

Diccionario
de
DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Segunda edición



EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ
GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO • INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. HÉCTOR FIX-FIERRO

Director

Dra. MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ

Secretaria académica

Dra. ELVIA LUCÍA FLORES ÁVALOS

Jefa del Departamento de Publicaciones

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 706

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: José Antonio Bautista Sánchez

Cuidado de la edición: Gilda Bautista Ravelo, Leslie Cuevas Garibay,

Jaime García Díaz, Rosa María González Olivares,

Ricardo Hernández Montes de Oca, Miguel López Ruiz,

Christopher Raúl Martínez Santana, Wendy Vanesa Rocha Cacho,

Karla Beatriz Templos Nuñez

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

Diseño de interiores y portada: Edith Aguilar Gálvez

Apoyo editorial: Héctor Yeraldo Arias Alamilla, Mayra Elena Domínguez Pérez,

Cora Guadalupe Gracia Rosas, Ajax Gutiérrez Villascán

Diccionario
de
DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL



Segunda edición

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ
GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2014

Primera edición: 24 de abril de 2014
Segunda edición: 29 de agosto de 2014

DR © 2014. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

*Al doctor HÉCTOR FIX-ZAMUDIO,
forjador indiscutible de la ciencia del derecho procesal
constitucional, con motivo de su nonagésimo aniversa-
rio de fructífera existencia y por sus cincuenta años
como investigador de tiempo completo en el Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*

CONTENIDO

Presentación a la primera edición	LI
Juan SILVA MEZA	
Nota introductoria a la primera edición	LV
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ	
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Nota a la segunda edición	LIX
LOS COORDINADORES	

A

Abogado(a)	3
Héctor FIX-FIERRO	
Acceso a la justicia	5
Carlos PÉREZ VÁZQUEZ	
Acción	8
Alberto SAÍD	
Acción de amparo	9
Alberto SAÍD	
Acción de inconstitucionalidad	11
Joaquín BRAGE CAMAZANO	
Acción de inconstitucionalidad (demanda)	14
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (instrucción)	15
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los organismos protectores de derechos humanos)	16
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	

Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los órganos legislativos)	18
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los partidos políticos)	19
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (legitimación del procurador general de la República)	21
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (partes)	21
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (plazos)	22
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad (sentencias)	23
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Acción de inconstitucionalidad en materia electoral	25
Pedro Esteban PENAGOS LÓPEZ	
Acción de inconstitucionalidad local (México)	27
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Acción de tutela	31
Ana GIACOMETTE FERRER	
Acción popular de inconstitucionalidad	33
Allan R. BREWER-CARIÁS	
Acción por omisión legislativa local (México)	35
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Acción positiva	39
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Aclaración de la jurisprudencia	42
Mauricio LARA GUADARRAMA	
Activismo judicial	43
Héctor FIX-FIERRO	

Actuario judicial.	45
Hiram Raúl PIÑA LIBIEN	
Acuerdo de turno.	46
Hiram Raúl PIÑA LIBIEN	
Acuerdos de trámite.	47
Hiram Raúl PIÑA LIBIEN	
Adopción internacional.	48
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Alegatos en las controversias constitucionales.	50
María Amparo HERNÁNDEZ CHONG CUY	
Ámbitos competenciales.	52
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
<i>Amicus Curiae</i> (amigo del Tribunal o de la Corte)	54
Víctor BAZÁN	
Amparamiento.	56
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Amparo	58
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Amparo (facultad de atracción de la Suprema Corte)	60
Jorge Mario PARDO REBOLLEDO	
Alejandro CASTAÑÓN RAMÍREZ	
Ricardo Antonio SILVA DÍAZ	
Amparo (medidas de apremio).	63
Set Leonel LÓPEZ GIANOPOULOS	
Amparo (objeto del)	65
Jorge Mario PARDO REBOLLEDO	
José Díaz DE LEÓN CRUZ	
Ricardo Antonio SILVA DÍAZ	
Amparo (requisitos de la demanda)	67
Set Leonel LÓPEZ GIANOPOULOS	
Amparo agrario	69
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	

Amparo contra leyes.	71
Jorge Mario PARDO REBOLLEDO	
Amparo en África y tribunales constitucionales.	73
Jean Cadet ODIMBA	
Amparo interamericano.	75
Carlos Ayala CORAO	
Amparo. Juicio en línea	76
Edwin Noé GARCÍA BAEZA	
Amparo laboral	79
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA	
Amparo local (México).	81
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Aplazamiento de vista de acciones de inconstitucionalidad	84
Edgar S. CABALLERO GONZÁLEZ	
Aplicación del derecho.	85
Teresa Paulina DÍAZ GARCÍA	
Argumento <i>a generalí sensu</i>	86
Carla HUERTA OCHOA	
Argumento a rúbrica	87
Carla HUERTA OCHOA	
Argumento analógico.	88
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
Argumento apagógico	89
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
Argumento axiológico	91
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
Argumento comparativo	92
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
Argumento de constancia terminológica	95
Julio César ROMERO RAMOS	

Argumento de equidad	96
Julio César ROMERO RAMOS	
Argumento de los principios generales del derecho.	96
Julio César ROMERO RAMOS	
Argumento interpretativo	99
Julio César VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA	
Argumento lingüístico	100
Julio César VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA	
Argumento lógico.	101
Julio César VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA	
Argumento pragmático	103
Julio César ROMERO RAMOS	
Argumento retórico	105
Julio César VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA	
Auto de suspensión.	107
Wendy Vanesa ROCHA CACHO	
Auto de vinculación a proceso	108
Wendy Vanesa ROCHA CACHO	
Autocomposición	111
Carina X. GÓMEZ FRÖDE	
Autoridad.	112
Arturo Zaldívar LELO DE LARREA	
Averiguación de hechos que constituyan una violación grave de garantías individuales	114
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ	
 <i>B</i> 	
Balanceamiento	119
Sara PENNICINO (traducción de X. LAZO FUENTES)	

<i>Bill of Rights</i>	119
Justin O. FROSINI (traducción de G. FOLLI)	
Bioética y bioderecho	119
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad	122
Pablo Luis MANILI	
Boleta electoral	124
Ma. Macarita ELIZONDO GASPERÍN	

C

Caducidad de la instancia	129
Wendy Vanesa ROCHA CACHO	
Caducidad del proceso	131
Wendy Vanesa ROCHA CACHO	
Calificación de las elecciones	133
María del Carmen ALANÍS FIGUEROA	
Cámara de Diputados	136
Teresa Paulina DÍAZ GARCÍA	
Cámara de Senadores	137
César BERNAL FRANCO	
Cambio climático (marco jurídico internacional)	139
César NAVA ESCUDERO	
Capacidad procesal	141
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
Carga procesal	143
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
Carrera judicial	145
Luis Fernando ANGULO JACOBO	

Casilla electoral	147
Ma. Macarita ELIZONDO GASPERÍN	
Caso Miguel Vega vs. jurisdicción local	150
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
Caución	152
Enrique DÍAZ-ARANDA	
Causas de inadmisión de la demanda (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).	153
Eloisa Denia COSIMO	
<i>Checks and balances</i> y justicia constitucional	156
César LANDA ARROYO	
Cierre de instrucción	158
María del Carmen ALANÍS FIGUEROA	
Circuitos jurisdiccionales	160
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
Circunscripción plurinominal	162
Ma. Macarita ELIZONDO GASPERÍN	
Cláusula de interpretación conforme	164
José Luis CABALLERO OCHOA	
Codificación procesal constitucional	167
Néstor Pedro SAGÜÉS	
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).	169
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ	
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Recomendaciones de la)	172
Cynthia CHANUT ESPERÓN	
Comisiones de investigación parlamentaria.	176
Pablo ABREU SACRAMENTO	
Competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	178
Carlos AYALA CORAO	

Competencia por cuantía.	179
Carina X. GÓMEZ FRÖDE	
Competencia por grado.	180
Carina X. GÓMEZ FRÖDE	
Competencia por materia	180
Carina X. GÓMEZ FRÖDE	
Competencia por territorio	181
Carina X. GÓMEZ FRÖDE	
Concepto de violación (amparo mexicano)	182
Daniel ÁLVAREZ TOLEDO	
Conflicto de competencia entre órganos estatales	183
Eréndira SALGADO LEDESMA	
Conflictos socio-ambientales	186
César NAVA ESCUDERO	
Consejo de la Judicatura local	187
Adriana MONTER GUERRERO	
Constitución breve/larga.	189
Giorgia PAVANI (traducción de Mercedes IGLESIAS BÁREZ)	
Constitución convencionalizada	190
Néstor Pedro SAGÜÉS	
Constitución de 1814 (Apatzingán)	192
Francisco VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO	
Constitución en sentido formal	194
Carla HUERTA OCHOA	
Constitución en sentido material	197
Carla HUERTA OCHOA	
Constitución en sentido sustancial	199
Silvia BAGNI (traducción de Eduardo FERRER MAC-GREGOR)	
Constitución Federal de 1824	199
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	

Constitución flexible/rígida	202
Giorgia PAVANI (traducción de Mayte SALVADOR CRESPO)	
Constitución histórica	202
Rafael ESTRADA MICHEL	
Constitución local	204
José Miguel MADERO ESTRADA	
Constitución <i>octroyée</i> (o concedida)	206
Silvia BAGNI (traducción de Eduardo FERRER MAC-GREGOR)	
Constitución otorgada	207
José Miguel MADERO ESTRADA	
Constitución pactada	208
Silvia BAGNI (traducción de Eduardo FERRER MAC-GREGOR)	
Constitución provisional	208
Silvia BAGNI (TRANDUCCIÓN de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)	
Constituyente permanente.	209
Rafael ESTRADA MICHEL	
Control abstracto de inconstitucionalidad	210
Joaquín BRAGE CAMAZANO	
Control constitucional de jurisdicción concurrente	213
Enrique URIBE ARZATE	
Control constitucional de oficio	215
Juan Carlos HITTERS	
Control constitucional local	218
Enrique URIBE ARZATE	
Control constitucional por órganos administrativos	220
Jorge FERNÁNDEZ RUIZ	
Control constructivo (positivo) de convencionalidad	222
Néstor Pedro SAGÜÉS	

Control de constitucionalidad	225
Marcos FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	
Control de constitucionalidad concentrado	227
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Control de constitucionalidad de la reforma constitucional	229
Sabrina RAGONE	
Control de constitucionalidad difuso	231
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Control de constitucionalidad en vía incidental	233
Giancarlo ROLLA	
(traducción de Emanuel LÓPEZ SÁENZ)	
Control de constitucionalidad mixto	235
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Control de convencionalidad (sede interna)	236
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Control de convencionalidad (test de)	240
Ernesto REY CANTOR	
Ángela Margarita REY ANAYA	
Control de legalidad	242
José Antonio CABALLERO	
Control difuso por juez local	244
Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ	
Control directo de constitucionalidad	246
Juan Carlos HITTERS	
Control parlamentario	248
Pablo ABREU SACRAMENTO	
Control preventivo	250
Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO	
Control previo en el derecho procesal constitucional local	251
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Control reparador	254
Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO	

Control social	254
Ulises BONILLA CONSTANTINO	
Controversia constitucional	255
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ	
Controversia constitucional local (México)	258
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belem dó Pará)	260
María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ	
<i>Corpus iuris</i> internacional.	261
Jorge RIVERO EVIA	
Corte constitucional en la Constitución de 2008 (Ecuador)	264
Hernán SALGADO PESANTES	
Corte de constitucionalidad de Guatemala	266
Mauro Roderico CHACÓN CORADO	
Corte Interamericana de Derechos Humanos.	268
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Corte Interamericana de Derechos Humanos (cumplimiento de sentencia)	271
Juan Carlos GUTIÉRREZ CONTRERAS	
Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales)	273
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Corte Interamericana de Derechos Humanos (opiniones consultivas)	276
Cynthia CHANUT ESPERÓN	
Corte Penal Internacional (CPI)	279
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Cortes supremas (control político)	282
Karina ANSOLABEHERE	
Creación de derechos por el juez constitucional	283
María Amparo HERNÁNDEZ CHONG CUY	

Crímenes internacionales.	285
Ricardo Sánchez PÉREZ DEL POZO	
Criterio de presunción de constitucionalidad de la ley	288
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Cuestión de inconstitucionalidad local (México)	290
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Cumplimiento de recomendaciones	293
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Cuotas de género en el ejercicio de derechos políticos	295
María del Carmen ALANÍS FIGUEROA	

D

Datos personales (protección).	301
Julio TÉLLEZ VALDÉS	
Debido proceso	301
Osvaldo A. GOZAÍNI	
Decisiones interpretativas	303
Héctor LÓPEZ BOFILL	
Declaración de principios sobre libertad de expresión (jurisprudencia interamericana).	305
Alejandra GONZA	
Declaración de validez de las elecciones	309
Valeriano PÉREZ MALDONADO	
Declaratoria general de inconstitucionalidad	312
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA	
Defensa constitucional	314
Gerardo ETO CRUZ	
Defensa de la Constitución. Enfoque jurídico	316
Andrés BORDALÍ SALAMANCA	
Felipe PAREDES PAREDES	

Defensa de la Constitución. Enfoque político	318
Andrés BORDALÍ SALAMANCA	
Felipe PAREDES PAREDES	
Defensa de la Constitución local	320
César ASTUDILLO	
Defensor	322
María Teresa PÉREZ CRUZ	
Defensor del pueblo	325
Giorgia PAVANI	
Defensor indígena (lengua y cultura)	328
Graciela Rocío SANTES MAGAÑA	
José Artemio ZÚÑIGA MENDOZA	
Democracia constitucional	330
Pedro SALAZAR UGARTE	
Denuncia de juicio político	332
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
Derecho a la alimentación	336
Eloisa Denia COSIMO	
Derecho a la diferencia	339
María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ	
Derecho a la familia	341
Rosa María ÁLVAREZ	
Derecho a la imagen personal	343
Elvia Lucía FLORES ÁVALOS	
Derecho a la información	344
Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ	
Derecho a la información (jurisprudencia constitucional)	346
Issa LUNA PLA	
Derecho a la información (jurisprudencia europea)	348
Issa LUNA PLA	
Derecho a la información (jurisprudencia interamericana)	350
Issa LUNA PLA	

Derecho a la integridad personal	352
Alejandra GONZA	
Derecho a la intimidad	355
María de los Ángeles GUZMÁN GARCÍA	
Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia constitucional)	357
Ethel Nataly CASTELLANOS MORALES	
Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia interamericana)	360
Ethel Nataly CASTELLANOS MORALES	
Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (jurisprudencia europea)	362
Ethel Nataly CASTELLANOS MORALES	
Derecho a la libertad personal	365
Mireya CASTAÑEDA	
Derecho a la libertad personal (jurisprudencia constitucional)	367
Mireya CASTAÑEDA	
Derecho a la libertad personal (jurisprudencia europea)	368
Mireya CASTAÑEDA	
Derecho a la libertad personal (jurisprudencia interamericana)	369
Mireya CASTAÑEDA	
Derecho a la nacionalidad	370
César BERNAL FRANCO	
Derecho a la protección judicial (jurisprudencia constitucional)	372
María del REFUGIO Elizabeth RODRÍGUEZ COLÍN	
Derecho a la protección judicial (jurisprudencia interamericana)	378
María del Refugio Elizabeth RODRÍGUEZ COLÍN	
Derecho a la vida	383
Jorge ADAME GODDARD	
Derecho a la vida privada	385
Ernesto VILLANUEVA	

Derecho a los beneficios de la cultura	387
Jorge MEZA PÉREZ	
Derecho a los beneficios de la cultura (jurisprudencia constitucional)	390
Jorge MEZA PÉREZ	
Derecho a recibir un salario justo	392
Julieta MORALES SÁNCHEZ	
Derecho a recibir un salario justo (jurisprudencia constitucional)	394
Julieta MORALES SÁNCHEZ	
Derecho a un proceso equitativo (jurisprudencia europea)	397
Eloisa Denia COSIMO	
Derecho a un recurso efectivo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)	399
Eloisa Denia COSIMO	
Derecho al honor	400
Ernesto VILLANUEVA	
Derecho al medio ambiente	403
César NAVA ESCUDERO	
Derecho al medio ambiente (jurisprudencia europea)	405
Caterina DRIGO	
Derecho al respeto de la vida privada y familiar (jurisprudencia europea)	412
Eloisa Denia COSIMO	
Derecho al trabajo	414
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
Derecho al voto (jurisprudencia interamericana)	415
Jaime Arturo VERDÍN PÉREZ	
Derecho comparado (<i>tertium genus</i>)	419
Silvia BAGNI (traducción de Armando NAVARRO PÉREZ)	
Derecho constitucional procesal	421
Héctor FIX-ZAMUDIO	

Derecho de asilo.	424
Carlos Alberto PRIETO GODOY	
Derecho de asociación	426
Clicerio COELLO GARCÉS	
Derecho de asociación (jurisprudencia constitucional)	428
Clicerio COELLO GARCÉS	
Derecho de asociación (jurisprudencia europea)	430
Clicerio COELLO GARCÉS	
Derecho de asociación (jurisprudencia interamericana)	432
Clicerio COELLO GARCÉS	
Derecho de excepción	433
Víctor Julio ORTECHO VILLENA	
Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia constitucional)	435
Isidro MENDOZA GARCÍA	
Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia europea)	437
Isidro MENDOZA GARCÍA	
Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia interamericana)	439
Isidro MENDOZA GARCÍA	
Derecho de la educación	442
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA	
Derecho de los niños a la participación	446
Carlos PÉREZ VÁZQUEZ	
Derecho de protección subsidiaria o complementaria.	447
Carlos Alberto PRIETO GODOY	
Derecho de réplica	449
Ernesto VILLANUEVA	
Derecho del refugiado	451
Carlos Alberto PRIETO GODOY	
Derecho hispanoindiano	453
Mariana DURÁN MÁRQUEZ	

Derecho indígena	455
Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN	
Derecho indígena (jurisprudencia constitucional)	456
Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN	
Derecho natural	459
Jorge ADAME GODDARD	
Derecho procesal constitucional	462
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Derecho procesal constitucional (Alemania)	465
Leonardo MARTINS	
Derecho procesal constitucional (Austria)	467
Christina BINDER	
Derecho procesal constitucional (Bolivia)	470
José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ	
Derecho procesal constitucional (Brasil)	473
Luiz Guilherme MARINONI (traducción de Héctor FIX-FIERRO)	
Derecho procesal constitucional (Campeche)	475
Víctor Manuel COLLÍ EK	
Derecho procesal constitucional (Chiapas)	477
César ASTUDILLO	
Derecho procesal constitucional (Chihuahua)	478
Júpiter QUIÑONES DOMÍNGUEZ	
Derecho procesal constitucional (Coahuila)	480
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Derecho procesal constitucional (Costa Rica)	482
Rubén HERNÁNDEZ VALLE	
Derecho procesal constitucional (Durango)	487
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
Derecho procesal constitucional (Ecuador)	489
Hernán SALGADO PESANTES	

Derecho procesal constitucional (El Salvador)	492
S. Enrique ANAYA	
Derecho procesal constitucional (Estado de México)	495
Enrique URIBE ARZATE	
Derecho procesal constitucional (Guerrero)	498
David CIENFUEGOS SALGADO	
Derecho procesal constitucional (México)	499
Héctor FIX-ZAMUDIO	
Derecho procesal constitucional (Michoacán)	502
Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete	
Derecho procesal constitucional (Nayarit)	505
Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO	
Derecho procesal constitucional (Nicaragua)	506
Iván ESCOBAR FORNOS	
Derecho procesal constitucional (Nuevo León)	508
Emanuel LÓPEZ SÁENZ	
Derecho procesal constitucional (Oaxaca)	510
Alfredo GÓMEZ VÁSQUEZ	
Derecho procesal constitucional (Perú)	512
Gerardo ETO CRUZ	
Derecho procesal constitucional (Querétaro)	514
Rogelio FLORES	
Derecho procesal constitucional (Quintana Roo)	517
Luis Gerardo SAMANIEGO SANTAMARÍA	
Derecho procesal constitucional (Sinaloa)	519
Sonia ESCALANTE LÓPEZ	
Derecho procesal constitucional (Tabasco)	520
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Derecho procesal constitucional (Tlaxcala)	521
Carlos GONZÁLEZ BLANCO	

Derecho procesal constitucional (Venezuela)	523
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Derecho procesal constitucional (Veracruz)	525
Manlio Fabio CASARÍN LEÓN	
Derecho procesal constitucional (Yucatán)	528
Jorge RIVERO EVIA	
Derecho procesal constitucional de la libertad	530
Joaquín BRAGE CAMAZANO	
Derecho procesal constitucional orgánico	535
María Amparo HERNÁNDEZ CHONG CUY	
Derecho procesal electoral	537
Flavio GALVÁN RIVERA	
Derechos colectivos	539
Jean Claude TRON PETIT	
Derechos de la personalidad	542
Elvia Lucía FLORES ÁVALOS	
Derechos de los pueblos indígenas y recursos genéticos	544
Catherine RHODES	
(traducción de María de Jesús MEDINA-ARELLANO	
y Emily Guadalupe PATRÓN BECERRA)	
Derechos del niño (general)	548
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ	
Derechos del niño (jurisprudencia interamericana)	550
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ	
Derechos económicos, sociales y culturales (sistema de protección) . .	552
Víctor BAZÁN	
Derechos fundamentales (fuerza expansiva)	555
Miguel CARBONELL	
Derechos fundamentales (titularidad)	557
Miguel CARBONELL	
Derechos humanos (aspectos bioéticos)	560
Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI	

