el riesgo empresarial se encuentren dentro de los parámetros mínimos.

En el capítulo cuarto, el autor profundiza la relación del delito individual con el delito corporativo, que si bien reconoce que son independientes, puesto que si puede haber condena para la persona jurídica sin necesidad de sancionar a una persona física, no obstante el debate dentro de la doctrina es interesante puesto que se contraponen las tesis de un sector —el cual es respaldado por el autor— en el que determinan que existe una responsabilidad por transferencia o a lo mucho autorresponsabilidad imperfecta, con lo que pregonan una responsabilidad por el hecho propio. Sobre este punto es importante manifestar que si bien la persona física es parte integrante del tipo, esto no quiere decir que sea el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas, y esto guarda sentido cuando se analiza la culpabilidad, por un lado se puede seguir un proceso penal independiente de la persona física, y otro por la persona jurídica, por lo tanto de cierta forma la esfera de la culpabilidad se mantiene intacta para cada uno.

El autor procede a analizar dos posturas de interés por parte de la institucionalidad de justicia, la primera es la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y la segunda, la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero. La postura de la Fiscalía General del Estado, sigue siendo la misma a la de su circular del año 2011, en la que estableció que existe una responsabilidad por transferencia o vicarial, a pesar de reconocer que ha existido cambios sustanciales al integrar los modelos de organización y gestión en la reforma legal del año 2015. Al mismo tiempo la postura sobre la carga de la prueba de la exención según la Fiscalía es clara, esta le corresponde a la persona jurídica al tener la excusa absolutoria como efecto normativo, mas no como exclusión de la responsabilidad. Sobre estos puntos el autor y gran parte de la doctrina rechazan la concepción absoluta de sostener que existe una responsabilidad vicarial, a lo mucho se estimaría como intermedia. En el caso de la STS 154/2016, esta rechaza la postura de la excusa absolutoria y sostiene que se da sobre la misma naturaleza de la infracción, y defiende la responsabilidad propia de la infracción estableciendo que se debe cuidar la “cultura de cumplimiento que la norma penal persigue”.

El autor establece una fórmula importante tras reflexionar las posturas antes mencionadas, estableciendo que: Delito corporativo = Conducta antijurídica persona física + Déficit grave de control, vigilancia y supervisión por parte de terceras personas + Defecto estructural, es decir existe una combinación en la responsabilidad de las persona física con la jurídica, por lo que existe una co-responsabilidad de la persona jurídica del hecho cometido por la persona natural, independientemente que la última sea acreedora a circunscritas que afecten su culpabilidad. Por lo tanto el autor plantea tres tesis finales: La acción típica y antijurídica de la persona física que tenga relación con la persona jurídica y que la beneficie guarda relación

y transmisión de injusto; es relevante el cumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control para evitar el cometimiento de delitos, sobre todo en la estructura los empleados encargados deben tener la capacidad de decisión y gestión para realizar estas funciones; la responsabilidad de la persona jurídica en el caso que sus programas de cumplimiento obren de manera eficaz, será excluida.

En el último capítulo a manera de cierre se revisan ciertos elementos de la esencia del delito corporativo. El maestro Bernardo Feijoo Sánchez quiere transmitir dos ideas principales sobre la esencia del artículo 31 bis del Código Penal español, las cuales tienen que ver con el mismo desarrollo del tipo. La primera tiene que ver con la creación por parte del consejo de administración de un organismo de supervisión, vigilancia y control en personas jurídicas que no sean de dimensiones pequeñas, y como segundo punto, el establecimiento de una *cultura de cumplimiento* dentro de la sociedad la cual impida que los subordinados a ella infrinjan estos deberes de manera fácil. Por lo tanto es interesante ver como el autor dota de relevancia al consejo de administración como órgano clave para emplear diferentes medidas *no formales sino sustanciales*, con el fin de evitar el cometimiento de las infracciones en el seno y por beneficio propio de las sociedades, es decir, no sólo basta con tener reglamentaciones éticas y estatutos disciplinarios que busquen enfrentar el cometimiento de delitos, es necesario que opere un organismo propio de la empresa que este facultado para reglar, supervisar, sancionar y comunicar a la institucionalidad pública del cometimiento de infracciones dentro de su competencia.

Otros temas sustanciales tratan sobre la representación procesal en los delitos empresariales, en este caso existe en el panorama español dos momentos importantes. Antes de la reforma del año 2015 se entendía a los *administradores* como representantes sea por la comisión u omisión de la infracción, o por no haber controlado de manera correcta a sus subordinados, sin embargo posterior a la reforma se prescinde del concepto de administrador por el de *representante* es decir, extendiendo a otras personas que puedan tener capacidad de decisión y gestión importante. El autor sobre este punto concuerda que lo importante desde una perspectiva ontológica es que debe ser una persona que detente de forma directa la competencia de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Sobre el beneficio que debe tener el cometimiento del delito a la empresa, esta característica permite diferenciar los supuestos de *criminalidad de la empresa*, de la *criminalidad en la empresa*, es decir, no todo delito cometido por los empleados o subordinados se deben extender o complementar la responsabilidad de la persona jurídica, debe haber un provecho material directo o indirecto. Sobre la relación de la persona natural la circular de la Fiscalía General 1/2016 tiene lógica al establecer que no es necesaria una vinculación formal del agente, basta que se halle integrado en el perímetro de su dominio social.

El autor es muy crítico sobre la eficacia de los programas de cumplimiento como una solución individual para evitar el cometimiento de infracciones, es necesario que sea conexo el cumplimiento de la legalidad como política institucional de la empresa para que el defecto de organización sea un requisito más completo. Debo manifestar que no es tarea fácil comprender los alcances y las conceptualizaciones expresadas en la monografía de Bernardo Feijoo Sánchez, hablar de derecho penal económico y de la responsabilidad de penal de las personas jurídicas es un tema muy controversial dentro de la doctrina penal, pero sobre todo en el ambiente latinoamericano. No es cuestión de posiciones políticas-académicas en la que muchos autores catalogan de “eurocentrismo” al seguir doctrinas que se desarrollan en sociedades post-industrializadas que por razones económicas y sociopolíticas se encuentran en debates de avanzada que como países latinoamericanos en vías de desarrollo nos vamos acercando a este tipo de realidades.

Uno de los puntos más importantes que nos señala el autor es la dicotomía de la mínima intervención penal y la expansión del derecho penal, si bien es una necesidad político-criminal el desarrollo de nuevos tipos penales por la constante creación de nuevos delitos en nuestras sociedades modernas - en palabras de Beck Ulrich “sociedades de riesgo”- es deber primario de la doctrina buscar un punto medio que no viole los principios constitucionales fundamentales del proceso penal, esto permite un gran campo de desarrollo como lectores para explorar nuevas ideas y tesis para evitar un atropello punitivo tanto en las etapas de investigación, instrucción y de juicio de las personas jurídicas. Y de igual forma, por motivos de desarrollo legislativo nos permite trasladar ciertas ideas del contexto español que se creó en el artículo 31 bis, al artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, invitándonos a la reflexión, pero sobre todo a la creación de instituciones jurídicas sólidas y debidamente fundamentadas.

Referencias Bibliográficas

- Gómez-Jara, C. (2014). *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial B de F.
- Decreto Legislativo 231/2001 (2001). *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*.
- Silva Sánchez, J. (2011). *La expansión del Derecho penal*. Argentina: Editorial B de F.