Derechos humanos, ciencia y desarrollo sostenible	562
Catherine RHODES (traducción de María de Jesús MEDINA-ARELLANO y Emily Guadalupe PATRÓN BECERRA)	
Derechos humanos de los contribuyentes	566
Israel SANTOS FLORES	
Derechos humanos en la Constitución	568
Rodolfo LARA PONTE	
Derechos imposibles.	570
Juan MANUEL ACUÑA	
Derechos políticos	572
Luis ESPÍNDOLA MORALES	
Derechos políticos (jurisprudencia constitucional)	575
Luis ESPÍNDOLA MORALES	
Derechos políticos (jurisprudencia europea)	576
Luis ESPÍNDOLA MORALES	
Derechos políticos (jurisprudencia interamericana)	578
Luis ESPÍNDOLA MORALES	
Derechos positivizados	580
Rodolfo LARA PONTE	
Derechos subjetivos públicos	582
Carlos GONZÁLEZ BLANCO	
Desaparición de poderes	585
Carlos GONZÁLEZ BLANCO	
Destierro.	587
Amelia GASCÓN CERVANTES María Dolores MADRID CRUZ	
Diálogo coevolutivo	589
Manuel Eduardo GÓNGORA-MERA	
Diálogo jurisprudencial	591
Giuseppe de VERGOTTINI (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	

Diálogo policéntrico.	593
Manuel Eduardo GÓNGORA-MERA	
<i>Diario Oficial de la Federación.</i>	596
Eduardo de Jesús CASTELLANOS HERNÁNDEZ	
Dignidad humana	598
Fernando REY	
Directivas de la interpretación constitucional	602
Rodolfo VIGO	
Discriminación.	606
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Discriminación directa e indirecta	608
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Distrito electoral uninominal	611
David CIENFUEGOS SALGADO	
División de poderes	613
Eréndira SALGADO LEDESMA	
Doctrina de la sustitución constitucional	615
Francisco Vázquez GÓMEZ BISOGNO	
<i>Doppia pronuncia.</i>	617
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	

E

Efectos abrogativos de las sentencias	621
Héctor LÓPEZ BOFILL	
Efectos constitutivos de las sentencias	622
Héctor LÓPEZ BOFILL	
Efectos de las sentencias desestimatorias	623
Héctor LÓPEZ BOFILL	
Efectos de las sentencias estimatorias.	624
Héctor LÓPEZ BOFILL	

Efectos declarativos de las sentencias	626
Héctor LÓPEZ BOFILL	
Efectos <i>ex nunc</i>	627
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Efectos <i>ex tunc</i>	629
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Efectos fiscales de las sentencias constitucionales	631
Israel SANTOS FLORES	
Efectos <i>inter partes</i>	633
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Eficacia y eficiencia en la impartición de justicia.	635
Héctor FIX-FIERRO	
Empoderamiento	637
Maidier ZILBETI PÉREZ	
Entrada en vigor	639
Francisco Vázquez GÓMEZ BISOGNO	
Enunciados de los precedentes.	640
Enrique CÁCERES NIETO	
Enunciados dogmáticos	642
Enrique CÁCERES NIETO	
Equidad	644
María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ	
Equidad de género	645
María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ	
<i>Erga omnes</i>	646
Osvaldo A. GOZAÍNI	
Estado constitucional de derecho.	649
Juan MANUEL ACUÑA	
Estado laico	652
Pedro SALAZAR UGARTE	
Estándar de racionalidad.	655
Marcos FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	

Estatalidad abierta	656
Mariela MORALES ANTONIAZZI	
Estatuto de la Corte Interamericana	659
Jorge MEZA PÉREZ	
Eutanasia	660
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Excepción/cuestión de inconstitucionalidad	662
Silvia BAGNI	
(traducción de César ASTUDILLO)	
Extranjería	663
Ignacio GARCÍA VITORIA	

F

Facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	669
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ	
Federalismo	671
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
Fueros aragoneses	673
Amelia GASCÓN CERVANTES	
María Dolores MADRID CRUZ	
Fundamentación definitoria.	675
Enrique CÁCERES NIETO	
Fundamentación empírica.	677
Enrique CÁCERES NIETO	

G

Garantía de la seguridad jurídica.	681
VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA	
Garantías procesales electorales.	682
Ma. Macarita ELIZONDO GASPÉRIN	

Garantismo judicial	684
Juan N. SILVA MEZA	
<i>Government and opposition</i>	687
César LANDA ARROYO	

H

Hábeas corpus o recurso extraordinario de exhibición de personas en Guerrero	693
David CIENFUEGOS SALGADO	
Hábeas data.	695
María de los Ángeles GUZMÁN GARCÍA	
<i>Homine libero exhibendo</i>	696
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
<i>Horror Vacui</i>	698
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	

I

Igualdad de género.	703
María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ	
Imparcialidad judicial	704
Javier GARCÍA ROCA	
Alfonso HERRERA GARCÍA	
Inaplicación de leyes electorales.	706
Pedro Esteban PENAGOS LÓPEZ	
Incidente	708
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Incidente de falsedad de documentos	710
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Incidente de nulidad de notificaciones.	711
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	

Incidente de reposición de autos	713
José Manuel CHAVARÍN CASTILLO	
Inconstitucionalidad por omisión	715
Carlos BÁEZ SILVA	
Interés legítimo.	718
Jean Claude TRON PETIT	
Interés simple.	721
Jean Claude TRON PETIT	
Interés superior del niño	724
Carlos PÉREZ VÁZQUEZ	
Intereses difusos	725
Jean Claude TRON PETIT	
Internet (derecho al).	728
Julio TÉLLEZ VALDÉS	
Interpretación comparada.	729
Silvia BAGNI	
(traducción de Armando NAVARRO PÉREZ)	
Interpretación constitucional.	732
Salvador O. NAVA GOMAR	
Javier M. ORTIZ FLORES	
Interpretación constitucional (evolutividad).	734
Raúl CANOSA USERA	
Interpretación constitucional (factor axiológico).	736
Raúl CANOSA USERA	
Interpretación constitucional (métodos).	738
Daniel MÁRQUEZ	
Interpretación constitucional (pluralidad de intérpretes).	741
Salvador O. NAVA GOMAR	
Mauricio I. DEL TORO HUERTA	
Interpretación constitucional (politicidad).	744
Raúl CANOSA USERA	

Interpretación de tratados de derechos humanos	745
Daniel Francisco CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ	
Interpretación doctrinal	748
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
Interpretación doctrinal/judicial/auténtica	750
Riccardo GUASTINI (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Interpretación en sentido amplio	752
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
Interpretación evolutiva	755
Riccardo GUASTINI (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Interpretación evolutiva de la Constitución	757
Raúl CANOSA USERA	
Interpretación extensiva	759
Riccardo GUASTINI (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Interpretación legal	762
Juan VEGA GÓMEZ	
Interpretación oficial	764
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
Intérprete indígena	766
Graciela Rocío SANTES MAGAÑA José Artemio ZÚÑIGA MENDOZA	
Intérprete supremo de la Constitución	768
Javier GARCÍA ROCA	
Interrupción de jurisprudencia	771
Ethel Nataly CASTELLANOS MORALES	
Investigación de servidores públicos judiciales	772
Juan Carlos CRUZ RAZO	
<i>Ius constitutionale commune</i>	774
Armin von BOGDANDY	

J

Judicial Review (revisión judicial) en los Estados Unidos.	781
Toni JAEGER-FINE (traducción de María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ)	
Juez constitucional en materia electoral.	783
David CIENFUEGOS SALGADO	
Juez continental	786
Andrés BORDALÍ SALAMANCA Felipe PAREDES PAREDES	
Juicio de amparo (mexicano)	789
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA	
Juicio de legitimidad constitucional	791
Giancarlo ROLLA (traducción de Emanuel LÓPEZ SÁENZ)	
Juicio de responsabilidad	794
Eréndira SALGADO LEDEZMA	
Juicio de revisión constitucional electoral	796
Santiago NIETO CASTILLO	
Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano	798
Santiago NIETO CASTILLO	
Juicio político	801
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
Juicio sumarísimo de amparo.	803
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Juntas de Conciliación y Arbitraje	805
Patricia KURCZYN VILLALOBOS	
Jurisdicción constitucional	808
Domingo GARCÍA BELAUNDE	
Jurisdicción constitucional (clasificaciones)	810
Lucio PEGORARO (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	

Jurisdicción constitucional (material)	813
Víctor Julio ORTECHO VILLENA	
Jurisdicción constitucional (modelos clásicos)	814
Lucio PEGORARO	
(traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Jurisdicción electoral	817
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
Jurisdicción internacional.	822
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Jurisdicción supranacional	827
Jorge RIVERO EVIA	
Jurisfirma	829
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
Jurisprudencia constitucional	830
Arturo Zaldívar LELO DE LARREA	
Jurisprudencia de los tribunales constitucionales	832
Giancarlo ROLLA	
(traducción de Emanuel LÓPEZ SÁENZ)	
Jurisprudencia electoral	834
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
Jurisprudencia por razón fundada	839
Mauricio LARA GUADARRAMA	
Jurisprudencia por reiteración de criterios.	840
Walter ARELLANO HOBELSBERGER	
Jurisprudencia por unificación de criterios	842
Walter ARELLANO HOBELSBERGER	
Justicia constitucional electoral	844
David CIENFUEGOS SALGADO	
Justicia constitucional local	846
César ASTUDILLO	

Justicia constitucional (modelos)	849
Lucio PEGORARO (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Justicia constitucional (tipología)	851
Lucio PEGORARO (traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Justicia electoral	852
Flavio GALVÁN RIVERA	
Justicia mayor	854
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
Justicia tradicional indígena (usos y costumbres)	856
Mario CRUZ MARTÍNEZ	
Justicia y jurisdicción constitucionales	859
Javier GARCÍA ROCA	

L

Legislador negativo	865
Javier TAJADURA TEJADA	
Legislador positivo	865
Javier TAJADURA TEJADA	
Legitimación activa en casos de intereses difusos	867
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
Legitimación activa en control concreto o incidental de constitucionalidad	869
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
Legitimación activa en el control abstracto	871
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Legitimación activa por acción popular o pública	872
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
Legitimación activa por el Poder Ejecutivo	873
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	

Legitimación activa por el Poder Legislativo	874
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
Legitimación en los procesos constitucionales	877
Osvaldo A. GOZAÍNI	
Legitimidad de los tribunales internacionales	879
Armin VON BOGDANDY	
Lenguaje jurídico	881
Miguel LÓPEZ RUIZ	
Lesía humanidad.	885
Enrique DÍAZ-ARANDA	
Ley	887
Silvia BAGNI	
(traducción de Eduardo FERRER MAC-GREGOR)	
Leyes autoaplicativas	889
Camilo Ernesto CASTILLO SÁNCHEZ	
Leyes constitucionales	891
Camilo Ernesto CASTILLO SÁNCHEZ	
Leyes heteroaplicativas.	892
Camilo Ernesto CASTILLO SÁNCHEZ	
Leyes inconstitucionales	894
Luis María AGUILAR MORALES	
Leyes reforzadas.	898
Sabrina RAGONE	
Libertad de expresión.	899
Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ	
Libertades públicas.	901
Rodolfo LARA PONTE	
Litigio de interés público	903
José Antonio CABALLERO	

M

Magistratura constitucional local	907
Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO	
Magistratura estatal y consejos de la Judicatura	909
VÍCTOR MANUEL COLLÍ EK	
<i>Magna carta libertatum</i>	911
JUSTIN O. FROSINI (traducción R. TOLENTINO)	
Manifestación de personas	911
JUAN RIVERA HERNÁNDEZ	
Marbury vs. Madison	912
GERARDO ETO CRUZ	
Margen de apreciación nacional	915
JAVIER GARCÍA ROCA	
Medio ambiente en la jurisprudencia constitucional italiana	917
CATERINA DRIGO	
Medios de impugnación en materia electoral	922
EDUARDO DE JESÚS CASTELLANOS HERNÁNDEZ	
Migración	924
ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ	
Ministerio público	926
ENRIQUE DÍAZ-ARANDA	
Ministro ponente, relator	928
FRANCISCO JAVIER CÁRDENAS RAMÍREZ	
Minorías etnoculturales	930
FRANCISCO IBARRA PALAFOX	
Modelo legalista decimonónico	933
RODOLFO VIGO	
Modelos de jurisdicción electoral con jurisdicción constitucional	936
EDUARDO DE JESÚS CASTELLANOS HERNÁNDEZ	

Modificación de la jurisprudencia	938
Mauricio LARA GUADARRAMA	
Multiculturalismo.	940
Francisco IBARRA PALAFOX	
Mutación constitucional.	941
Salvador O. NAVA GOMAR	
Mauricio I. DEL TORO HUERTA	

N

<i>Ne bis in idem</i>	947
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Neoconstitucionalismo.	949
Miguel CARBONELL	
Normas <i>non-self executing</i>	953
Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE	
Normas preconstitucionales.	955
Víctor OROZCO SOLANO	
Normas <i>self-executing</i>	957
Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE	
Notificación	959
Andrea ZAMBRANA CASTAÑEDA	
Núcleo intangible de la Constitución.	960
Francisco Vázquez GÓMEZ BISOGNO	
Nueva Ley de Amparo.	962
Juan N. SILVA MEZA	
Nulidad procesal	966
Francisco Javier CÁRDENAS RAMÍREZ	

O

<i>Obiter dictum</i>	971
María de Jesús MEDINA ARELLANO	

Objeto de control constitucional	971
Marcos Francisco del ROSARIO RODRÍGUEZ	
<i>Ombudsman</i>	973
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
<i>Ombudsman</i> universitario	975
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
Omisión legislativa	978
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Omisión legislativa en materia tributaria.	980
Israel SANTOS FLORES	
Omisiones absolutas.	982
Carlos BÁEZ SILVA	
Omisiones absolutas respecto de facultades de ejercicio obligatorio.	982
Carlos BÁEZ SILVA	
Omisiones absolutas respecto de facultades de ejercicio potestativo.	984
Carlos BÁEZ SILVA	
Omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo.	986
Laura RANGEL HERNÁNDEZ	
Omisiones legislativas relativas o parciales.	989
Laura RANGEL HERNÁNDEZ	
Organismos constitucionales autónomos.	991
John Mill ACKERMAN ROSE	
Órganos del Estado	993
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
<i>Overruling</i>	994
Sara PENNICINO (traducción de Mario CRUZ MARTÍNEZ)	

P

Parámetro de constitucionalidad	999
Giorgia PAVANI	
Partidos políticos	1001
Juan Manuel ARREOLA ZAVALA	
<i>Per saltum</i>	1005
Juan Manuel ARREOLA ZAVALA	
Perfil del juez constitucional.	1008
Luis Fernando ANGULO JACOBO	
Perjuicio de los intereses públicos fundamentales o buen despacho	1010
Miguel MENDOZA MONTES	
Persona jurídica ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos	1012
Natalia CHUDYK RUMAK	
Pleno jurisdiccional	1014
Miguel MENDOZA MONTES	
Plenos de circuito	1016
Juan Carlos CRUZ RAZO	
Pluralismo jurídico	1018
Mario CRUZ MARTÍNEZ	
Poder Judicial	1021
Javier GARCÍA ROCA	
Alfonso HERRERA GARCÍA	
<i>Political questions</i>	1023
César LANDA ARROYO	
Políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos.	1025
Gerardo Enrique HERNÁNDEZ AGUIRRE	
Políticas públicas sociales	1027
Juan Manuel ACUÑA	

Potestad tributaria del Estado	1029
Israel SANTOS FLORES	
Preámbulo constitucional.	1031
Javier TAJADURA TEJADA	
Presunción de inocencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	1033
Isidro MENDOZA GARCÍA	
Presunción de inocencia (general)	1035
Isidro MENDOZA GARCÍA	
Presupuestos procesales de fondo.	1037
José Armando MARTÍNEZ VÁZQUEZ	
Presupuestos procesales de forma	1039
José Armando MARTÍNEZ VÁZQUEZ	
Principio de armonización concreta	1041
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de celeridad	1041
Iván ESCOBAR FORNOS	
Principio de concordancia práctica	1042
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de conservación de la norma	1043
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de corrección funcional	1045
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de efectividad constitucional	1046
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de eficacia integradora de la Constitución.	1046
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA	
Principio de interpretación conforme a la Constitución (configuración jurisprudencial)	1047
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Principio de interpretación conforme a la Constitución (contenido del)	1049
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	

Principio de inviolabilidad de la Constitución	1051
José Ricardo CARRAZCO MAYORGA	
Principio de irreversibilidad	1053
Iván ESCOBAR FORNOS	
Principio de proporcionalidad	1054
Rubén SÁNCHEZ GIL	
Principio de universalidad	1057
VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI	
Principio <i>in dubio pro reo</i>	1059
Claudia Viridiana HERNÁNDEZ TORRES	
Principios generales del derecho	1060
Eloisa Denia COSIMO	
Principios políticos	1062
José Antonio Abel AGUILAR SÁNCHEZ	
Procesalistas (proceso constitucional)	1064
Alberto SAÍD	
Proceso	1065
Alberto SAÍD	
Procesos constitucionales atípicos	1066
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Procesos constitucionales de la libertad	1068
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
Procesos constitucionales típicos	1068
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Procesos no constitucionales	1070
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Promoción	1072
Dora Irma OLVERA QUEZADA	
Promovente en controversias constitucionales	1073
María Amparo HERNÁNDEZ CHONG CUY	
Propiedad (derecho a la)	1076
Ignacio GARCÍA VITORIA	

Protección judicial	1078
Carlos PÉREZ VÁZQUEZ	
Protocolo de Estambul	1080
Jorge CRUZ	
Prudencia	1083
Andrea ZAMBRANA CASTAÑEDA	
Prueba en los procesos constitucionales	1084
Ana GIACOMETTE FERRER	
Prueba genética	1086
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Pueblos y comunidades indígenas	1089
Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN	

Q

Queja en el procedimiento de derechos humanos	1093
María de Lourdes GARCÍA RUIZ	
Quórum	1095
José Antonio Abel AGUILAR SÁNCHEZ	

R

<i>Ratio decidendi</i>	1101
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Recurso de duda. Medio de control constitucional llevado a cabo por el Congreso	1103
Carlos GONZÁLEZ BLANCO	
Recurso de inconstitucionalidad	1105
Iván ESCOBAR FORNOS	
Recurso de queja (amparo mexicano)	1106
Daniel ÁLVAREZ TOLEDO	

Recurso de queja en acción de inconstitucionalidad	1109
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Recurso de reclamación (amparo mexicano)	1110
Daniel ÁLVAREZ TOLEDO	
Recurso de reclamación en acción de inconstitucionalidad	1111
Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA	
Recurso de revisión (amparo mexicano)	1112
Daniel ÁLVAREZ TOLEDO	
Recurso de revisión (nueva Ley de Amparo)	1114
Luis María AGUILAR MORALES	
Recurso individual directo	1117
Héctor FIX-ZAMUDIO	
Recurso “obedézcase pero no se cumpla”	1120
Juan RIVERA HERNÁNDEZ	
Reducción al absurdo	1123
Carla HUERTA OCHOA	
Reforma constitucional (general)	1124
Sabrina RAGONE	
Reforma constitucional (límites implícitos)	1127
Sabrina RAGONE	
Reforma constitucional (límites lógicos)	1127
Sabrina RAGONE	
Reforma en materia de derechos humanos de 2011	1128
Julieta MORALES SÁNCHEZ	
Reformas totales	1131
Sabrina RAGONE	
Reglamento	1133
Manlio Fabio CASARÍN LEÓN	
Reglamento de la Corte Interamericana	1135
Jorge MEZA PÉREZ	

Rendición de cuentas	1137
John Mill ACKERMAN ROSE	
Reparaciones	1138
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Representación en los procesos constitucionales	1143
Osvaldo A. GOZAÍNI	
Responsabilidad constitucional	1147
Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ	
Responsabilidad patrimonial del Estado	1149
Israel SANTOS FLORES	
Responsabilidad penal	1151
Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ	
Responsabilidad penal individual a nivel internacional.	1153
Ricardo Sánchez PÉREZ DEL POZO	
Responsabilidad política	1155
Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ	
Restricciones constitucionales a los derechos humanos. Algunos elementos de identificación e interpretación	1157
Luis Miguel CANO LÓPEZ	
Graciela RODRÍGUEZ MANZO	
Retroactividad de la jurisprudencia	1160
Mauricio LARA GUADARRAMA	

S

Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia (El Salvador).	1165
S. Enrique ANAYA	
Sentencia-Ley.	1167
LUCIO PEGORARO	
(traducción de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA)	
Sentencias aditivas	1170
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	

Sentencias aditivas de principio	1171
José Ricardo CARRAZCO MAYORGA	
Sentencias aditivas prestacionales	1173
José Ricardo CARRAZCO MAYORGA	
Sentencias constitucionales atípicas	1175
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Sentencias interpretativas.	1178
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	
Sentencias manipulativas	1182
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	
Sentencias monitorias	1183
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Sentencias reductoras.	1185
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	
Sentencias sustitutivas	1186
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	
Sentimientos de la Nación	1188
Juan Pablo SALAZAR ANDREU	
Sistema Interamericano de Derechos Humanos (litigio)	1192
Juan Carlos GUTIÉRREZ CONTRERAS	
Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	1195
Carlos María PELAYO MOLLER	
Sistema Judicial de la Unión Europea	1198
Eloisa Denia COSIMO	
Sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos	1202
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Sistema trasnacional de protección judicial de los derechos humanos	1204
Mara GÓMEZ	
Supraconstitucionalidad e hiperconstitucionalidad	1206
Francisco Vázquez GÓMEZ BISOGNO	

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)	1208
Arturo Zaldívar LELO DE LARREA	
Suprema Corte de Justicia de la Nación (transición democrática)	1210
Roberto ÁVILA ORNELAS	
Supremacía constitucional	1212
Marcos Francisco DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	
Supremacía de las Constituciones locales	1214
José Miguel MADERO ESTRADA	
Supremo Tribunal Federal (Brasil)	1216
Luiz Guilherme MARINONI (traducción de Héctor FIX-FIERRO)	
Suspensión ponderativa	1218
Rubén SÁNCHEZ GIL	
Sustracción internacional parental de menores	1220
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	

T

Teoría constitucional	1227
José Miguel MADERO ESTRADA	
Transversalización de la perspectiva de género	1229
Maidier ZILBETI PÉREZ	
Tratados internacionales (interpretación)	1230
Daniel Francisco CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ	
Tribunal Constitucional (Austria)	1232
Christina BINDER	
Tribunal Constitucional (Perú)	1235
Luis R. SÁENZ DÁVALOS	
Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano	1237
José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ	

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	1240
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior)	1242
José Alejandro LUNA RAMOS	
Tribunal (Sala) Constitucional de Venezuela	1245
Carlos AYALA CORAO	
Tribunales	1247
Héctor FIX-FIERRO	
Tribunales constitucionales (funciones ulteriores)	1249
Sabrina RAGONE	

V

Visitaduría en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal	1253
José Antonio GUEVARA BERMÚDEZ	

W

Writ of <i>certiorari</i> (auto de avocación) ante la Corte Suprema de Estados Unidos	1259
Toni JAEGER-FINE (traducción de María de la Concepción VALLARTA VÁZQUEZ)	

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

Resulta un motivo de satisfacción realizar la presentación del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, bajo la coordinación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, que ha tenido a bien ser publicada por el Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La obra que el lector tiene en sus manos constituye un esfuerzo colectivo en materia de la ciencia del derecho procesal constitucional y convencional. Por sus características, es un texto indispensable para todos los jueces, operadores jurídicos y estudiosos del derecho. El presente *Diccionario* representa el trabajo de más de 200 autores de 18 países latinoamericanos y europeos, que reúne casi 600 voces en la materia. Así, no solo es un puente entre la jurisdicción interna y la internacional, sino es una significativa aportación al análisis de los asuntos relacionados con los derechos humanos.

La progresividad y expansión que han tenido el derecho procesal constitucional y los derechos humanos en los últimos años resultan innegables, por lo que las aproximaciones serias a esta disciplina son condición inexcusable para la comprensión de las categorías básicas que son objeto de su estudio.

Una de las tareas pendientes es definir el papel del juez en un Estado democrático y constitucional, quien con su labor interpretativa y de aplicación construye y reconstruye las normas, dotando de contenido a los derechos humanos.

La tarea de las y los impartidores de justicia consiste, por lo tanto, en tutelar y aplicar de manera irrestricta los principios constitucionales con apoyo en los mecanismos legales, constitucionales y convencionales de diversa índole, previstos para tal efecto.

Así, es claro que los jueces nacionales tienen la responsabilidad central de salvaguardar los derechos humanos en un Estado, entendido este último como un verdadero fenómeno social y cultural.

Los recientes cambios en el sistema normativo y de fuentes propiciados en México a partir de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente, permiten el encuentro con la disciplina denominada derecho procesal constitucional, discutiendo temas relevantes que surgen en torno al mismo.

La figura del juez impone como premisa irrecusable de su actividad, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, generando una conexión directa entre el derecho constitucional y el derecho internacional y convirtiéndolo en juez constitucional y juez interamericano.

Asimismo, el contexto de los compromisos internacionales, del análisis del expediente 912/2010, relativo al cumplimiento de la sentencia de *Rosendo Radilla* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la contradicción de tesis 293/2011, en donde se ha interpretado la jerarquía de las normas en México, permite afirmar desde la experiencia mexicana, que los tribunales constitucionales son determinantes en la construcción y progresividad de los derechos, asumiendo la responsabilidad histórica de su respeto y garantía, generando con ello nuevos derroteros en los criterios interpretativos, sustantivos y adjetivos que permitan la eficacia de los mismos.

A partir de dichos pronunciamientos, se hace evidente la necesidad de asegurar y determinar que las obligaciones internacionales fomentan una debida articulación entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que implica un proceso dinámico de reflexión y reinterpretación del derecho, a la luz de un sistema de fuentes diverso, y en el cual se produce un interesante e intenso influjo entre cortes nacionales e internacionales, a lo que la doctrina ha denominado el “diálogo jurisprudencial”.

Debemos, por lo tanto, entender el presente esfuerzo, como la descripción de los conceptos fundamentales en torno a la disciplina constitucional, procesal e internacional, pero además, como una herramienta importante para jueces, juezas, magistrados y magistradas, obligados a garantizar diariamente los derechos fundamentales,

por medio del ejercicio cotidiano de integración normativa que les corresponde.

Sin duda alguna, las contribuciones de todos los autores y de los coordinadores motivarán al análisis, la difusión y el estudio en relación con el nuevo paradigma de los derechos humanos.

En este marco, resulta particularmente importante la participación del Consejo de la Judicatura Federal, participe en la generación de una herramienta de apoyo para las y los juzgadores, ya no solo constitucionales o convencionales, sino ahora también encargados explícitos de proteger los derechos humanos.

Abril de 2014

Ministro Juan N. SILVA MEZA

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

NOTA INTRODUCTORIA A LA PRIMERA EDICIÓN

Se cumplen setenta años de la aparición del libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, en el que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo utilizara por primera vez en Argentina la expresión “derecho procesal constitucional”, por lo menos en el título de la obra;¹ y que luego, especialmente en México, en su clásico *Proceso, autocomposición y autodefensa* dejara con claridad su postura sobre la existencia de una nueva rama procesal.²

Esto significó el comienzo de un largo camino en la consolidación científica del derecho procesal constitucional, con aportes muy significativos de Kelsen, Couture, Calamandrei, Cappelletti y particularmente del jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, que en su tesis de licenciatura de 1955 realiza el primer estudio sistemático sobre la materia, para establecer que el juicio de amparo debe estudiarse conjuntamente con las demás garantías constitucionales dentro de la nueva disciplina del derecho procesal constitucional.³ La riqueza de ese ensayo del investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y discípulo dilecto de Alcalá-Zamora resulta invaluable para sentar las bases de lo que hoy es el *derecho procesal constitucional*.

Esta disciplina ha tenido un notable desarrollo en los últimos años, quedando incorporada en programas de estudio de licenciatura y posgrado, especialmente en numerosas universidades latinoamericanas. Su objeto de estudio es cada vez más amplio por los aportes de autoras y autores que se dedican al análisis de los ins-

¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines de estudio del proceso)*, México, UNAM, 1947, p. 207.

³ Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, México, 1955.

trumentos procesales encargados de hacer efectivos los contenidos de la Constitución, así como a través de la creación de institutos o asociaciones científicas en la materia, propiciando su interés, estudio y difusión.

Uno de los desafíos más importantes que hoy enfrenta la disciplina es la interacción con el derecho internacional en general, particularmente con el derecho internacional de los derechos humanos. Ante la ausencia de un diccionario sobre esta pujante disciplina que atienda a los nuevos retos que enfrenta, los coordinadores coincidimos en la necesidad de contar con un *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, que se convirtiera en instrumento de consulta útil y a la vez sencilla, a manera de una primera aproximación sobre los diversos tópicos que la engloban, dirigida no solo a los estudiantes y profesores universitarios, sino también a los juzgadores, abogados y, en general, a los operadores jurídicos, que día a día se enfrentan a la complejidad social, política y jurídica que encierra esta disciplina.

En ese contexto, y derivado de la trascendental reforma constitucional mexicana de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en ese mismo año se inició la planeación del texto con el proceso de selección de aquellas voces que consideramos necesarias incorporar en un diccionario de esta naturaleza, que englobe los diversos enfoques de convergencia del derecho procesal, constitucional y convencional; durante los siguientes dos años se invitó a participar a quienes son considerados precursores, maestros, especialistas y conocedores de los temas que integrarían este caro proyecto.

El resultado es la obra que hoy presentamos, con cerca de 600 voces y con la participación de más de 200 autoras y autores de Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República del Congo y Venezuela. Por la complejidad de este esfuerzo colectivo, un importante número de voces no pudieron incorporarse en esta primera edición, sea porque se recibieron cuando el diccionario se encontraba editado, o por la dificultad de redactarlas por algunos autores. En todo caso, las voces no incluidas por esas razones y las que confiamos se completen, se integrarán eventualmente en una futura edición.

Las voces se han organizado en orden alfabético, de tal manera que el interesado pueda realizar una lectura secuencial que facilite su búsqueda, sin que ello signifique la ausencia de un diseño racional de relación entre los términos incluidos, debido a que dicho enfoque ha estado presente desde el momento de la selección de cada voz, sin olvidar que el *Diccionario* resulta muy representativo, en virtud de la especialidad de quienes contribuyeron en su integración.

Quienes hemos tenido el honor de coordinar este esfuerzo común, y seguramente todos los que lo han hecho posible, nos sentimos satisfechos por el resultado obtenido, debido a que las y los participantes han logrado exponer de manera clara el contenido y alcance de cada locución, desde un contexto histórico, jurídico y social, así como desde una perspectiva de derecho comparado, siempre que la voz no tuviera un enfoque esencialmente nacional o regional.

Nuestro profundo agradecimiento a quienes generosamente aceptaron participar en el *Diccionario*. Reconocemos su capacidad de síntesis y el haber logrado identificar los elementos esenciales en cada término. De igual manera, agradecemos a quienes realizaron las traducciones de otros idiomas al español por su importante labor.

Dejamos constancia de gratitud a la maestra Jacqueline Martínez por su decidido apoyo en este proyecto, así como al maestro José Manuel Chavarín Castillo y a la licenciada Claudia Viridiana Hernández Torres por el esfuerzo emprendido.

La presente obra no hubiera sido posible sin el esfuerzo institucional conjunto del Consejo de la Judicatura Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nuestro profundo agradecimiento y reconocimiento al ministro Juan N. Silva Meza por su indeclinable y decidida labor como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para ir construyendo, día a día, en su labor jurisdiccional y administrativa, el nuevo paradigma constitucional a favor de la dignidad humana, que estamos seguros marcará el devenir histórico de la Décima Época jurisprudencial; así como al doctor Héctor Fix-Fierro, por su muy destacada labor en los últimos ocho años como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Como no puede ser de otra manera, dedicamos este *Diccionario* a nuestro querido maestro don Héctor Fix-Zamudio, indiscutible

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

forjador de la ciencia del derecho procesal constitucional, por sus noventa años de fructífera existencia, en los que ha sido y seguirá siendo un ejemplo a seguir como académico y ser humano excepcional.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA
Ciudad de México, abril de 2014

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Con profunda satisfacción presentamos la segunda edición del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Esta nueva edición que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM está dirigida al público en general, ya que la primera se distribuyó fundamentalmente a los integrantes del Poder Judicial de la Federación, debido al convenio de colaboración con el Consejo de la Judicatura Federal.

Una vez más agradecemos muy sinceramente al ministro Juan N. Silva Meza, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, por su autorización para que ahora aparezca esta nueva edición por la UNAM, con la finalidad de que esté disponible a los estudiantes, profesores, abogados, jueces, y en general a todos los operadores jurídicos que requieren comprender los alcances de la nueva realidad jurídica y social, derivada en gran parte por las trascendentes reformas constitucionales de los últimos años.

En esta segunda edición figuran nuevas voces y se realizan las traducciones al español de aquellas que originalmente se publicaron en inglés, francés, italiano y portugués. Asimismo, para un mejor manejo del *Diccionario*, ahora aparece en un solo volumen; y al inicio, en el “contenido”, figura cada voz acompañada del nombre del autor, con objeto de facilitar la búsqueda correspondiente. Esperamos en una futura edición completar el *Diccionario* con aquellas voces que deben figurar y que por diversas razones no pudieron ahora incorporarse.

Al igual que en la primera edición, agradecemos a los 219 autores y autoras de dieciocho países, por su entusiasta participación en la redacción de las ahora 574 voces, así como a las personas que han colaborado en la traducción de las mismas. De igual forma, nuestro reconocimiento a la doctora Elvia Flores, jefa de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y a todo su valioso equipo de trabajo.

De manera muy especial, agradecemos al doctor Héctor Fix-Fierro por su decidido apoyo para que hoy aparezca esta nueva edición. Nuevamente dejamos constancia por su dedicación, compromiso y constante entrega que como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha venido realizado en los últimos ocho años.

El presente esfuerzo colectivo está dedicado, como quedó plasmado desde la primera edición, a nuestro querido maestro, Héctor Fix-Zamudio,

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

por ser un ejemplo constante de vida, en ocasión de su nonagésimo aniversario de feliz existencia y por sus cincuenta años como investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LOS COORDINADORES
Ciudad de México, agosto de 2014



A

ABOGADO(A)

En un sentido general, este término se refiere a toda persona conocedora del derecho o experta en él —tenga o no un título legalmente reconocido—, que realiza funciones de asesoría jurídica y representación en beneficio de otra u otras personas que así lo requieran. La creciente complejidad técnica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos exige —con frecuencia por mandato legal— que los ciudadanos que emprendan algún procedimiento ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, o bien se vean obligados a intervenir en él, cuenten con la asesoría y la representación de un abogado titulado. Esto es particularmente cierto en el ámbito penal, en el que el Estado provee de asesoría y representación jurídica a las personas acusadas de algún delito cuando carecen de ella, a través de la actuación de un defensor público o de oficio, o bien a través de la intervención, según diversas modalidades, de un defensor particular.

Como muchas otras instituciones de nuestra tradición jurídica, los principales antecedentes de la abogacía se encuentran en Roma y en el derecho romano. A decir de James A. Brundage (*The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, 2008), los oradores y juristas romanos de los dos últimos siglos de la República crearon los antecedentes más remotos de lo que puede reconocerse como la profesión jurídica actual.

Los procedimientos judiciales —el formulario y su sucesor, conocido como *cognitio*— favorecieron el desarrollo de la profesión jurídica, pues ambos permitían que las partes comparecieran y alegaran su asunto a través de terceros; ello condujo al empleo rutinario de un agente o representante (*cognitor, procurator, defensor*) que tomaba el lugar de la parte representada en el procedimiento litigioso. Si se planteaban cuestiones jurídicas complejas, entonces se solicitaba una opinión escrita a los jurisconsultos (*iusperiti*), quienes, como conocedores de las leyes y costumbres de la comunidad, podían asesorar, orientar y prevenir a las partes de un litigio. El prestigio de estos juristas se vio incrementado cuando Augusto introdujo el llamado *ius respondendi*, el cual confería el respaldo de la autoridad imperial a las respuestas (*responsa*) que algunos de ellos habían puesto por escrito en relación con las cuestiones suscitadas en litigios privados.

Durante la República y el principado la habilidad esencial de los abogados romanos radicaba en la retórica y en su capacidad de persuasión, por lo que no era imprescindible la formación jurídica; de hecho, algunos de los oradores más renombrados de la época, como Cicerón, carecían de ella. Sin embargo, la creciente complejidad de las cuestiones jurídicas obligó a institucionalizar la enseñanza del derecho. Durante el Imperio, las escuelas de derecho desarrollaron planes de estudios definidos, y el emperador Justiniano fijó la duración de los estudios en cinco años, la que se mantiene todavía en muchas escuelas.

A partir del reinado de Constantino (311-337 d. C.), los abogados pertenecían cada vez más a los colegios o asociaciones profesionales (*collegia*) diseminados por el Imperio. Cada *collegium* estaba vinculado a los tribunales de la localidad o región. A cambio del monopolio en la representación judicial, sus miembros estaban sujetos a la regulación del Estado y eran responsables ante

el tribunal, el cual limitaba el número de abogados matriculados (la *matricula* era un examen de ingreso). Después del 284 d. C., los jurisperitos y los abogados se convirtieron en funcionarios públicos, y a fines del siglo IV ambas ramas de la profesión jurídica ya estaban fusionadas en la práctica.

En términos económicos, durante la República estaba prohibido el cobro de honorarios por los servicios de los abogados, aunque dicha prohibición era evadida con frecuencia; en todo caso, se suponía que dichos servicios eran compensados con donativos voluntarios y modestos de las partes. Por tanto, no había acción judicial para el cobro de *honoraria* no cubiertos. Aunque esta situación cambió más tarde, se estableció un monto máximo a la cantidad que los abogados podían cobrar legalmente. También se prohibió el llamado “pacto de *quota litis*”, por el cual el abogado tenía derecho a cobrar una parte proporcional de lo obtenido por su cliente en juicio.

La decadencia del Imperio Romano de Occidente a partir del siglo VI llevó a la desaparición prácticamente total de la profesión jurídica de raíz romana. Sin embargo, en los registros de los litigios de los siglos VIII a X que todavía se conservan aparecen ocasionalmente hombres a los que se designa de modos muy variados, como *advocati*, *causidici*, *iurisperiti*, *legis docti*, *iurisprudentes*, *notarii* y *iudices*.

Los importantes cambios en la organización social y económica de la sociedad europea medieval que se produjeron a partir del siglo XII requirieron nuevos y más sofisticados instrumentos jurídicos. El Corpus Iuris Civilis, es decir, la compilación de normas y textos jurídicos ordenada por el emperador Justiniano en el siglo VI de nuestra era, ofrecía un cuerpo de derecho que podía ser adaptado a esas necesidades.

El resurgimiento del derecho romano a partir del siglo XII fue esencialmente un fenómeno intelectual y académico, asociado al nacimiento de las primeras universidades. Entre los siglos XII y XIII, el ejercicio profesional y la docencia permanecerían estrechamente ligados; no había una clara distinción entre la figura de los juristas académicos que enseñaban en las universidades y ocasionalmente asesoraban a un cliente, y los juristas prácticos que se dedicaban a brindar asesoría todo el tiempo. Sin embargo, con el desarrollo creciente de los ordenamientos jurídicos hasta la época contemporánea estas funciones se irían especializando paulatinamente y adquiriendo modos de ejercicio particulares, conforme a la tradición jurídica y al ordenamiento nacional de que se tratara.

En la tradición del *common law*, surgida en Inglaterra a partir del siglo XI, los abogados y los jueces conformaron pronto una profesión jurídica fuerte e independiente, en la que los miembros más distinguidos de la abogacía pasaban a formar parte de la judicatura, la cual, a su vez, controlaba la formación y el ejercicio profesional de los propios abogados. La abogacía inglesa ha estado tradicionalmente conformada por dos figuras: el *solicitor*, o asesor jurídico, y el *barrister*, o abogado litigante. Hasta tiempos recientes, en que las diferencias se han ido atenuando, solamente los *barristers* tenían derecho a comparecer ante los tribunales superiores, y únicamente entre los más distinguidos de ellos se hacía el nombramiento de los cargos judiciales. En cambio, en las Estados

Unidos la profesión de abogado (*lawyer, attorney at law*) está unificada, aunque también es tradición que los jueces sean nombrados entre los abogados que se hayan distinguido en el ejercicio profesional.

En la mayoría de los países del mundo, el ejercicio profesional de la abogacía está sometido a un régimen jurídico especial, destinado a garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones profesionales y éticas. Tal régimen prescribe frecuentemente la obtención de una determinada formación a través de los estudios jurídicos; la aprobación de exámenes de ingreso al ejercicio profesional, así como la pertenencia obligatoria a ciertas organizaciones profesionales —conocidas habitualmente como *colegios* o *barras de abogados*—, las cuales tienen, entre otras funciones, las de regular y vigilar el ejercicio profesional, así como de promover la constante capacitación y especialización de sus agremiados.

En México, el ejercicio de la abogacía se encuentra sujeto a las leyes de profesiones que expiden los estados. La regulación de dicho ejercicio es laxo, tanto por lo que se refiere a los estudios jurídicos obligatorios como a los mecanismos de ingreso, supervisión y control del ejercicio profesional. Así, en nuestro país la obtención de un título profesional universitario habilita por sí mismo para la obtención de la llamada *cédula profesional*. El ejercicio profesional de los abogados no está sujeto a colegiación ni certificación obligatorias, y tampoco son efectivas las obligaciones y responsabilidades que prevén las leyes y códigos procesales. Sin embargo, el proceso de reforma de la justicia y la preocupación por el Estado de derecho han promovido el interés por introducir mayores requisitos y controles al ejercicio profesional, particularmente en la materia penal. Así, por ejemplo, conforme a la frac. VIII del apartado B del art. 20 constitucional, reformado en 2008, toda persona imputada por la comisión de un delito tiene “derecho a una *defensa adecuada por abogado*”, si bien ni la ley ni la jurisprudencia hasta ahora han definido con precisión cuáles son los alcances y consecuencias de esta determinación.

Héctor Fix-Fierro

ACCESO A LA JUSTICIA

Es un derecho fundamental derivado, primordialmente, del contenido de los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata de un concepto que ha atravesado múltiples transformaciones, primordialmente desde el siglo XVIII hasta nuestros días. En pleno auge liberal, el concepto se hallaba limitado al acceso a la jurisdicción, por lo que solo concernía a aquellas personas que se encontraban en un litigio. Se entendía que era un derecho natural y, como tal, no necesitaba ser reglamentado expresamente por el Estado, sino que solo debía impedirse su violación. Para Sánchez Gil, este derecho fundamental consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos, y no quedar indefensos ante su violación, a la cual es correlativa la obligación del Estado a realizar determinados actos positivos, tendientes a la protección de los derechos que pretende la persona que acude

a ellos y, en tal virtud, el acceso a la justicia puede clasificarse como un derecho fundamental de prestación. Puede decirse —añade Sánchez Gil— que al derecho de acceso a la justicia es inherente el principio general y abstracto de *no indefensión*, que determinarían la interpretación y aplicación de las normas procesales, de modo que, en máxima medida, las demandas de las personas ante órganos jurisdiccionales sean atendidas y resueltas, pues la falta de atención a ellas podría implicar la firmeza de alguna violación a sus derechos y la imposibilidad de reestablecer el orden jurídico. Por su parte, Américo Robles define al acceso a la justicia como un acceso a las condiciones —sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas— que posibiliten el reconocimiento y ejercicio efectivo de derechos por parte de los ciudadanos, ya sea dentro de las organizaciones jurídicas formales como alternativas de acuerdo con el interés de quien procura acceder.

Prácticamente desde sus orígenes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido pronunciamientos sobre el contenido y alcance de los arts. 8 y 25 de la CADH, pero fue hasta 1999, en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, cuando se utilizó por primera vez la expresión “acceso a la justicia” (*Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* sentencia del 30 de mayo de 1999. Fondo, reparaciones y costas, párr. 128). En el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH sostiene que el art. 8.1 de la CADH (toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter) “...consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención” (sentencia del 28 de noviembre de 2002 fondo, reparaciones y costas, párr. 50).

Por su parte, en su voto concurrente, a propósito del caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* (sentencia del 28 de febrero de 2003. Fondo, reparaciones y costas), el juez Cançado Trindade sostiene: “...2. De la presente Sentencia de la Corte se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, en los planos tanto nacional como internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia”. Y Sergio García Ramírez, expresidente de la Corte IDH, en su voto concurrente en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (sentencia del 25 de noviembre de 2003. Fondo, reparaciones y costas), afirma con referencia al acceso a la

justicia: "...5. También se ha ocupado nuestro tribunal en el examen y el pronunciamiento sobre hechos que atañen al acceso a la justicia, o dicho de otro modo, a la preservación y observancia de las garantías judiciales y los medios jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales. Ese acceso implica tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos que imparten justicia en forma independiente, imparcial y competente, formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material). Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido. Es preciso, pues, destacar ambas manifestaciones del acceso a la justicia: formal y material, y orientar todas las acciones en forma que resulte posible alcanzar ambas”.

Por tanto, coincidimos con Ibáñez Rivas en que la Corte IDH ha destacado que el art. 8 de la CADH consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual, entendido por la propia Corte como una norma imperativa de derecho internacional, supone el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable, de manera que no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que los Estados garanticen que tales procesos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo.

Finalmente, al precisar las etapas del derecho de acceso a la justicia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dictó la siguiente tesis aprobada por unanimidad: “Derecho de acceso a la justicia. Sus etapas. De los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, como se señaló en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: ‘Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances’, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Los derechos antes mencionados alcan-

zan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.

Primera Sala. Amparo en revisión 352/2012. 10 de octubre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez”.

Para concluir, es posible concebir el acceso a la justicia como el acceso a las condiciones que posibilitan el acceso a la jurisdicción, y que garantizan tanto el debido proceso como la eficacia de las resoluciones emitidas por todas las autoridades.

Carlos Pérez Vázquez

ACCIÓN

Estamos frente a uno de los temas más tratados (¿y maltratados?) en la ciencia procesal; en efecto, intentar explicar la naturaleza de la acción procesal —y en cierta forma su evolución— ha hecho correr mares de tinta en continentes de papel. Eduardo Pallares sostuvo que por este asunto se produjo su visión pesimista acerca de la ciencia procesal. En verdad que su fino razonamiento era fruto no solo de la pasión, sino también de una inteligencia práctica.

Concepto. Se puede entender la acción procesal como una potestad jurídica de un sujeto de derecho, ya sea persona física o moral, pública, privada o del derecho social, en virtud de la cual se provoca la función jurisdiccional, ya sea como parte atacante o como parte atacada, durante todo el proceso, e incluso en las vías impugnativas o de ejecución.

Como se observa, el concepto es tan general que abarca diversas posibilidades procesales en el instar o accionar, que son muy variadas. Del concepto podemos destacar varias notas:

- a) Es una potestad jurídica en favor de un sujeto de derecho.
- b) Pertenece a personas físicas o morales, de derecho público (pues hay instituciones gubernamentales como el ministerio público, el Ejecutivo local o federal, o las cámaras legislativas que accionan), de derecho privado o de derecho social (como un sindicato).
- c) Cada vez que se insta se provoca la función jurisdiccional a lo largo del proceso, y no solo en los actos iniciales, como al presentar una demanda civil o al realizar una consignación penal.
- d) La acción pertenece a ambas partes en el proceso, tanto a la atacante como a la atacada, pues en el fondo se ejercita el mismo derecho: provocar la función jurisdiccional para la solución de un caso o serie de casos concretos.

Naturaleza jurídica. Esta potestad puede ser analizada desde muchos y variados puntos de vista. Se dice que es el derecho de petición consagrado en la Constitución, o el derecho (también constitucional) a la impartición de justicia completa e imparcial que respete el debido proceso legal, o es un derecho público subjetivo, o se expone como una instancia que requiere un derecho material para su ejercicio y así obtener una tutela concreta. Por nuestra

parte, la consideramos una potestad jurídica tan amplia como lo hemos postulado, relacionada, pero no subordinada a un derecho de fondo. La acción se debe sustentar, pero a veces se insta, a pesar de que su soporte sea un derecho harto discutible, interpretable o no lo suficientemente probado en un proceso.

Algún procesalista émulo de Galileo podría decir: “Y sin embargo, la acción mueve al proceso, con y sin derecho, pues para eso están los tribunales, para dictar sentencias y pronunciarse, allí donde hay confusión de hechos o derechos. Esto es tan real como que la Tierra gira en torno al Sol”. Esta afirmación no es una invitación a litigantes temerarios de derecho público, de derecho privado o de derecho social para que “sin ton ni son” inicien procesos, sino solo es un recordatorio del movimiento de las acciones y de los procesos en el ejercicio cotidiano de la vida forense.

Al menos en Occidente, a Celso correspondió el honor de formular la clásica definición de acción, que después fue recogida en el Digesto de Justiniano. El primero dijo que no era otra cosa sino la facultad de perseguir en juicio aquello que nos es debido. Después los glosadores medievales apostillaron que también por la acción se podía perseguir en juicio lo que nos es propio. En esta concepción se subordina el derecho de acudir a juicio a la existencia de un derecho material (real o personal) conculcado o violentado.

El tiempo nos ha demostrado que se puede acudir a un juicio con derechos debatibles y, en el peor de los casos, sin derecho de fondo, pues uno es el derecho autónomo de acudir a proceso, y otro asunto, probar o dejar claro que se tiene derecho a solicitarlo. Cuando la sentencia no es favorable a la pretensión, se desestima judicialmente a ella y no a la acción que se ha ejercitado.

Dos pandectistas alemanes perfilan la autonomía de la acción procesal en la segunda mitad del siglo XIX; Windscheid y Muther, en una polémica (1856-1857) que quedó por escrito y se ha traducido al castellano, cuya lectura es indispensable para el estudioso que no se conforme con interpretaciones ajenas que además no han sido unívocas.

Entre las teorías publicistas sobre la naturaleza de la acción, Ferrer MacGregor presenta dos grandes corrientes:

- a) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia, y
- b) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter concreto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, o del adversario o ambos, con objeto de obtener una tutela jurisdiccional con una sentencia favorable.

Alberto Saíd

ACCIÓN DE AMPARO

Tratar de definir la expresión no es tarea sencilla. Los vocablos “acción” y “amparo”, por separado, han sido muy debatidos. Contestar cada una de estas preguntas: ¿qué es la acción? y ¿qué es el amparo?, ha sido, y es, labor ardua, pero mucho más lo es contestar: ¿qué es la acción de amparo?

El término “acción” da por su propia ingenuidad etimológica la idea de movimiento, de un hacer. “Amparo” es vocablo aspiracional, pues quien lo busca está en pos de abrigo y protección.

En el campo jurídico procesal, la acción es instar, es pedir, y amparar es resguardar, proteger.

De manera elemental se puede decir que es una instancia de eficacia, remedio, abrigo, y seguridad; con una nota: el amparo es urgente, a veces históricamente su otorgamiento ha significado la vida o muerte de un ser humano.

La instancia o solicitud jurídica a un “gobernante” a una “autoridad”, a un “señor justicia” es muy antigua en varias culturas jurídicas. No debe confundirse con una gracia dada a discreción por el “soberano” otorgante. La acción de amparo no busca perdones, remisiones, indultos, amnistías ni indulgencias. Su aspiración moderna es la efectiva tutela de derechos fundamentales elevados, los llamados “derechos humanos”, cuya titularidad también ha sido difícil de precisar.

“Persona física”, “persona jurídica colectiva”, “gobernados”, titulares de intereses colectivos o difusos, son vocablos que están en permanente cuestionamiento, por la doctrina, por los legisladores, por los juzgadores, o por otras “autoridades”, como el *ombudsman*, para otorgar la titularidad de los derechos humanos.

México es un lugar donde la figura del amparo moderno ha tenido una postura señera, con antecedentes más o menos claros y estudiados, pero en nuestros días, como puede verse en la obra coordinada por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, la acción de amparo tiene manifestaciones amplias y muy complejas.

México cuenta con una legislación reciente (2013) en la materia, conocida como la nueva Ley de Amparo. Varios son los estudiosos actualizados: Fix-Zamudio, Ferrer Mac-Gregor, García Morelos, y ministros de la Suprema Corte se ocupan de explicarla.

En torno a la acción de amparo, Ferrer Mac-Gregor llama la atención en estos puntos:

- Entidades públicas quejas (supuesto general, interés legítimo).
- Tercero interesado (concepto y naturaleza y víctima del delito, ministerio público federal, indiciado o procesado).
- Amparo penal.
- Amparo indirecto.

Hemos de tomar en cuenta para todos los aspectos de los alcances del término acción de amparo: la reforma del 6 de junio de 2013 a la Constitución, y diversos quehaceres jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al momento de escribir estas letras están pendientes varias resoluciones de gran fuste en nuestra materia.

Tal vez se pueda entender a la acción de amparo como una garantía; esto es, un mecanismo de protección procesal de los derechos humanos de los distintos “centros ideales” de titularidad jurídica; como una instancia, necesariamente de pronta resolución, con buenos mecanismos de protección

anticipada, pues se busca la efectiva protección de quien ostenta un “poder” capaz de mutar un “estado jurídico” del agraviado.

Cierro con estas notas recordando al *Diccionario de Autoridades* (1726).

Amparar: favorecer, ayudar, tomar debajo de su protección a alguien desvalido o necesitado.

Ampararse: defenderse, buscar y tomar protección, valerse del patrocinio o amparo, o de alguna cosa para su resguardo o defensa.

Cualquier definición de la acción de amparo, más que técnica o académica, debe ser *humanista*, por ser garantía de derechos supremos, derechos humanos, y aspiracional.

Alberto Said

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El origen de la acción de inconstitucionalidad puede remontarse, como precedentes remotos, a la *actio popularis* de Colombia (1850) y Venezuela (1858) y, ya como verdadero nacimiento, a la “solicitud” (*Antrag*) prevista en la Constitución austriaca de 1920 (art. 140), por influjo de Hans Kelsen, y a modo de “racionalización” del sistema americano difuso de control de la constitucionalidad, no pudiendo desconocerse tampoco la previsión, de nula eficacia posterior; sin embargo, de dicho instituto unos meses antes en la Constitución de Checoslovaquia. Desde entonces, el instituto se ha extendido por medio mundo, y podemos decir que se ha generalizado de manera especial en Europa y América Latina.

La acción de inconstitucionalidad es aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia, en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuera, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las “sentencias intermedias” o modalidades atípicas de sentencias. En el caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de ser firmado por el Estado y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten aplicar las disposiciones inconstitucionales (cuando ello fuera posible).

En esta definición están ya los ingredientes fundamentales propios de toda acción de inconstitucionalidad: su naturaleza (acción procesal-constitucional

de control normativo abstracto de la constitucionalidad, junto a la que pueden existir otras modalidades de acciones procesal-constitucionales), la legitimación activa para ejercitarla, su posible objeto, su parámetro (la Constitución), su procedimiento y sus efectos. Muchos aspectos de los mencionados admiten variantes, de lo que resulta la posibilidad de tantas regulaciones específicas de la acción de inconstitucionalidad como ordenamientos constitucionales que la prevean, al menos.

A partir de la anterior definición, es posible también derivar los rasgos principales de la acción de inconstitucionalidad como instituto genérico de control de la constitucionalidad:

1. Se trata de un mecanismo procesal; esto es, de un instrumento no de derecho sustantivo, sino procesal. En concreto, es un instrumento por medio del cual se da lugar al inicio de una actividad jurisdiccional para resolver una controversia de rango constitucional.

2. Se trata de un mecanismo de rango constitucional; esto es, derivado de la Constitución. Por ello, si no hay Constitución o, habiéndola, no exige, expresa o siquiera tácitamente, la existencia de la acción procesal en cuestión, ésta no es, en rigor, una verdadera acción de inconstitucionalidad, pues su existencia no depende de la norma constitucional, sino de la voluntad del legislador ordinario; es decir, del sujeto pasivo del control solicitado a través de la acción de inconstitucionalidad. Un mecanismo de control cuya misma existencia y modo de operar depende de aquel a quien se va a controlar no puede considerarse seriamente tal mecanismo de control.

3. La legitimación activa para plantear la acción, para ejercitarla, puede corresponder a todas las personas (acción popular), a cualquier persona que sea nacional del país (acción cuasipopular), a múltiples y variados círculos determinados de personas y/o a órganos, o incluso a fragmentos de órganos políticos previstos en mayor o menor medida por la Constitución (especialmente fracciones parlamentarias minoritarias). En principio, al menos en Europa y ya desde Kelsen, lo normal es que la legitimación se otorgue solo a determinados órganos políticos o fracciones de los mismos (sistema de la *Organklage* o legitimación orgánica), pero en Latinoamérica hay varios supuestos de legitimación popular o cuasipopular o a favor de órganos no estrictamente políticos, como colegios de abogados (sociedad civil). Un significativo paradigma sobre la evolución en esta materia es este: 1. La legitimación territorial (Italia, Austria originariamente); 2. La legitimación territorial y de las minorías parlamentarias (Alemania); 3. La legitimación anterior y además la del Defensor del Pueblo como teórica legitimación popular “filtrada” (España); 4. Acción popular (varios países latinoamericanos, Baviera, Hungría).

4. La legitimación pasiva se refiere a los órganos que aprobaron y, en su caso, promulgaron la norma impugnada. La legitimación pasiva se otorga a esos órganos y no a las (variables) personas que los integran en un momento dado.

5. Salvo en los casos de terminación anticipada del proceso, la acción de inconstitucionalidad da lugar, tras la tramitación procesal oportuna, a un pronunciamiento del órgano de la constitucionalidad, en concreto una sentencia,

en la que se expresará si el tribunal considera que la norma legal impugnada es o no conforme a la Constitución.

6. El juicio llevado a cabo por el tribunal de la constitucionalidad (sea un tribunal constitucional, sea una sala de lo constitucional, sea una corte suprema) es: a) un juicio normativo; esto es, un contraste entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y otra ha de ser una norma jurídica infraconstitucional (especialmente leyes formales o parlamentarias o con el rango y fuerza de éstas), y b) un juicio abstracto a la ley *on its face*; esto es, un juicio al margen de todo caso concreto, caso concreto que puede existir o no, pero que no condiciona el enjuiciamiento de la constitucionalidad ni la valoración de ésta.

7. Si el órgano de la constitucionalidad declara inconstitucional la norma jurídica enjuiciada, ello conllevará la nulidad de dicha norma con efectos generales, *erga omnes*, algo casi intrínseco al juicio abstracto en que se basa. Esta nulidad puede configurarse con efectos temporales solo para el futuro, a partir del momento en que se publica la declaración judicial de inconstitucionalidad (*nulidad ex nunc*, o anulabilidad); también puede desplegar efectos para el pasado, además de hacia el futuro (*eficacia ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad retroactiva, que conoce siempre ciertos límites, en particular en materia penal); o también puede ser una nulidad diferida (a un momento ulterior a la declaración de inconstitucionalidad), que solo surta sus efectos a partir de un determinado momento o *dies a quo* posterior al momento en que se declara la inconstitucionalidad (*eficacia diferida o pro futuro* de la declaración de inconstitucionalidad), pudiendo combinarse estos tipos de nulidad de varias maneras en un mismo sistema constitucional, por vía legal o simplemente jurisprudencial.

Por lo demás, aunque en principio el pronunciamiento del órgano de la constitucionalidad solo puede ser estimatorio de la inconstitucionalidad (con la consiguiente nulidad de la norma) o desestimatorio (con el efecto de la convalidación o reafirmación judicial de la constitucionalidad de la norma, que simplemente podrá permanecer vigente), lo cierto es que la experiencia de algunos de los sistemas más evolucionados de control de la constitucionalidad nos muestra que existe la posibilidad de otros muchos pronunciamientos “intermedios”, casi siempre de creación jurisprudencial a falta de una regulación legal o constitucional expresa (de ahí que también se les conozca como pronunciamientos atípicos de constitucionalidad).

8. El objeto de la acción de inconstitucionalidad es la norma impugnada. Lo propio de esta acción es que a través de ello se impugnan las leyes parlamentarias y las leyes que tengan fuerza de ley, así como las reformas constitucionales y los tratados internacionales. Pero nada excluye que, además, se puedan impugnar otras normas, en especial las de rango inferior a la ley parlamentaria, aunque lo idóneo es que estas sean controladas, en cuanto a su constitucionalidad y también a su legalidad, por los tribunales contencioso-administrativos o similares; pero, especialmente en América Latina, no siempre existe esa jurisdicción contencioso administrativa especializada, por lo que puede llegar a ser aconsejable, en ocasiones, que a través de la acción de inconstitucionalidad se puedan impugnar todas las normas infralegales.

9. El control de constitucionalidad ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad es, por lo general, un control represivo o *a posteriori*, pero hay países donde la regla general es que sea un control preventivo o *a priori* (Francia y Chile, especialmente), y en otros muchos se prevén determinados supuestos más o menos excepcionales en que el control ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad es uno previo y no *a posteriori*. Pues bien, en las hipótesis de control preventivo de la constitucionalidad de una norma jurídica lo que se sometería a control no sería la norma ya vigente, sino un proyecto de norma jurídica, bien que en su redacción ya “definitiva” (en tanto no sea declarada inconstitucional, al menos) o, en el caso de los tratados internacionales, la norma jurídica internacional antes de ser ratificada por el Estado; y el efecto de una eventual declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad de proceder a la aprobación final y definitiva de esa norma o de celebrar el tratado internacional.

Joaquín Brage Camazano

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (DEMANDA)

El escrito de demanda, en la acción federal de inconstitucionalidad, debe identificar expresamente al sujeto o sujetos legitimados —nombres de los integrantes de la minoría legislativa impugnadora, en su caso—, la norma legal o convencional materia de la impugnación, el medio oficial donde se publicó, los preceptos constitucionales o convencionales que se estiman violados y los conceptos de invalidez.

De acuerdo con los arts. 22 y 23 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 Constitucional (en adelante, LR105), se entiende que el inicio de la acción de inconstitucionalidad se verifica con la presentación de la demanda por escrito, lo cual configura el principio de escritura como rasgo común de los procesos constitucionales, además de que debe contener una fundamentación suficiente y congruente con la inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de la norma que se combate.

Los requisitos que debe contener la demanda en la acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 61 LR105 son los siguientes:

— Nombres y firmas de los promoventes; en este caso, establece el art. 62 LR105, cuando se trate de las fracs. a), b), d) y e) del art. 105, frac. II, CPEUM (minorías congresistas) se requiere que el escrito de demanda en que se ejercite la acción esté firmado por cuando menos el 33% de los integrantes del correspondiente órgano legislativo, y en este caso la minoría congresista impugnadora debe designar como representantes comunes a cuando menos dos de sus integrantes, y estos a su vez pueden acreditar delegados para diversas actuaciones durante el procedimiento.

— El segundo requisito es la mención de los órganos legislativos y ejecutivos que hubieran emitido y promulgado —respectivamente— las normas generales impugnadas; en cuanto a los órganos legislativos emisores se refiere, según sea el caso, al Congreso de la Unión, a la Cámara de Senadores y a la Cámara de Diputados (leyes federales y leyes del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión) y a los congresos estatales (leyes estatales).

En cuanto a los ejecutivos promulgadores serán el Ejecutivo Federal (leyes federales) y los gobernadores de estados (leyes estatales).

— Como tercer requisito, la demanda tiene que señalar la norma general cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiera publicado; es decir, mención expresa de la ley, norma o tratado impugnado, así como el medio de publicación oficial (*Diario Oficial de la Federación* o bien diario o periódico estatal).

— El cuarto requisito consiste en señalar los preceptos constitucionales y/o convencionales que se estimen violados, y

— El quinto y último son los conceptos de invalidez; es decir, los razonamientos lógico-jurídicos por los cuales se estima que la ley o tratado impugnado no se ajustan a lo establecido por la Constitución federal, y por lo cual se pretende su declaración de invalidez, deben ser suficientes, acordes y congruentes con la declaración de inconstitucionalidad solicitada en relación con los preceptos constitucionales y/o convencionales que se estiman vulnerados.

En síntesis, podemos concluir que los requisitos de la demanda que exige la LR105 son elementos imprescindibles para que la SCJN pueda desplegar su actividad como tribunal constitucional. En términos ordinarios se traducen en: quién está impugnando la norma, de qué norma o tratado internacional se trata, dónde se publicó —medio oficial—, artículos de la Constitución federal o de un tratado internacional presuntamente violentados, y, finalmente, por qué los violenta —conceptos de invalidez—.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (INSTRUCCIÓN)

Estudiar la “instrucción” de la acción federal de inconstitucionalidad implica redactar líneas que permitan apreciar en su contenido no solo un conjunto de pasos ordenados por el legislador para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como las partes implicadas en el proceso abstracto, puedan obtener el resultado esperado, el cual regularmente es la sentencia. Sin embargo, sabemos que ello puede no ser así, ya que el proceso en ocasiones concluye con una decisión que determina el sobreesimiento o bien con un acuerdo en el que se determina la improcedencia de la acción ejercitada, y por tanto se desecha.

En particular, la acción abstracta federal de inconstitucionalidad establecida en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal y el estudio de la “instrucción” de este proceso constitucional implica el análisis pormenorizado del título III de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR 105), denominado “De las acciones de inconstitucionalidad”, es decir, de la parte normativa de la ley procesal que regula ese conjunto de pasos concretos que el propio legislador estructuró.

Además, hay que mencionar que la SCJN actúa como impulsora del proceso abstracto y tribunal de instrucción oficioso, aun en aquellos casos en que no se encuentre presente el ministro presidente o el instructor.

El procesalista Piero Calamandrei (1960), para expresar lo que implica un proceso, dice que se trata de “Las reglas del derecho procesal, mirándolas contra la luz, no son en su esencia otra cosa más que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica, traducidas en reglas obligatorias; en el fondo (...) no existe mucha diferencia, bajo el aspecto lógico, entre los códigos de procedimientos civiles o penales que enseñan cómo se debe proceder para obtener justicia, y ciertos manuales de técnica elemental que enseñan el procedimiento (también la palabra es la misma) de cualquier arte o de cualquier oficio, y que se intitulan, por ejemplo, —Cómo cultivar rosas—, —Cómo llegar a ser fotógrafo— o —Cómo se puede llegar a ser pescador submarino—”.

Lo mismo acontece con las reglas que establecen el desenvolvimiento de los procesos constitucionales, ya que en efecto no son otra cosa más que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica.

Tal como podrá percibirse, el diseño legislativo en la arquitectura del proceso reglamentario de las acciones de inconstitucionalidad establecido en la LR105 implica como presupuestos mínimos el estudio del plazo para la presentación de la demanda; los requisitos de la misma y los efectos de su admisión; las causales de improcedencia y sobreseimiento; los alegatos; la acumulación y la conexidad; la sentencia y finalmente los recursos —reclamación y queja—.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEGITIMACIÓN DE LOS ORGANISMOS PROTECTORES DE DERECHOS HUMANOS)

En cuanto a la legitimación activa en la acción federal de inconstitucionalidad del “*ombudsman* mexicano”, al respecto es necesario precisar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las comisiones protectoras de derechos humanos de los Estados y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, encuentran asidero constitucional en el art. 102, apartado B, de la Constitución federal, así como en las diferentes Constituciones de cada uno de los estados integrantes de la Federación y en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

No fue sino hasta el 14 de septiembre de 2006 cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición a la frac. II del art. 105 constitucional, del inciso “g”, el cual estableció la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para ejercitar la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución; además, preceptuó que los organismos estatales correspondientes —incluida la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal— podrían ejercitar la acción contra leyes expedidas por sus congresos o, en su caso, leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que presuntamente lesionen dichos derechos, únicamente contra ese tipo de leyes; es decir, que atenten contra los derechos humanos establecidos en la

Constitución federal y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Es necesario precisar que con motivo de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011, el inciso “g)” de la frac. II, del art. 105 de la Constitución federal fue modificado, ampliando básicamente el parámetro de control, en los casos en que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sea el órgano que ejercita la acción.

El texto actual del inciso g) establece:

“Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

(...)”.

Ahora bien, diseccionando el multicitado inciso g), tenemos que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH):

—Puede ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra leyes federales, leyes estatales, leyes del Distrito Federal y tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Por tanto, la CNDH, al igual que el procurador general de la República, puede impugnar leyes federales, leyes estatales, así como tratados internacionales, con una diferencia radical: la impugnación de la citada Comisión Nacional será procedente siempre y cuando las leyes o tratados cuestionados vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte; es decir, existe una limitación de carácter material impuesta por el legislador, a diferencia del procurador, que no se encuentra constreñido a que el objeto de control que en un momento dado decida impugnar verse o no sobre derechos humanos, toda vez que de acuerdo con el texto constitucional se encuentra habilitado para impugnar todo tipo de ley o tratado internacional sin importar la materia que regule.

Otro aspecto que llama la atención en la legitimación del *ombudsman* nacional, que se desprende de la reforma constitucional de junio de 2011, consiste en que a diferencia de los demás legitimados, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es el único órgano habilitado —por disposición expresa del inciso g, frac. II, art. 105 constitucional—, para esgrimir en el escrito de demanda tanto preceptos constitucionales como convencionales presuntamente violentados —en materia de derechos humanos—. La literalidad del inciso g) así lo establece:

“g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos *consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.(...)*”.

Por tanto, si el inciso g, frac. II, del art. 105 de la Constitución federal, dota a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que esgrima vicios de inconstitucionalidad, así como de inconventionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe resolver el asunto no solo a la luz de la Constitución federal, sino también debe emplear como parámetro de control constitucional, por lo menos los tratados internacionales que la citada Comisión haya invocado en su demanda. Así lo evidencia la tesis jurisprudencial P./J. 31/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXXIV, agosto 2011, pág. 870, que establece:

“Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos (legislación vigente hasta el 10 de junio de 2011)”.

Con relación a las comisiones de derechos humanos estatales y del Distrito Federal, el legislador constitucional, en la reforma al inciso g, frac. II, art. 105 CPEUM, en 1996 estableció una doble limitación para ejercitar la acción abstracta a las comisiones estatales:

- 1) Que se trate solo de normas emanadas del congreso legislativo de la entidad federativa a la cual pertenecen; por ejemplo, el *ombudsman* del estado de Yucatán solo podrá ejercitar acciones en contra de productos normativos emanados del congreso yucateco, y
- 2) que esas normas vulneren derechos humanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEGITIMACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS)

La reforma constitucional de 1994 otorgó legitimación procesal activa al equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados y el mismo porcentaje tratándose de los integrantes de la Cámara de Senadores, de los órganos legislativos estatales, así como de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Tal porcentaje nos parece muy elevado. En ese sentido, el legislador, o bien no se percató de que esa proporción en lugar de beneficiarlo lo perjudica o, por el contrario, lo hizo deliberadamente, prefiriendo de esta manera evitar la posibilidad de poder controlar jurisdiccionalmente mediante la vía abstracta su labor, sobre todo en los casos en que su creación normativa puede transgredir la supremacía constitucional. Desde nuestro punto de vista, precisamente el mayor problema que enfrentan los órganos legislativos es la mayoría reforzada que el poder de reforma estableció en la Constitución federal para ejercitar la acción de inconstitucionalidad. Destacamos que nos parece que el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de los órganos legislativos necesario para ejercitar una acción de inconstitucionalidad es excesivo, además de estar incurso en un ámbito carente de razonabilidad normativa.

Al respecto, se cuestiona cuál debería ser el porcentaje idóneo para ejercitarlas; cuando se ha presentado la oportunidad de responder a tal interrogante nuestra respuesta inequívoca es que desconocemos el porcentaje exacto, pero sí afirmamos que debería ser menor.

Una de las diferencias importantes en la legitimación conferida a los distintos órganos legislativos reside en el objeto de control que cada uno de ellos puede cuestionar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En ese sentido, resulta ilustrativo el siguiente cuadro:

<i>Órgano legislativo</i>	<i>Objeto de control</i>
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados.	Leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Senadores.	Leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales.	Leyes expedidas por el propio órgano.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.	Leyes expedidas por la propia Asamblea.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEGITIMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS)

Una innovación además de un acierto del legislador mexicano, tras la reforma en 1996 al art. 105, frac. II de la Constitución federal, consistió en que estableciera la legitimación de los partidos políticos para ejercitar la acción de inconstitucionalidad específicamente contra leyes electorales.

Lo que a primera vista pudiera considerarse como una “legitimación más” en lo referente al control abstracto de constitucionalidad de las leyes es en realidad una importantísima atribución que se les otorgó a los partidos políticos en el derecho mexicano.

De esta manera, un partido minoritario podrá ejercitar la acción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el único requisito de que posea el correspondiente registro ante el Instituto Federal Electoral o ante el instituto estatal correspondiente, toda vez que el legislador estableció como único requisito para su procedencia el “registro” al que nos referimos.

Se trata de una legitimación limitativa, en el sentido de que los partidos políticos únicamente pueden combatir leyes en materia electoral y cumulativa en el sentido de que el resto de los entes legitimados también pueden hacerlo contra el mismo tipo de normas.

Resulta apropiado aclarar lo anterior atendiendo a que en forma previa a la reforma citada, el art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecía expresamente la imposibilidad de ejercitar la acción contra leyes en materia electoral.

Con ello, no existía en México (hasta 1996) la posibilidad de cuestionar la presunta inconstitucionalidad de leyes electorales, situación anómala en un sistema democrático con medios de control constitucional. Desde una óptica “material”, este tipo de leyes son las normas que establecen las reglas propias de la democracia en un país; entendamos por ello, desde los requisitos de creación de un partido político, pasando por financiamiento público y privado, hasta coaliciones, fusión, distritación, redistribución de demarcaciones electorales, etcétera.

Las consideraciones anteriores fueron ratificadas por la SCJN en su tesis jurisprudencial P.J. 27/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo IX, abril 1999, p. 253, cuyo rubro señala: “Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos no son los únicos que pueden combatir en esta vía leyes electorales”.

Si bien la nueva legitimación que se estableció fue *cumulativa* en cuanto que a los demás sujetos habilitados previamente para ejercitar acciones contra normas que regularan otras materias, ahora lo podrían hacer también contra leyes electorales; ello se refleja en el criterio jurisprudencial 9/2007, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXV, mayo 2007, p. 1489, cuyo rubro establece: “Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Están legitimados para promoverla, además de los partidos políticos, los entes mencionados en la frac. II del art. 105 constitucional”.

Reiteramos que la reforma fue *limitativa* en cuanto a que los partidos políticos únicamente pueden ejercitar la acción contra leyes electorales (federales o locales) dependiendo del registro con el que cuenten, pero nunca podrán hacerlo contra otro tipo de ley que no sea electoral.

Lo anterior es materia de debate, toda vez que los partidos políticos no solo están interesados en la materia electoral, sino en la totalidad del entorno normativo. Basta con analizar las propuestas que la propaganda electoral arroja en época de elecciones; nos parece que deberían poder reprochar cualquier tipo de norma sin importar su materia.

Por último, es necesario precisar que el legislador diferenció la posibilidad de impugnar leyes electorales federales y leyes electorales estatales, dependiendo del tipo de registro con el que cuente cada partido político.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEGITIMACIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA)

Quien tiene la legitimación más amplia para ejercitar la acción de inconstitucionalidad es el procurador general de la República. Así lo establece el art. 105, frac. II, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

c).- *El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*

(...)”.

El precepto transcrito no solo faculta al procurador para ejercitar acciones de inconstitucionalidad, sino que, a semejanza de los demás incisos de la frac. II del art. 105 de la Constitución federal, también establece los objetos normativos susceptibles de control contra los cuales puede enderezarla.

El procurador general de la República es el ente con la legitimación más amplia en el ordenamiento constitucional mexicano; tiene la facultad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas objeto de control —leyes federales, leyes estatales y tratados internacionales en cualquier materia—, situación que no gozan los demás órganos legitimados.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (PARTES)

Las partes en la acción de inconstitucionalidad son:

a) El actor, que puede ser —o *pueden* ser cuando una acción se “acumula”—:

— La minoría congresista equivalente al 33% de los integrantes de los órganos legislativos (Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, órganos legislativos estatales, Asamblea de Representantes del Distrito Federal).

— El procurador general de la República.

— Los partidos políticos.

— La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

b) El demandado, que serán:

— El órgano legislativo emisor de la norma impugnada.

— El órgano ejecutivo promulgador de la norma impugnada.

c) El procurador general de la República, que emite su opinión o pedimento en aquellas acciones de inconstitucionalidad donde no es el actor.

d) El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los casos en que el ministro instructor solicite su opinión con respecto a acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, y

e) La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su dimensión de tribunal constitucional cómo órgano resolutor.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (PLAZOS)

Con fundamento en lo dispuesto en los arts. 105, frac. II, de la Constitución federal, y 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR105), el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional sean publicados en el correspondiente medio oficial.

El medio oficial de publicación de las leyes federales, así como de los tratados internacionales, es el *Diario Oficial de la Federación*; el medio oficial de publicación de las leyes estatales es el diario o periódico oficial de cada estado.

En México, las normas devienen impugnables vía acción federal de inconstitucionalidad el día *posterior* al que fueron publicadas en el correspondiente medio oficial, situación que la SCJN esclareció al resolver el recurso de reclamación 153/98-PL, del cual se desprendió la tesis 2ª. LXXIX/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, tomo IX, junio 1999, pág. 657, cuyo rubro es el siguiente: “Acción de inconstitucionalidad. El cómputo del plazo para la presentación de la demanda debe realizarse a partir del día siguiente de la publicación de la disposición general combatida”.

Generaron dudas aquellos casos en los que el último día del plazo para ejercitarla fuera inhábil, la Corte aclaró que bajo esas circunstancias la demanda podría presentarse el primer día hábil siguiente.

Así lo establece el art. 60 LR105, y en adición a ello la jurisprudencia de la propia Corte, al resolver el recurso de reclamación 153/98-PL, en la tesis 2ª. LXXX/1999, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo IX, junio 1999, pág. 658, cuyo rubro establece: “Acción de inconstitucionalidad. Si el plazo para presentar la demanda vence en día inhábil y ésta se presentó el siguiente día hábil, debe considerarse oportuna”.

Tratándose de normas en materia electoral, estas devienen impugnables vía acción abstracta de inconstitucionalidad al día siguiente de su publicación, y no con motivo de algún acto de aplicación.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que tratándose de acciones de inconstitucionalidad ejercitadas contra normas electorales, el tema resulta más complejo, ya que para efectos del cómputo del plazo todos los días se consideran hábiles, al tenor de lo previsto en el art. 60, párrafo segundo, de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo tanto, a pesar de que el trigésimo día contado a partir del día siguiente de la publicación de la norma electoral combatida sea inhábil o festivo, será esa la última fecha oportuna para la presentación del escrito de demanda y no el siguiente día hábil, como lo sería tratándose de alguna materia diversa a la electoral.

En el caso de que por tratarse de un día inhábil la oficina de certificación judicial y correspondencia de la SCJN no se encuentre habilitada o que por algún motivo no se pueda presentar la demanda en el domicilio del alto tribunal, el art. 7º de la LR105 establece que las demandas o promociones de término pueden presentarse fuera del horario de labores, ante el secretario general de acuerdos o la persona designada por éste.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (SENTENCIAS)

Tal como lo documentan el maestro Héctor Fix-Zamudio y el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2009), “La doctrina general de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios, se aplicó con sus lineamientos básicos a las dictadas por los tribunales, cortes y las salas constitucionales, pero su contenido relativo a la resolución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

Un aspecto esencial de estas modalidades lo encontramos en las sentencias dictadas en las controversias sobre la constitucionalidad de normas legislativas, que mayoritariamente tienen efectos generales, si lo comparamos con las sentencias de los tribunales ordinarios, que normalmente solo se aplican a las partes en el proceso concreto en el cual se pronunciaban, aun en el supuesto de desaplicación de normas generales, de acuerdo con el sistema americano de carácter difuso al que nos hemos referido con anterioridad. No obstante, también los jueces administrativos actualmente pronuncian sentencias con efectos generales tratándose de la ilegalidad de los reglamentos, resoluciones que tuvieron como antecedente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre esta materia”.

En ese orden de ideas, la sentencia en la acción abstracta de inconstitucionalidad, como medio de control de regularidad constitucional de la ley, se configura como un diálogo que entablan la mayoría de los tribunales constitucionales con el legislador. Es a través de las resoluciones de estos tribunales el mejor catalizador de esa “necesaria conversación institucional” en un Estado democrático, pues sin duda el rol de los mismos con el resto de los órganos

y poderes públicos tiene vida propia a través de ellas, bien sean estimatorias o desestimatorias de la constitucionalidad del objeto normativo impugnado.

No es este el lugar para desarrollar un estudio exhaustivo de la tipicidad de las sentencias, pues existen múltiples variedades y combinaciones de *tipos de sentencia* —incluso pueden confluir varias de ellas en una misma—, emitidas por los tribunales constitucionales, además de que desbordaría por mucho el objetivo de los límites materiales de la “voz” que se presenta, por lo que nos limitaremos a realizar el análisis relativo a la sentencia dictada en acciones de inconstitucionalidad en concordancia con lo establecido por la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR105).

Si bien es cierto que en algunas ocasiones se determina la inconstitucionalidad lisa y llana del producto normativo impugnado y como consecuencia de ello la norma cuestionada se expulsa del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que existe toda una gama de posibilidades de pronunciamiento en forma de sentencia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), que no forzosamente constituyen un pronunciamiento de validez o invalidez.

Bajo ese marco, encontramos las sentencias interpretativas —aditivas, manipulativas, apelativas, monitorias, sustractivas, de interpretación conforme, etcétera, véase Giovanni Figueroa Mejía (2011)— las cuales tienen como común denominador regular los efectos de la norma, y no declaran la inconstitucionalidad de la misma; por el contrario, determinan su compatibilidad con el texto constitucional en los términos que se establecen en la propia resolución.

En relación con las sentencias estimatorias o declarativas de inconstitucionalidad, esta tipología reside fundamentalmente en las sentencias en las que la SCJN, una vez determinada la inconstitucionalidad de la ley o norma impugnada, procede a realizar la declaración de inconstitucionalidad o invalidez de la misma, teniendo como consecuencia la pérdida de la vigencia de dicha ley en el futuro, su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, así como de los preceptos vinculados con ella que resulten afectados (invalidez extensiva).

Por tanto, de acuerdo con lo previsto por el art. 72 LR105, la SCJN podrá declarar la invalidez —inconstitucionalidad— de la norma impugnada cuando sus sentencias sean aprobadas por los votos de ocho ministros en el mismo sentido; de lo contrario, se desestimarán y se archivarán, en cuyo caso se entenderán desestimatorias o que determinan la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

El contenido de las sentencias recaídas a acciones federales de inconstitucionalidad lo establece el art. 41 LR105. En él se hace referencia a los requisitos que deben contener las mismas. El dispositivo legal establece que son:

— Fijación breve y precisa de las normas generales recurridas; es decir, el señalamiento de la ley federal, estatal o tratado internacional impugnado; en caso de no recurrir la ley o tratado en su totalidad, el señalamiento expreso de los artículos, fracciones, párrafos o porciones normativas impugnadas.

— Los preceptos que la fundamenten.

— Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados; la SCJN debe señalar en la sentencia los razonamientos jurídicos que la llevaron a adoptar una decisión específica en cuanto a la norma general impugnada.

— Los alcances y efectos de la sentencia, fijando las normas generales respecto de las cuales operen dichos efectos, los cuales, como hemos visto, se extenderán a todas aquellas normas cuya validez dependa de la declarada invalidada (invalidez extensiva).

— Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento o declaren la validez o invalidez de las normas generales impugnadas.

— Por otra parte, el art. 45 LR105 prevé que la SCJN señale la fecha en la que la sentencia producirá sus efectos.

Finalmente, el art. 44 LR105 dispone que dictada la sentencia, el presidente de la SCJN ordenará notificarla a los órganos involucrados en el proceso y mandará que se publique integralmente en el *Semanario Judicial de la Federación* conjuntamente con los votos particulares que se emitan; además, cuando una sentencia de la SCJN recaída a una acción de inconstitucionalidad declare la invalidez de los preceptos impugnados, el presidente de la SCJN ordenará también su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* o en el medio oficial en que la norma se publicó tratándose de normas locales.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL

La acción de inconstitucionalidad en materia electoral es un medio de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes electorales, que tiene por objeto resolver los posibles conflictos entre el contenido de un precepto legal en la materia y lo establecido en la Constitución política, a efecto de hacer prevalecer las normas y principios constitucionales del sistema democrático de gobierno (Penagos, 2012). En ese sentido, la acción de inconstitucionalidad electoral forma parte del control jurisdiccional de carácter político a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tribunal constitucional, porque a petición de los órganos del poder público legitimados para ello o de los partidos políticos, se revisa, en lo general, la regularidad constitucional de las leyes electorales emitidas por el legislador.

Su fundamento lo encontramos en el art. 105, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el procedimiento correspondiente se rige por lo dispuesto en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II de ese precepto constitucional.

Desarrollo histórico. En el sistema jurídico mexicano es reciente la inclusión de este medio de control de leyes electorales, porque la acción de inconstitucionalidad no estaba prevista para controvertir normas de ese carácter, lo que obedecía a una tradición que se mantuvo incólume en el orden jurídico nacional durante casi dos siglos; basta recordar la controversia surgida entre dos grandes juristas del siglo XIX, Ignacio Vallarta y José María Iglesias, en

la que se planteaba si el Poder Judicial de la Federación debía o no conocer de asuntos de carácter político (Cabrera, 1997). En ese debate, Iglesias estimaba que el Poder Judicial debía tener facultades para resolver controversias en materia político-electoral, en tanto que Vallarta advertía el riesgo de la judicialización de la política; prevaleciendo así, durante gran parte del siglo XX, la doctrina de incompetencia de origen, mejor conocida como “tesis Vallarta”, en la que se consideraba que los órganos jurisdiccionales no debían conocer de asuntos político-electorales; por ello, el juicio de amparo —que es la garantía jurisdiccional para el control de la constitucionalidad de las leyes, que por su sola entrada en vigor o con motivo de su aplicación causen afectación a las personas— no se ha estimado procedente para resolver cuestiones en materia electoral (Penagos, 2013).

La consolidación del control de constitucionalidad de las normas en materia electoral tiene lugar hasta 1996, cuando se reformó el art. 105, frac. II, de la Constitución general de la República, para otorgar al tribunal constitucional la facultad para conocer de acciones de inconstitucionalidad de leyes electorales, siendo ésta la única vía para plantear su inconstitucionalidad en abstracto, cuya sentencia, de ser el caso, tiene efectos generales. Con ello, el control de constitucionalidad se erige en la columna vertebral de la estabilidad y la supremacía del sistema constitucional (Bianchi, 1992).

Reglas específicas de la materia electoral. La acción de inconstitucionalidad en materia electoral atiende para su trámite y resolución a criterios normativos específicos, en virtud de que tiene por objeto revisar la constitucionalidad de leyes que rigen, principalmente los procesos electorales.

a) *Sujetos legitimados.* De conformidad con lo previsto en el precepto constitucional indicado, la legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad en materia electoral es restringida, ya que solo puede ser promovida por el procurador general de la República; el 33% de los integrantes de las Cámaras de Diputados o Senadores, o de los integrantes de las legislaturas de las entidades federativas tratándose de normas locales, así como por los partidos políticos a través de sus dirigencias, nacionales o estatales, según sea el caso de la norma impugnada. En este sentido también lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J.9/2007 de rubro: “Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Están legitimados para promoverla, además de los partidos políticos, los entes mencionados en la fracción II del artículo 105 constitucional”.

Por lo anterior, este medio de control constitucional constituye un instrumento jurisdiccional de carácter político, pues está vedada la posibilidad de que las personas físicas o morales controviertan en abstracto la ley electoral, ya que únicamente los órganos del poder citados y los partidos políticos como institutos de interés público pueden controvertir la inconstitucionalidad de esas leyes con objeto de preservar la supremacía constitucional.

b) *Inmutabilidad temporal de las normas jurídicas.* Otra distinción fundamental de la acción de inconstitucionalidad en esta materia se encuentra en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal, que establece: “Las leyes electorales, federal y locales, deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días

antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”.

Esta prohibición constitucional de reformar leyes electorales dentro de los noventa días previos al inicio del proceso electoral y durante el transcurso de éste —salvo que se trate de modificaciones que no sean fundamentales— tiene como finalidad otorgar seguridad y certeza jurídica a las contiendas electorales, a efecto de que se desarrollen con un cuerpo normativo cerrado y con reglas previamente definidas, para lograr así que rijan los principios de equidad e igualdad en la materia y el equilibrio entre los partidos políticos, precandidatos o candidatos contendientes.

Incluso, es importante señalar que con el fin de salvaguardar el referido principio de certeza jurídica, el propio tribunal constitucional fijó jurisprudencia en la que determinó que cuando se declare la inconstitucionalidad de una reforma en materia electoral y, como consecuencia de los efectos generales de la sentencia, se produzca un vacío normativo que impida el inicio o la cabal regulación de las etapas que componen el proceso electoral respectivo, los efectos de la sentencia incluyen la reviviscencia, que consiste en la posibilidad de reestablecer la vigencia de las normas existentes con anterioridad a las declaradas inválidas, lo que se desprende de la jurisprudencia P./J.86/2007 de rubro: “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral”.

c) Cómputo de los plazos. El art. 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional prevé que para el cómputo de los plazos en la acción de inconstitucionalidad electoral todos los días deben considerarse como hábiles, aunado a que su tramitación y sustanciación se sujeta a términos breves, con la finalidad de que sea ágil y sencilla, y que la resolución se emita con la oportunidad debida; esto es, antes del inicio del proceso electoral. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la tesis de jurisprudencia P./J.6/2002, de rubro: “Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Los plazos breves previstos para la sustanciación del procedimiento rigen en aquellos asuntos que deban resolverse dentro de los noventa días anteriores al inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse las normas impugnadas”.

Las características de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral y los criterios derivados de la jurisprudencia demuestran la trascendencia de este medio de control y la importancia de interpretar las disposiciones constitucionales respectivas, de forma tal que se otorgue consistencia al sistema democrático de derecho.

Pedro Esteban Penagos López

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL (MÉXICO)

La acción de inconstitucionalidad se ubica en el supuesto que la doctrina denomina como control abstracto de constitucionalidad, pues se promueve a

partir de la publicación de la ley, con independencia de su aplicación concreta. Esto es, el control de constitucionalidad realizado a través de este mecanismo de control constitucional no hace necesaria la existencia de agravio alguno, en virtud de que se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional.

En términos generales lo que se plantea con la acción es la posible contradicción entre una norma de carácter general, por una parte, y la Constitución local, por la otra. A través de ella se solicita la declaración de invalidez de la legislación secundaria, a fin de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución.

En Querétaro son controladas por este instituto procesal todas las leyes del estado que formalmente tengan ese carácter. En Veracruz y Quintana Roo, además de las leyes, también se contempla a los decretos que se consideren contrarios a la Constitución local. En el Estado de México se amplía el objeto de control a las leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general.

Como es notorio, en Tlaxcala, Chiapas, Coahuila, Guanajuato, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se amplía notoriamente el objeto del control abstracto, al señalarse la idoneidad del instrumento para combatir normas de carácter general. Si por generalidad de la ley se entiende normalmente el hecho de que una norma opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, una formulación así ensancha las posibilidades de fiscalización que tienen los órganos de control alcanzando al conjunto de leyes, decretos y acuerdos con esa naturaleza que expidan los congresos locales; entran en igual consideración las normas expedidas por los poderes Ejecutivos bajo la forma de reglamentos, decretos, acuerdos, circulares, órdenes y disposiciones de carácter general, sea cual fuera su naturaleza; las normas que emitan los ayuntamientos y que pueden tomar forma de bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas de observancia general, entre otras. No pueden quedar al margen las normas que con base en la potestad para autorregularse se dan los poderes legislativos y judiciales, aunque esto último comporte una problemática diversa debido a la incardinación del órgano de control dentro de los poderes judiciales (César I. Astudillo Reyes, 2006).

Hay que precisar que en el estado de Tlaxcala se incorporan dos modalidades: la que se promueve en contra de normas generales del Congreso del estado, y la que se plantea en contra de normas jurídicas de carácter general provenientes de un ayuntamiento.

Ahora bien, con relación al plazo para interponer la acción, los estados de Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro, Guanajuato, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán establecen treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación oficial de la disposición normativa. Tanto Chiapas como Querétaro contemplan además como opción el día en el cual se tenga conocimiento de la existencia de la ley impugnada.

Este plazo de treinta días, también contemplado para interponer la acción de inconstitucionalidad federal, es excesivamente breve, porque no permite realizar un estudio constitucional serio y profundo que ayude a quien tiene la legitimación activa para argumentar de mejor manera su impugnación, sobre

todo si los vicios no son tan evidentes, pues en casos como el señalado podría detectarse la inconstitucionalidad de la disposición normativa algunos meses o años después de su entrada en vigor y, en tales supuestos, la acción abstracta de inconstitucionalidad ya no podría ser ejercitada (Héctor Fix-Fierro, 1995). Aunque después de transcurrido ese plazo se puede inaplicar la ley inconstitucional al caso concreto a través del juicio de amparo local o de la cuestión de inconstitucionalidad local.

En otras entidades federativas se amplía el plazo. Así, en el Estado de México se determina que las acciones de inconstitucionalidad podrán ser promovidas dentro de los cuarenta y cinco días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma impugnada en el medio oficial correspondiente. En Coahuila, por su parte, el plazo es de sesenta días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o en su defecto, de que se tenga conocimiento de la misma.

La entidad federativa que contempla un plazo más extenso es Tlaxcala, pues establece un término de noventa días naturales, contados a partir de aquel en que la norma jurídica que se desea impugnar haya sido publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*.

Hay que señalar que en la mayoría de las entidades federativas aludidas se prevé que si el último día del plazo fuera inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

La fuerte carga política de la acción de inconstitucionalidad salta a la vista. Lo que se solicita del órgano de control constitucional es una desautorización inmediata y directa de la obra del legislador local. De ahí la importancia de que las Constituciones locales y las correspondientes legislaciones secundarias de la materia sean muy cuidadosas al estipular quiénes son los órganos habilitados para interponer la acción. Por lo regular, los legitimados actúan como defensores abstractos de la Constitución, ya que, en su calidad de titulares de intereses políticos, no adoptan la posición procesal estricta de recurrentes, tratándose por ello de un proceso objetivo en el que no hay sujetos que defiendan sus intereses personales.

En congruencia con lo anterior, se ha dicho que las partes legitimadas para promover la acción de inconstitucionalidad no la ejercitan para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general (sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad 2/99 y su acumulada 3/99, publicada en el *SJFGyG*, Novena Época, tomo X, correspondiente al mes de noviembre de 1999, p. 791), pues para garantizar los derechos de los gobernados cuando éstos crean que están siendo agraviados por la publicación o por el primer acto de aplicación de una disposición normativa, la vía es el control de constitucionalidad concreto y con efectos *inter partes*, que en México se realiza, entre otros mecanismos, a través del juicio de amparo federal y del juicio para la protección de derechos fundamentales local.

Desde esta perspectiva, las legislaciones de Veracruz, Chiapas, Estado de México, Coahuila, Querétaro y Yucatán coinciden en dotar de legitimación procesal activa al gobernador del estado.

Todas las entidades federativas coinciden en otorgar legitimación activa a un porcentaje representativo de miembros de las cámaras de diputados locales. Así, en Veracruz, Guanajuato, Querétaro y Nayarit corresponde a cuando menos una tercera parte de los miembros del Congreso; en Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Tamaulipas y Yucatán el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; en Tlaxcala, al veinticinco por ciento de los diputados que integran el Poder Legislativo del estado, y en Coahuila el equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.

El que en Tlaxcala se establezca un veinticinco por ciento y en Coahuila un diez por ciento, en lugar de los porcentajes más elevados que se requieren en los demás estados, puede llegar a dificultar, por un momento, la gobernabilidad o certidumbre de los actos legislativos. Sin embargo, este tipo de porcentajes menos cualificados, además de proteger (respetar) a las minorías representativas, obliga a que se busquen mayores consensos al interior de los congresos.

Hay entidades federativas que también otorgan una legitimación activa a los ayuntamientos o consejos municipales. Esto sucede, por ejemplo, en Chiapas, donde se contempla el equivalente al treinta y tres por ciento de los ayuntamientos de la entidad; mientras que en el Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se legitima a los ayuntamientos, cuando tengan la aprobación de cuando menos el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del cabildo. En Querétaro se legitima a los ayuntamientos o concejos municipales, y en Coahuila, al legitimar a los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales, se exige que sea el equivalente al diez por ciento de los integrantes de estos dos entes. En Tlaxcala se especifica que para impugnar normas que provengan de un ayuntamiento o consejo municipal corresponde la legitimación al veinticinco por ciento de los munícipes del mismo ayuntamiento o consejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad; o bien al o los diputados en cuyo distrito electoral se comprenda el ayuntamiento o consejo municipal que haya expedido la norma impugnada.

Un aspecto que llama la atención es que en los estados de México, Tlaxcala, Nayarit, Tamaulipas y Tlaxcala se ha dotado de legitimación activa al comisionado (o a la Comisión) de derechos humanos estatal, para procurar la tutela jurisdiccional de los derechos humanos reconocidos en sus respectivas Constituciones (en el último estado citado la Comisión también puede impugnar normas que provengan de un ayuntamiento o concejo municipal). Hay quienes se pronuncian en contra de que se dote de una acción tan importante a organismos de esta naturaleza; o bien señalan que los derechos fundamentales ya se encuentran ampliamente protegidos por distintos mecanismos de tutela. No obstante, el que se legitime a las comisiones de derechos humanos es acertado, dado que éstas se encuentran en una excelente posición para realizar una protección más amplia de los derechos incluidos en las Constituciones locales.

En cuanto a la impugnación de normas jurídicas generales provenientes de algún ayuntamiento o consejo municipal, en Tlaxcala se legitima a la Universidad Autónoma de esta entidad federativa.

En Chiapas, Quintana Roo y Tlaxcala la legitimación activa se amplía al procurador general de Justicia del estado en los asuntos relativos a su función, en tanto que en Nayarit, Tamaulipas y Yucatán no se establece límite al citado funcionario.

En Veracruz, por ejemplo, no cuentan con legitimación los partidos políticos locales para promover acciones de inconstitucionalidad, como sí sucede en Tlaxcala, Coahuila y Querétaro, en donde se legitima a los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

En Querétaro, Coahuila y Yucatán están legitimados los organismos públicos autónomos, con relación a la materia de su competencia, así como cualquier persona, cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

Para que una sentencia declare inconstitucional una norma con efectos generales se requiere que haya sido aprobada por las dos terceras partes del Pleno del Tribunal en Veracruz, por cuando menos diez magistrados en Tlaxcala, por cinco votos del Pleno de la Sala Superior en Chiapas, por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional en el Estado de México, por cuando menos seis votos en Quintana Roo, por la mayoría absoluta de los miembros del Pleno del Tribunal en Coahuila y por cuatro magistrados en Nayarit, Tamaulipas y Yucatán. Se requiere una mayoría simple de votos por parte de los integrantes del pleno del Tribunal en Guanajuato y Querétaro. En caso de que no se logren alcanzar las votaciones señaladas, se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto. Es pertinente indicar que estas sentencias no podrán aplicarse retroactivamente, con excepción de la materia penal, y siempre que se beneficie al inculpado.

En Tlaxcala y Guanajuato se contempla que si la sentencia declara la invalidez de la norma general los efectos se hacen extensivos a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, aunque aquéllas no se hayan impugnado.

Giovanni A. Figueroa Mejía

ACCIÓN DE TUTELA

La palabra “tutela” proviene del latín *tutēla*, que traduce como “la autoridad que se confiere para cuidar de una persona que, ya sea por minoría de edad o por otras causas, no tiene completa capacidad civil”. De esta manera, el tutor adquiere autoridad y responsabilidad, en defecto de los padres de la persona en cuestión, sobre el sujeto y sus bienes. El *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) menciona distintos tipos de tutela: la tutela dativa, la tutela ejemplar, la tutela legítima, la tutela testamentaria, entre otros.

En 1991 se entrelaza la tutela con la institucionalidad constitucional colombiana en la medida en que constituye otro de los instrumentos de supremacía constitucional. La tutela es un mecanismo constitucional que siempre ha sido centro de debate en Colombia por académicos y juristas expertos en el tema; así como algunos abogan por simples ajustes, otros aplauden su

desmante, y otros definitivamente defienden su intangibilidad. Lo que sí es innegable es que la acción de tutela constituye el cambio más significativo que se introdujo a la carta política de 1991, en la medida en que se erige como el mecanismo de garantía y protección de los derechos fundamentales.

De manera que podemos definir a la tutela como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. El art. 86 de la Constitución dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley. Además, señala claramente que: “La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Se afirma que la acción de tutela legitima el régimen jurídico en la medida en que es garante de las libertades y de los derechos fundamentales; en el modelo constitucional colombiano se le ha encomendado a todos los jueces de la República tramitar este recurso o instrumento constitucional, cuyo fundamento fue precisamente el control de excepción por inconstitucionalidad que desde 1910 se había definido como judicial y difuso.

En efecto, ante la instauración de una acción de tutela, el juez tiene el deber de delimitarla conceptualmente, para decidir si está o no en presencia de un debate que deba darse en sede constitucional o si por el contrario se difiere a la justicia ordinaria; para hacer efectivo lo anterior, el juez utiliza como herramientas tanto los requisitos esenciales como las características de la tutela; elementos definidos en la propia Constitución, pues el constituyente expresamente dispuso que la normatividad de la tutela fuera de rango constitucional y complementariamente, de ley estatutaria. En este sentido, en materia de los derechos fundamentales se aplica esencialmente el art. 86 de la C. P. y la ley estatutaria de tutela, o sea, el Decreto 2591 de 1991, ya que precisamente este decreto lo expidió el presidente de la República revestido de facultades extraordinarias otorgadas por el literal b) del art. 5o. transitorio de la Constitución de 1991, decreto que, si bien formalmente es un “Decreto autónomo o reglamento constitucional”, materialmente es una ley estatutaria, como bien lo señala el art. 152, inciso a), de la norma superior; posteriormente, el presidente de la República expidió el Decreto 306 de 1992 “Reglamentario de la Acción de Tutela”. Finalmente, como desarrollo legal de la acción de tutela, se deben mencionar los decretos 1382 de 2000, “Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”, y el Decreto 404 de 2001, “por el cual se suspendió la vigencia del decreto 1382 de 2000”.

Se observa que si bien la acción de tutela no quedó consagrada en el capítulo constitucional de la jurisdicción constitucional, sí hace parte del cúmulo de acciones garantes de dicha supremacía, a tal punto que integra el bloque de “la proposición jurídica completa de la jurisdicción constitucional”, según decir de los constitucionalistas. Se colige una relación entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional; sin embargo, es importante —para la protección de la institución de la tutela— tener bien definido el ámbito de competencia de los dos.

Se tiene entonces que la acción de tutela: i) es un recurso a la constitucionalidad, por cuanto es una forma de hacer valer la Constitución; ii) es garantía de la supremacía constitucional, en tanto que es otro instituto del control de constitucionalidad. En consecuencia, siendo la tutela de naturaleza constitucional, es una acción estrictamente judicial, en la medida en que si bien el juez de tutela actúa en sede constitucional, cotidianamente es un juez de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, aun cuando es un mismo funcionario el que resuelve los casos ordinarios y la controversia constitucional en materia de tutela, el hecho de que en cada una de sus tareas esté desempeñando funciones judiciales distintas, protegiendo derechos de diferente naturaleza, tramitando acciones que tienen finalidades disímiles, y aplicando una normativa y jurisprudencia en ocasiones contrapuesta, trae consigo que el juez deba cambiar su ropaje jurídico (conceptualización del derecho), y eche mano de herramientas e instrumentos que en la controversia ordinaria se observaría como inaplicables e incluso como poco ortodoxos.

Adicionalmente, como la revisión de las decisiones de tutela puede reclamarse ante la Corte Constitucional (que pertenece a la rama judicial) y que ha realizado una labor muy importante en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, especialmente en los derechos sociales y económicos, generando pronunciamientos significativos en materia de salud, seguridad social, etcétera debido a que el sistema de control constitucional, en Colombia es mixto y paralelo, se han producido en los últimos años tensiones entre la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que se han denominado “choque de trenes”.

Ana Giacomette Ferrer

ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

La acción popular de inconstitucionalidad es el medio procesal establecido en el derecho procesal constitucional, mediante el cual cualquier persona o ciudadano, con base en un simple interés en la constitucionalidad de las leyes, puede iniciar el proceso de control constitucional concentrado de las leyes, demandando la anulación de las mismas por razones de inconstitucionalidad. Se trata, en definitiva, del instrumento procesal establecido para asegurar el derecho de las personas a la supremacía constitucional, o el derecho de los ciudadanos al ejercicio del control sobre las leyes inconstitucionales. Por ello, la acción popular, además de ser un instrumento de participación democrática, se puede considerar como el instrumento procesal más acabado para

asegurar el acceso ciudadano a los mecanismos de control de constitucionalidad concentrado de las leyes, al no establecer condiciones de admisibilidad de la acción basadas en la legitimación activa, y permitir que cualquiera pueda acceder ante la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, a pesar de dicha amplitud, la acción popular no es una institución común en el derecho procesal constitucional, de manera que más bien la regla en la mayoría de los países con sistemas de control de constitucionalidad concentrado es el establecimiento de condiciones de admisibilidad basadas en la legitimación activa para accionar. Es el caso, por ejemplo, de la previsión de reserva para al ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes a determinados funcionarios u órganos del Estado (presidente del gobierno, Ministerio Público, miembros del Parlamento), quienes son los únicos que pueden acceder ante los tribunales constitucionales, como sucede en general en Europa y en muchos países latinoamericanos; o de la previsión para la legitimación activa para accionar cuando se permita el ejercicio de la acción a los particulares, de la existencia de determinado interés personal o directo en la anulación, como sucede en Uruguay, Honduras y Paraguay.

La acción popular existe, por ejemplo, en Venezuela, Colombia, Ecuador, Panamá, El Salvador, Nicaragua y Guatemala, como instrumento para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes por vía principal, indistintamente de que en Venezuela, Colombia y Guatemala exista un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes, donde el método concentrado se ejerce combinado con el método difuso de control de constitucionalidad; o de que en Panamá, Ecuador, El Salvador y Nicaragua tengan un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado.

En Venezuela, cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera puede ejercer la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes, y en Ecuador, cualquier persona, individual o colectivamente. En Colombia, Panamá, El Salvador y Nicaragua se otorga legitimación para intentar la acción popular a los ciudadanos, lo que desde el punto de vista teórico implicaría que su ejercicio se atribuye a las personas que están en ejercicio de los derechos políticos (ciudadanía), que en general son los nacionales. En Guatemala, aun cuando el legislador enumeró los legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad de las leyes identificando a la Junta Directiva del Colegio de Abogados, al Ministerio Público, y al Procurador de Derechos Humanos, agregó que también puede ser intentada por “cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos”, lo que confirma la popularidad a la acción.

La acción popular de inconstitucionalidad, además de tener por objeto el asegurar el control de constitucionalidad concentrado de las leyes, en la mayoría de los países en los cuales se ha establecido también se la regula como un instrumento para el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad de otros actos estatales normativos, de orden sublegal, como los reglamentos y resoluciones normativas. En Ecuador ello se atribuye a la Corte Constitucional, y en Venezuela, por ejemplo, aparte del control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la sala Constitucional del Tribunal Supremo, a los efectos

del control de constitucionalidad y legalidad respecto de los reglamentos y demás actos ejecutivos normativos, la acción popular también está prevista, pero para ser ejercida ante la jurisdicción contencioso administrativa que es la que tiene competencia exclusiva para anular actos administrativos contrarios a derecho.

En otros países, como en el Perú, la acción popular de inconstitucionalidad solo está prevista como un medio procesal para el control de constitucionalidad de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley, no existiendo posibilidad de ejercer la acción popular de inconstitucionalidad en contra de las leyes, cuya impugnación está sometida a requisitos procesales que reducen la legitimación activa.

La acción popular de inconstitucionalidad como instrumento para iniciar el proceso de control constitucional concentrado de las leyes ante la jurisdicción constitucional, en todo caso, se distingue de las “acciones populares” referidas por ejemplo en la Constitución de Colombia, cuyo objeto es la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos, como los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, y que en otros países se configuran como acciones de amparo colectivo para la protección de derechos o intereses difusos.

Allan R. Brewer-Carías

ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA LOCAL (MÉXICO)

La acción por omisión legislativa tiene por objeto garantizar de manera abstracta la supremacía constitucional, al reprobar aquellas inercias legislativas que vulneren la cualidad normativa de la Constitución (José Julio Fernández Rodríguez, 1998). Esto es, a través de esta vía se impugna la inactividad legislativa que vulnera la supremacía normativa de la Constitución; pero no en cualquier supuesto, sino solo en aquellos casos en que no se realicen actos de creación de normas que sean indispensables para que las normas constitucionales puedan ser plenamente aplicables (Carlos Báez Silva, 2006).

Este instrumento fue incorporado en el sistema jurídico mexicano con la reforma constitucional veracruzana del 2000, y no tardó mucho en circular hacia otras entidades federativas, como Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán, con los ajustes que cada entidad ha creído necesario imprimirle. De ahí que exista una heterogeneidad de los diseños orgánicos y procesales empleados en este tipo de instituto.

Así, en Chiapas es procedente “cuando el Congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución política local”. Con ello se deja ver que el objetivo primordial es asegurar que el Congreso tome una decisión definitiva en torno a cualquier iniciativa de ley o decreto, con independencia de que se apruebe o no. Esto es, que se agoten cada una de las etapas del procedimiento legislativo que la Constitución chiapaneca establece.

En Quintana Roo la regulación es muy parecida a la contemplada en Chiapas, solo que en aquel estado se hace referencia a la no “expedición de una ley o decreto”.

Por su parte, en Veracruz el objeto de la impugnación será la no aprobación, por parte del Congreso, de una ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento del texto fundamental veracruzano. Aquí lo que se impugna es la votación en sentido negativo que ha hecho el Congreso en relación con una propuesta de ley o decreto, con lo cual queda precisado también que el tipo de producción normativa que no ha sido expedida por el legislador pueden ser tanto normas generales y abstractas, pero también normas individuales y concretas.

Por lo que respecta a Nayarit y Yucatán, pueden ser demandados por omisión legislativa no solo el Congreso local, sino también ayuntamientos, el Poder Ejecutivo y, en la primera entidad citada, cualquier autoridad que no emita la ley —materialmente hablando— que le obliga la Constitución estatal.

Tanto en Chiapas, Quintana Roo y Veracruz se contempla otro elemento que debe ser tomado en cuenta para determinar cuándo se está en presencia de una omisión legislativa. Este elemento es el de la inactividad legislativa, que se conecta al debido cumplimiento de las Constituciones de estas tres entidades federativas. Pero aquí surge la duda de qué es lo que se va a entender por debido cumplimiento, pues con esta fórmula es posible comprender que no tiene necesariamente que existir un incumplimiento por parte del Congreso, sino que a pesar de que exista dicho cumplimiento, éste es equivocado; o bien que el debido cumplimiento alude a aquellas normas constitucionales que tienen una eficacia limitada, por lo que se hace indispensable que el legislador las desarrolle para que puedan ser eficaces.

Es el art. 96, segundo pfo., de la Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo (LRQR) el que viene a explicitar el contenido de la expresión “debido cumplimiento”, y al efecto señala que “se entenderá que afecta el debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del Estado esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional”. De esta precisión de la LRQR se establecen dos tipos de omisiones: las absolutas, que son aquellas en las que falta todo desarrollo normativo de un precepto constitucional, y las relativas, que son aquellas en las que el legislador regula una normativa de forma incompleta. También la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila (LJCC) parece ir en ese sentido, pues de una interpretación armónica entre el art. 71, frac. V, y 8º, la inconstitucionalidad por omisión puede ser total o parcial.

El objeto del proceso en Tlaxcala es mucho más amplio que en los casos de Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, pues éste se circunscribe a la falta de expedición de normas jurídicas de carácter general por parte del Congreso, gobernador, ayuntamientos y concejeros municipales. Por lo tanto, quedan comprendidas las omisiones que sean producto de la no expedición de leyes,

decretos o acuerdos por parte del Congreso; de reglamentos, decretos, acuerdos o circulares del gobernador; de bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas de carácter general; en Tlaxcala se ha introducido una noción amplia de omisión legislativa; cosa similar ocurre en Nayarit y Yucatán.

Finalmente, en Coahuila la inconstitucionalidad por omisión no está contemplada como un mecanismo autónomo de tutela constitucional, como existe en las demás entidades federativas, sino que se encuentra regulada dentro del art. 71, frac. V, de la LJCC, que habla sobre la acción de inconstitucionalidad local, y que señala que a través de ésta puede reclamarse “la inconstitucionalidad por omisión, cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos”. Lo relevante de esta disposición es que amplía considerablemente el objeto de impugnación, ya que una lectura sistemática de la LJCC deja ver que por disposiciones generales se van a entender, además de los productos legislativos, las disposiciones que emitan los órganos ejecutivos, judiciales, constitucionales autónomos, los ayuntamientos y los concejos municipales, que sean indispensables para la plena aplicación de las normas constitucionales.

La acción por omisión legislativa puede ser interpuesta por sujetos que tienen un interés general de tutelar la supremacía de la Constitución impulsando el trabajo legislativo frente a su evidente inercia. Así, la legitimación se reconoce al gobernador del estado (Veracruz, Chiapas y Quintana Roo); a una tercera parte de los ayuntamientos (Veracruz y Chiapas); a un ayuntamiento del estado (Quintana Roo); a las autoridades estatales, entre las que se señalan, además de las anteriores, al Poder Legislativo, a los consejos municipales, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la Universidad Autónoma de Tlaxcala, el procurador general de Justicia, y en general cualquier dependencia o entidad pública, estatal o municipal, que participen en los procesos previstos en la Ley de Control Constitucional de Tlaxcala.

En Tlaxcala la legitimación se amplía a todas las personas físicas y morales residentes en el estado, y en Chiapas pueden denunciar la inactividad legislativa cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. A pesar de que estas dos entidades coinciden en una especie de “acción popular”, difieren, sin embargo, en cuanto a la efectividad del acceso, pues en el primer caso el acceso es muy fácil, mientras que en el segundo es casi imposible, al requerirse un elevadísimo número de firmas.

En Coahuila se reconoce al Ejecutivo del estado, al equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo, al equivalente al diez por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o consejos municipales, a los organismos públicos autónomos, a cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales y a los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

Por lo que ve a Yucatán, pueden accionar el mecanismo el Congreso del Estado, el gobernador del estado, los titulares de los organismos públicos autónomos, el o los ayuntamientos o las personas físicas o morales residentes en

el estado; similar situación —aunque más amplia— pasa en Nayarit, ya que permite a cualquier autoridad o vecino del estado promoverla sin necesidad de que sufran afectación alguna ante la ausencia normativa.

Por lo que corresponde a la legitimación procesal pasiva en Veracruz, Chiapas y Querétaro, la tiene el Congreso del estado.

En Tlaxcala tienen este carácter las autoridades que, conforme a la ley (léase Constitución), deban realizar directa e indirectamente el acto que se ha omitido.

En Coahuila, la Ley de Justicia Constitucional no toma en cuenta las características de este mecanismo de control para determinar quién será el sujeto pasivo de la acción, pues al señalar de manera genérica a las partes, únicamente se establece que será demandado “la entidad, poder, u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto del procedimiento constitucional”, pero no se dice nada acerca del órgano que puede ser el causante de la omisión.

Con relación a Nayarit, tiene legitimación activa cualquier autoridad que esté obligada a emitir la norma general y no lo ha hecho; así, por ejemplo, puede ser demandado el Congreso local o la Universidad Autónoma de este estado.

Por lo que ve a Yucatán, la Ley de Justicia Constitucional señala que tienen el carácter de requerido el Congreso, el gobernador y el ayuntamiento que hayan sido omisos al expedir la norma.

La diferenciación entre los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad por omisión es algo compleja; particularmente si se parte del dato de que todas ellas incluyen una recomendación, invitación, apelación o exhorto al legislador para que actúe y, en muchas ocasiones, incluso se le señala un plazo para que lo haga. Con todo, estos pronunciamientos van desde un simple consejo hasta fórmulas más coactivas; es decir, pueden ser específicas y puntuales, incluso con fijación de plazos, pero también pueden ser más genéricas y flexibles. Esto es, el órgano de justicia constitucional local conmina al Congreso para que un plazo perentorio legisle; o bien él mismo desarrolla el precepto ineficaz o al menos dicta las bases generales para tornarlo eficaz en tanto el congreso legisla.

Pero veamos cuáles son los plazos que se le dan a los congresos locales para que expidan la ley o decreto materia de la omisión, una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad. En Veracruz y Yucatán se otorga al Congreso un plazo de dos periodos de sesiones ordinarias. En Chiapas se contempla un plazo de un periodo de sesiones. En Tlaxcala se concede a la autoridad responsable un término que no exceda de tres meses. En Quintana Roo se prevé como plazo el periodo ordinario en curso o el inmediato siguiente (este plazo puede disminuir cuando el interés público lo amerite). Con esta última facultad se le otorga al pleno del Tribunal una potestad discrecional para que determine el plazo que él crea adecuado. En Nayarit se establece un plazo máximo de un año.

En Veracruz y Coahuila se contemplan actitudes más incisivas por parte del órgano de control constitucional, ya que en caso de que no se acate lo

dispuesto en la resolución, el Tribunal puede expedir las leyes o decretos en tanto el legislador actúa. Algo parecido sucede en Chiapas, pues se establece la posibilidad de que el Tribunal establezca legislación provisional que estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión. El problema de la admisibilidad de pronunciamientos de este tipo estriba en que se considera que con ellas se invaden las competencias que originalmente corresponden al legislador democrático, llegándose incluso a hablar de un papel de “suplencia” del Tribunal con respecto al legislador y de una naturaleza legislativa o de función paralegislativa del primero.

En Tlaxcala, por su parte, se establece que el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad, entendida por tal la destitución de la autoridad omisa. Desde luego que esta solución debería ser expulsada del ordenamiento tlaxcalteca, puesto que no hay posibilidad de que llegue a ser eficaz.

Giovanni A. Figueroa Mejía

ACCIÓN POSITIVA

El tema de las acciones positivas o afirmativas es sumamente complejo y confuso, y por ello no existe un concepto universalmente aceptado de las mismas. Así, cada autor, dependiendo del punto de vista desde el cual las analiza, destaca algunas características y omite otras, cargando el acento en alguno de sus elementos y adjudicándole una función específica (Carlos de la Torre), pero quizá donde menos consenso hay no es ya en su conceptualización, sino en la aplicación de las mismas.

Por su idoneidad, podemos tomar el concepto que Paloma Durán ofrece sobre las acciones positivas, y así las define como “estrategias temporales dirigidas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de una serie de medidas coherentes que permitan combatir, corregir o contrastar aquellas desigualdades de hecho o discriminaciones que son resultado de prácticas, comportamientos o sistemas sociales”.

De esta manera, podría decirse que la acción positiva trata de completar la legislación; por ejemplo, sobre la igualdad de trato, e incluye cualquier medida que contribuya a eliminar las desigualdades en la práctica y que ponga en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas concretas.

Realmente hay numerosas definiciones aportadas por la doctrina, que son muy similares a la expuesta, y también, por otro lado, encontramos definiciones en el ámbito de la Unión Europea, en la Directiva 2000/43 del Consejo de la Unión Europea, que las define como las “medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”.

De las definiciones expuestas y, en definitiva, de las definiciones que podemos encontrar en torno a las acciones positivas, se reúnen una serie de caracteres propios de las acciones positivas. De esta manera, destacamos los siguientes elementos:

— Un elemento de temporalidad, dato fundamental que determina que pasado un lapso no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (*Applicant Flow*, *Applicant Pool*) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas; en definitiva, la representación necesaria del grupo vulnerable.

Estos sistemas estadísticos surgieron en los Estados Unidos de América, y así con el *Applicant Flow*, se demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significativa diferencia en las tasas de selección entre los miembros de una clase y los miembros de otra.

La Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana estableció que se produce impacto adverso, discriminación indirecta, cuando hay una tasa menor de 4/5. La muestra se puede realizar además de por porcentajes, por exámenes médicos, desigualdad en pagos, afirmaciones del empleador racistas o sexistas. En estos casos el demandante siempre debe probar la discriminación.

En cuanto al *Applicant Pool*, prueba mediante un análisis si las personas de diferentes clases poseen beneficios que difieren de otras clases. En este caso se requiere identificar el área geográfica donde el empleador busca trabajadores; el asunto que describe esta situación es *Griggs v. Duke Power Co.* La carga de la prueba pesa sobre la parte demandada.

La autenticidad de la relación entre la acción positiva y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción positiva y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación.

— Hay otro elemento de extremo interés, que consiste en el *establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica*, y no solo a nivel teórico; con una clara visión y diferenciación entre la escala, digamos, ascendente, de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, y posteriormente, a las acciones eminentemente activas.

Hay acciones compensatorias que establecen tratos diferenciados con objeto de promover la igualdad de oportunidades, de hecho y de derecho.

— Un elemento, asimismo, de educación, de conscientización hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

— Y un último elemento, enlazado con el anterior, que consiste en la *corrección de fenómenos anómalos*, de fenómenos discriminatorios.

La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social. Además, no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas, entre las diferentes capacidades, etcétera, a través de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de un grupo infrarrepresentado en una determinada

posición profesional, siempre y cuando se da una igualdad de capacitación entre los candidatos.

Por último, es importante destacar que la discriminación positiva es entendida como un tratamiento preferencial en algunos campos como la promoción y contratación laboral. Ese elemento preferente es solo un elemento de la acción positiva.

Así, una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa que adopta típicamente la forma de cuota (Rey Martínez).

A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la universidad, etcétera), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.

Caracteres de la discriminación positiva:

a) Se establecen para supuestos muy concretos de discriminación racial, sexual, derivadas de discapacidades físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad de forma negativa o inferior;

b) Se producen en contextos de “especial escasez”, es decir, puestos de trabajo, listas electorales, etcétera;

c) No dejan de ser discriminaciones directas; es decir, un trato diferente y perjudicial únicamente o razón del sexo, raza, etcétera.

De esta manera, tenemos:

a) Que mientras las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones, y que pueden o no actuar, o hacerlo de un modo u otro;

b) Necesidad: solo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva;

c) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate;

d) Transitoriedad: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado;

e) Legalidad: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público solo podrían establecerse por ley.

En definitiva, las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de

las mujeres), discriminaciones directas; es decir, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, por ejemplo.

Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato perjudicial (aunque sea diferente) hacia los varones, por ejemplo, ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.

Nuria González Martín

ACLARACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La figura de aclaración de la jurisprudencia no se encontraba prevista expresamente en la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936, con lo que fue desarrollada en el sistema jurídico mexicano por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de diversos criterios.

Al respecto, se tiene que la aclaración de la jurisprudencia surge con motivo de alguna inexactitud o imprecisión que se refleja en alguna jurisprudencia, lo que implica la necesidad de realizar algún ajuste en la redacción de la misma.

A diferencia de la modificación de la jurisprudencia, la cual surge con motivo del replanteamiento del fondo de un criterio jurisprudencial, en el supuesto de la aclaración de la jurisprudencia lo que se busca es que en la misma se refleje adecuadamente el criterio aprobado; es decir, la aclaración no tiene el alcance de estudiar si el criterio es correcto o no, sino de analizar la exactitud de la jurisprudencia en relación con el mismo.

De esta forma, la Suprema Corte consideró que si bien los tribunales colegiados de circuito y los magistrados que los integraban carecían de legitimación para solicitar directamente ante el Pleno y salas del máximo tribunal la aclaración o corrección de una tesis de jurisprudencia, pues les correspondía a estos últimos realizarlo de manera oficiosa, lo procedente era que lo comunicaran a cualquiera de los ministros integrantes del órgano emisor del criterio, de preferencia el ponente, para que de considerarlo apropiado realizara el planteamiento ante la Sala o el Pleno.

Con motivo de la Ley de Amparo, del 2 de abril de 2013, la Suprema Corte de Justicia ha destacado que tanto la aclaración de jurisprudencia como la modificación y sustitución de un criterio se encuentran subsumidos en una sola figura denominada “sustitución de jurisprudencia”, y es bajo las reglas que la rigen como se debe tramitar la aclaración respectiva.

En este sentido, de conformidad con el art. 230 de la ley de la materia, en lo que interesa, se tienen las siguientes reglas sobre la sustitución de jurisprudencia:

— Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al pleno de circuito al que pertenezca, que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los plenos de circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que los integran.

— Cualquiera de los plenos de circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito, con motivo de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte, o a la Sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud de los plenos de circuito debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

— Cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de la petición de alguno de los ministros y de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para que el Pleno de la Suprema Corte sustituya la jurisprudencia se requiere una mayoría de cuando menos ocho votos; asimismo, debe destacarse que esta resolución no afecta las situaciones jurídicas que derivaron de los juicios en los que se dictaron las sentencias que integraron la jurisprudencia.

Mauricio Lara Guadarrama

ACTIVISMO JUDICIAL

Expresión acuñada en los Estados Unidos de América (*judicial activism*) para referirse a la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública. Jurídicamente, el activismo judicial se traduce con frecuencia en la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados.

Dado que el activismo judicial implica, necesariamente, una dimensión política en la interpretación judicial, el uso de la expresión tiene connotaciones polémicas. Para los críticos de esta dimensión de la función judicial —generalmente grupos “conservadores” o de “derecha”— el activismo judicial es ilegítimo, porque los jueces y tribunales no se circunscriben a la interpretación limitada y razonable de ley o la Constitución, sino que pretenden “crear derecho nuevo”. Igualmente, consideran que el activismo judicial se manifiesta en que los jueces y tribunales no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de interés personal o ideología política. En ambos casos, se extralimitan en el ejercicio de sus facultades, e invaden el ámbito de poder legítimo de los legisladores y otros órganos del Estado. Sin embargo, puede haber también un activismo judicial de signo “conservador”, dirigido a suprimir o modificar las “conquistas” de la “izquierda”, así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado. Desde esta perspectiva, se ha llegado a decir que “activismo judicial” es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado.

El activismo judicial es un fenómeno típico de las condiciones en que se ejerce la función judicial en las sociedades contemporáneas. Como conse-

cuencia de la ideología de la Revolución francesa, en la mayoría de los países de la tradición jurídica romanista estuvo vigente durante el siglo XIX, y buena parte del XX, la idea de que los jueces solamente *aplican* la ley, sin interpretar ni cambiar su sentido, pues ello corresponde al legislador. En los países del *common law*, si bien se reconoce a los jueces un papel mucho más prominente, tradicionalmente se había considerado que su función consistía solamente en “descubrir” el derecho ya existente, no en crearlo. Sin embargo, la complejidad creciente del orden jurídico, debida en buena medida al surgimiento del Estado interventor o de bienestar, ha inducido también un cambio en los parámetros de ejercicio de la jurisdicción, la cual se ha tenido que volver activa, no en el sentido de que pueda actuar por sí misma y sin intervención de las partes, sino en el de que tiene que encontrar soluciones a los nuevos y difíciles problemas de la política pública a partir de la adaptación y reinterpretación de las leyes vigentes. En muchos casos la intervención de los tribunales en tales problemas se debe a que los demás órganos del Estado no tienen interés en resolverlos o lo han hecho de manera deficiente.

Esta nueva dimensión de la función judicial se ha manifestado sobre todo en el desarrollo de la jurisdicción constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX, dadas sus evidentes implicaciones políticas, pero puede observarse también en todos los niveles y ramas de la justicia ordinaria. Un buen ejemplo de ello es la política que, de manera espontánea e independiente, siguieron los jueces federales norteamericanos desde mediados de los años sesenta para reformar las prisiones en los Estados Unidos, particularmente en los estados del sur, ante la indiferencia y el descuido del tema por parte de los otros dos poderes (Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*, 2000). En este sentido, los estudiosos consideran que los tribunales son capaces de tomar decisiones de política pública en términos que no son distintos de los que siguen las demás instituciones, es decir, que no pueden explicarse como “aplicación de la ley”.

Como ya se señaló, el activismo judicial se ha manifestado sobre todo en el campo de los *derechos humanos* o *fundamentales*. En este sentido, son emblemáticas algunas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como *Brown v. Board of Education* (1954), la cual ordenó la desegregación racial en las escuelas de ese país, o *Roe v. Wade* (1973), que reconoció a las mujeres el derecho a interrumpir libremente su embarazo durante el primer trimestre, a partir de un “derecho constitucional a la privacidad” de construcción jurisprudencial. Esta última sentencia continúa vigente, a pesar de que ha sido muy criticada por carecer de un fundamento constitucional explícito y no obstante que una integración más conservadora de la Corte la ha matizado de manera importante. Ello se debe igualmente a que han resultado infructuosos los intentos de revertirla mediante reforma constitucional. También las supremas cortes de Canadá, la India e Israel, por señalar otros ejemplos, han sido alabadas, o criticadas, por el activismo que han desplegado en la expansión de los derechos de sus respectivos ordenamientos constitucionales.

Los tribunales internacionales y supranacionales también han adoptado orientaciones que se podrían considerar “activistas”. En el campo de los de-

rechos humanos se reconoce que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han adoptado resoluciones de avanzada, que no siempre han sido fácilmente aceptadas por los países de la región. La Corte Interamericana, particularmente, se ha significado por el dictado de medidas de reparación que no están encaminadas solamente a compensar el daño de las víctimas en un caso en particular, sino que pretenden generar medidas y políticas más amplias por parte del Estado ofensor, de modo que se elimine la causa estructural de las violaciones de derechos humanos y no solamente sus efectos. Igualmente, su doctrina del “control de convencionalidad”, conforme a la cual todas las autoridades, particularmente las judiciales, tienen la obligación de controlar la conformidad de su actuación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene claras implicaciones de “activismo judicial”. En otro terreno, otro tribunal activista es el Tribunal Europeo de Justicia, al cual se reconoce un importante papel como promotor de la integración de la actual Unión Europea; por ejemplo, gracias a la doctrina de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de sus países integrantes.

En México no existe todavía una discusión desarrollada sobre el activismo judicial, dado que los jueces y tribunales mexicanos, encabezados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas están asumiendo algunas de las funciones de política pública que la judicatura ya despliega en otras partes. Si acaso, se había criticado a la Suprema Corte de Justicia por no otorgar un lugar más importante a los derechos fundamentales en su actuación. Desde hace algunos años se percibe un cambio en este sentido, si bien en la propia Corte conviven diversas visiones sobre el alcance que debe tener su labor interpretativa en esta materia. No hay duda, sin embargo, que la aceptación, por el Poder Judicial mexicano, de la doctrina del “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana tendrá, a largo plazo, un considerable impacto en “activar” a la judicatura mexicana.

Héctor Flix-Fierro

ACTUARIO JUDICIAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra “actuario” proviene del latín *actuariŭs*, y se refiere a la labor de una persona que interviene con fe pública en la tramitación de los autos procesales.

En el ámbito del derecho procesal, la actividad del actuario judicial se relaciona con los profesionales de la administración de justicia, que por disposición legal se encuentran investidos de fe pública.

En el ejercicio de las funciones de la judicatura, estos servidores públicos están facultados para realizar notificaciones personales, oficiosas, por lista y/o electrónicas a las partes que intervienen en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Es importante recordar que una notificación es una comunicación oficial o resolución judicial que, con carácter formal, es emitida por un juez. Tales actuaciones procesales tienen por objeto enterar a las partes del contenido de los proveídos judiciales en sus oficinas, domicilio o lugar en que se encuentren;

para ello, el actuario judicial debe constituirse en los lugares previamente señalados en autos y hacer constar el nombre de la persona con quien se entienda la diligencia y, en su caso, si se negara a firmar el acta o a recibir el oficio.

La labor del actuario judicial es de vital importancia para la seguridad jurídica de las partes, así como para el debido desarrollo de los juicios, ya que debe buscar a la persona a notificar, cerciorarse de su identidad, hacerle saber el número de expediente y el órgano jurisdiccional que la ordena, y finalmente, entregarle copia autorizada de la resolución y, en su caso, de los documentos que se le anexen.

No obstante lo anterior, los actuarios judiciales no son los únicos que se encuentran investidos de fe pública. Por ejemplo, los secretarios de juzgado tienen que recibir por sí o por conducto de la oficialía de partes los escritos o promociones que presenten las partes; anotar al calce la razón del día y la hora de presentación, expresando el número de hojas que contengan los documentos que se acompañen; asentar razón idéntica en la copia, con la firma del que recibe el escrito y el sello del juzgado o tribunal, para que quede en poder del interesado; autorizar los despachos, exhortos, actas, diligencias y autos, así como toda clase de resoluciones dictadas; registrar puntualmente en los expedientes las certificaciones, constancias y demás razones que la ley o el superior ordene; expedir las copias que la ley determine o deban darse a las partes en virtud de mandamiento judicial; recoger, guardar e inventariar los expedientes; efectuar, en el tribunal o juzgado, las notificaciones que les encomiende la ley o entregar para el mismo objeto los expedientes al notificador o, en su caso, al ejecutor.

Hiram Raúl Piña Libien

ACUERDO DE TURNO

En el ámbito del derecho procesal mexicano, esta voz se refiere a las determinaciones correspondientes a la recepción, registro y turno de los asuntos y promociones competencia de los tribunales. Para tal efecto, se establecen diferentes oficinas de correspondencia común, cuya finalidad es instaurar un sistema de distribución de expedientes de forma ordenada, para evitar que la carga de trabajo de los juzgados se acumule en un solo órgano jurisdiccional. Para tales fines, se emplean sistemas computarizados o aleatorios para el registro de los mismos.

En el ámbito de la Federación, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación, a través del Acuerdo General 13/2007, regula el funcionamiento, supervisión y control de las oficinas de correspondencia común de los tribunales de circuito y juzgados de distrito del Poder Judicial de la Federación. Con la finalidad de aprovechar el conocimiento previo del asunto, por parte del titular o titulares de los órganos jurisdiccionales, así como evitar resoluciones contradictorias, ha establecido reglas para el turno de casos relacionados.

En el supuesto de no estar de acuerdo con la determinación, el órgano jurisdiccional al cual se le remite el asunto puede enviarlo al que considere que debe conocer del mismo, y de no aceptarlo este último, podrá plantear

el conflicto de turno ante la Comisión de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal.

Para dar mayor celeridad a la impartición de justicia y preservar las garantías del art. 17 constitucional, al plantear los conflictos de turno, los órganos jurisdiccionales suspenden los procesos o procedimientos jurisdiccionales.

Al suprimirse los conflictos de turno, en el caso de que el sistema remita un expediente a un órgano jurisdiccional conforme a los criterios de relación autorizados, y este último estime que no lo está, entonces deberá considerarlo como un turno aleatorio y continuar con la tramitación del mismo, en cuanto tenga competencia legal para ello.

En suma, el turno es una forma de distribuir los expedientes entre varios tribunales que tienen igual circunscripción territorial de competencia, ya sea por materia o grado, bajo criterios de equidad y proporcionalidad de cargas de trabajo y de acceso a la justicia.

Hiram Raúl Piña Libien

ACUERDOS DE TRÁMITE

En el ámbito de la pragmática del derecho procesal constitucional mexicano, se identifica a esta voz con las determinaciones correspondientes a la admisión, trámite y resolución del juicio de amparo, de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, es importante señalar que en la legislación correspondiente a cada una de ellas no se le precisa con exactitud, por lo que, a fin de hallarla, es necesario efectuar un exhaustivo ejercicio de revisión de la normatividad aplicable.

Por ejemplo, en el art. 104 de la Ley de Amparo se prevé que el recurso de reclamación procede en contra de los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito.

Otro ejemplo de ello es la atribución del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para designar ministros, en el caso de que una de las salas requiera integrarse con miembros de la otra, esto solamente sucede cuando dos o más ministros se manifiestan impedidos para conocer de un asunto.

En el caso de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, particularmente en la etapa de instrucción, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designa, según el turno que corresponda, a un ministro instructor, a fin de que ponga el proceso en estado de resolución.

Por cuanto hace a los presidentes de las salas y a los presidentes de los tribunales colegiados de circuito, de forma genérica se establece que cuentan con atribuciones para dictar los trámites que procedan en los asuntos de competencia de la sala o tribunal respectivo, hasta ponerlos en estado de resolución.

Hiram Raúl Piña Libien

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Por adopción entendemos aquella figura jurídica mediante la cual se terminan los vínculos paterno-filiales o de parentesco de un niño, niña o adolescente con su familia de origen para trasladarlos a una familia adoptiva, con la finalidad de velar por el interés superior del menor, traducido en el vivir dentro de un seno familiar.

La adopción es un acto jurídico que crea entre adoptante(s) y adoptado(s) un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas. La adopción tiene como fin incorporar al adoptado a una familia de manera plena, en la situación de hijo biológico, y lograr de esa manera la formación y educación integral del adoptado.

Históricamente, la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contemplaba como algo residual, extremo; proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado. En la actualidad, la adopción nacional y la internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior del menor.

Con la aparición de los diferentes instrumentos internacionales de protección del menor, se concibe a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños, huérfanos o abandonados beneficiarse de una familia permanente, buscando siempre el multimencionado interés superior del menor.

La adopción internacional tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber: la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional (en adelante Convenio de La Haya de 1993, y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP-III) (en adelante Convención Interamericana de 1984). De esta manera, se define la adopción internacional como aquella en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. En este tenor, el art. 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya, expresa lo siguiente: “1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (‘el Estado de origen’) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (‘el Estado de recepción’), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.

En definitiva, una adopción internacional tiene lugar cuando un niño cuya residencia habitual se encuentra en un Estado —Estado de origen o Estado de emisión— ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante —Estado de recepción—, bien después de su adopción en el Estado de origen, por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

De esta manera, prácticamente textual, se define a la adopción por parte de las normas internacionales en donde destacamos que las diferentes residencias habituales entre adoptado/s y adoptante/s será el punto de contacto o conexión, y por lo tanto el elemento de internacionalidad que da la connotación de adopción internacional. No importa ni la nacionalidad del adoptado o adoptados y adoptante o adoptantes ni el domicilio de ambos, sino la residencia habitual en Estados partes diferentes.

La residencia habitual es un concepto que ha cobrado un interés fundamental para la determinación de esta figura jurídica, y de ahí que la tendencia tanto de las legislaciones, fundamentalmente las internacionales, y las jurisprudencias se decanten por atribuirle un concepto de facto, de hecho, y no de derecho, dejando a cada Estado parte que determine para él qué entiende por residencia habitual.

Por otra parte, a través del principio de subsidiariedad se establece un orden preferencial para otorgar una familia a un niño que no la tiene; tenemos, entonces, la base del mejor interés del niño, niña o adolescente, al prever a la familia biológica como el mejor medio para el desarrollo del niño, y en caso de que no se pueda dar esta situación, por razones de diversa índole y calado, buscar una familia sustituta a través de la adopción nacional, evitando el desarraigo del menor de su país de origen, y en última instancia la búsqueda de una familia en otro país a través de una adopción internacional.

El Convenio de La Haya de 1993, un convenio de cooperación internacional entre autoridades, tiene por excelencia un contenido basado en:

La designación de autoridades centrales en cada uno de los Estados parte coordinadas entre ellas; 2. El establecimiento de un procedimiento de cooperación; 3. Un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes, y 4. Un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones.

Por lo que se refiere a la competencia, derecho aplicable y por lo tanto los requisitos para el adoptante, adoptando, el consentimiento y efectos de la adopción se regulan en la Convención Interamericana de 1984 mencionada.

De esta manera, para la competencia judicial internacional se establece a través de dicha normativa convencional: 1. Será competente para el otorgamiento de la adopción la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado (art. 15); 2. Será competente, igualmente, para decidir sobre su anulación o revocación, la autoridad de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (art. 16, primer párrafo); 3. Será competente, por otra parte, para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o la del Estado donde tenga domicilio el adoptante, o la del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (art. 16, segundo párrafo); 4. Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste, los jueces (autoridades) del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio

será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (art. 17).

Igualmente, la Convención Interamericana de 1984 establece el derecho aplicable, y así: 1. El art. 3 expresa que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptados, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo; 2. El art. 4 establece la ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá: la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuera el caso, y los demás requisitos para ser adoptante. Además, en la parte final de este art. 4 se establece una especie de cláusula de cierre denotativa de la prioridad hacia la protección internacional del menor, al expresar que “en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sea manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste”; 3. El art. 9, en relación con las adopciones plenas, la legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante, se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. No obstante, el art. 9, párrafo b, estipula: “los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio”; 4. El art. 11 se refiere a los derechos sucesorios, y así determina que se regirán por las normas aplicables a las sucesiones de cada una de las partes; 5. El art. 13, relativo a la posibilidad de la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, establece que dicha conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión; 6. El art. 14 cubre el supuesto de la anulación de la adopción, la cual se regirá por la ley de su otorgamiento.

Nuria González Martín

ALEGATOS EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Como en la generalidad de los procesos, los alegatos en las controversias constitucionales (en lo sucesivo “CC”) son la penúltima fase del proceso judicial. La fase de alegatos, según la materia del proceso de que se trate, podrá ser un periodo determinado (días u horas) o concretarse en un solo acto y/o audiencia en la que estén presentes las partes y el juzgador. Los procesos en general inician con una (i) primera parte expositiva, postulatoria o polémica entre las partes (demanda y contestación); luego, (ii) una segunda fase probatoria o demostrativa (admisión y desahogo de pruebas); seguida por (iii) una tercera fase de alegatos, y (iv) culminan con una fase resolutoria, consistente en el dictado de la sentencia (Fix-Zamudio y Ovalle Favela, 1991).

Siguiendo a dichos procesalistas, los alegatos son la exposición oral y/o escrita de los argumentos de las partes sobre sus respectivas pretensiones y excepciones, y que resulan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo

de las mismas. Se presentan en ese estadio del juicio, pues, a diferencia de lo que se expone en los escritos inicial (demanda y contestación de demanda), en los alegatos —es su teleología—, las partes pueden hacer referencia a todo lo ventilado y desahogado en el juicio, de modo que redondeen su posición y den así al juzgador mayores y últimos insumos argumentales a considerar (Ovalle Favela, 2003). Se diferencian de la primera etapa (expositiva), en que ya no se trata de expresar la pretensión, los hechos o el derecho base de la acción; eso ya quedaría fijado y establecido desde ese momento; de modo que no son ocasión en la que valga ampliar las pretensiones o hacer valer excepciones que en su momento no se hicieron, menos aún ofrecer mayores pruebas. Debe ser, se insiste, ocasión de redondear las posiciones y conclusiones a las que arriban las partes una vez que se ha desahogado el proceso y previo a la última ponderación que hará el juzgador para dictar sentencia.

Conforme a la jurisprudencia, los alegatos son un acto o fase dentro del proceso judicial que materializa el derecho fundamental o garantía de audiencia que tienen las partes de ser oídos antes de que se dicte la correspondiente sentencia en el juicio y son parte elemental también del derecho al debido proceso (Tesis: P./J. 47/95, identificable con número de registro 200234 y rubro: “Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo”).

En el caso de la CC, la estructura de su proceso no presenta variación importante de la estructura general antes presentada que valga la pena destacar o diferenciar para estos efectos, de ahí que lo postulado por la teoría general del proceso para tal fase o acto procesal resulte aplicable. Lo que sí podría especificarse es que en este tipo de juicios los alegatos deben ser presentados en cierto momento y forma; a saber: (i) por escrito y (ii) en la audiencia del juicio, que se celebra hacia el final de su instrucción (art. 34 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional), cual si fueran a su vez una fase o parte de la misma.

La práctica permite advertir que, como sucede también en otras materias, los alegatos en CC se han convertido en un acto procesal de poca trascendencia o relevancia en el juicio mismo. Esto se dice por varias razones. Primero, porque generalmente se trata de un escrito en el que se reitera o insiste en lo dicho en la demanda o contestación de demanda, más que avanzar argumentos en torno a lo que se desahogó durante el proceso. Segundo, por lo mismo, más que fomentarse un diálogo entre las partes y/o entre las partes y su juez, se materializa en la mera entrega de un escrito a un funcionario judicial que no será quien decida su caso, lo que sucede en mucho debido a la forma y momento en que se pide que se ofrezcan (aun cuando la legislación refiere que los alegatos sean entregados en la audiencia, éstas, por razones obvias, generalmente son llevadas a cabo sin la presencia física del ministro instructor). Tercero, porque hay criterio en el sentido de que la litis del juicio se fija con la demanda y su contestación, que no pueden ni deben tomarse en consideración al resolver lo dicho en los alegatos, salvo en lo que se refieran a la “mejor prueba” (tesis: P./J. 39/96, localizable con número de registro 200106, cuya literalidad es: “Controversias constitucionales. Los alegatos en estas no forman parte de la litis. Los argumentos que, a título de alegatos,

esgriman las partes en las controversias constitucionales no son constitutivos de la litis planteada, dado que ésta se cierra con la demanda y su correspondiente contestación, salvo el caso en que la primera se amplíe, supuesto en el cual la respuesta respectiva operará en igual sentido, sobre todo cuando no se refieran a la mejor prueba. En otras palabras, no cabe en las controversias constitucionales examinar las cuestiones de alegatos que sean ajenas a la mejor prueba, y esto no implica transgresión a ningún derecho procesal”), lo que ha llevado a que, siendo pocas las ocasiones en que hay un auténtico debate probatorio o problemas de hechos, puedan resultar prácticamente prescindibles. Ciertamente, los alegatos no forman parte de la litis, pues ésta queda integrada desde la fase inicial del proceso; pero de ahí a que no deba ser considerado lo que se exprese en dichos escritos hay un largo trecho aún no zanjado jurisprudencialmente. Todo esto merma mucho la potencial valía jurídica que podrían representar los alegatos para la mejor resolución de estos juicios. La revisión de las sentencias dictadas en este tipo de juicios permite advertir que es prácticamente nula la referencia que se hace en éstas a lo dicho en los escritos de alegatos de las partes, con todo y que los arts. 39 y 40 de la Ley Reglamentaria obligan a suplir la deficiencia de “... la demanda, contestación, *alegatos* o agravios...”.

Aunado a lo antes dicho, puede señalarse que en la práctica se ha venido generando una especie de fase de alegatos informal o extraprocesal en CC. Esta práctica consiste en que las partes del juicio (e incluso a veces quienes no son en términos estrictamente técnicos “partes” del juicio) acuden personalmente a procurar a los ministros, tanto al instructor como a los demás integrantes de la SCJN, para solicitarles audiencia en la que puedan formular los llamados “alegatos de oreja”. Éstos son simplemente argumentos o alegatos verbales que se hacen en reuniones prácticamente privadas, en tanto son a modo de citas o entrevistas entre el ministro de que se trate y la parte solicitante. Es práctica, también frecuente, que las partes dejen en tales oficinas sus argumentos o un resumen de los mismos en documentos escritos que se refieren como “memorándums”. Estos documentos escritos no se integran a los expedientes en tanto comunicación informal con el tribunal y sus miembros. Es importante mencionar estas prácticas aquí, porque, en cierto sentido y amén de su informalidad o imprevisión legal, vienen a cumplir (extraprocesalmente) con la función que (procesalmente) tendrían que cumplir los alegatos que deben rendirse ante la audiencia y el ministro instructor. A diferencia de los alegatos formales, que se deben presentar antes del cierre de instrucción, estos alegatos extraprocesales se presentan más frecuentemente en el periodo que transcurre entre el cierre de la instrucción y la resolución final del juicio; aun cuando en ocasiones también se presentan durante la instrucción del juicio.

María Amparo Hernández Chong Cuy

ÁMBITOS COMPETENCIALES

En un sentido jurídico general, el concepto se refiere a la esfera de facultades o atribuciones que tiene un órgano del Estado para desempeñar ciertas funciones o realizar determinados actos jurídicos. Como ha señalado Hans

Kelsen, uno de los principales problemas relativos al Estado tiene que ver con la “imputación”. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados “órganos” del Estado.

Ahora bien, el criterio en que tal imputación se basa corresponde en una forma específica al propio orden jurídico. Es decir, la imputación de una acción humana al Estado solo es posible en su vinculación con el orden jurídico. De esta forma, se dice que el Estado crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico. El conjunto de atribuciones de cada órgano conforma su ámbito de competencias.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Asimismo, el desarrollo legislativo que se haga de las referidas competencias de los órganos del Estado debe respetar las bases normativas constitucionales respectivas.

El mecanismo de justicia constitucional al que por excelencia le corresponde proteger el ámbito de competencias constitucionales de los órganos del Estado mexicano es el de las llamadas “controversias constitucionales” contempladas en el art. 105.I de la Constitución. Originalmente, la Constitución de 1917 otorgó a la Suprema Corte la facultad de “conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte”. No obstante, esta cláusula tenía un alcance muy limitado, ya que no incluía, por ejemplo, la hipótesis de conflictos en que los municipios o el Distrito Federal estuvieran involucrados. La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 amplió el alcance del art. 105, al incluir todo tipo de conflicto de competencia que pueda surgir entre las diferentes ramas de gobierno federal y entre los distintos niveles de gobierno de nuestro sistema federal.

En este tema, es interesante examinar la decisión de la Suprema Corte de Justicia en el “Caso Temixco” (SCJN, Controversia constitucional 31/97, *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. época, Pleno, t. XI, enero de 2000, (Ayuntamiento del Municipio de Temixco, *vs.* Gobernador y Congreso del Estado de Morelos), porque en ella se establecieron una serie de definiciones fundamentales en relación no solamente con la forma en que la Corte entiende la distribución de competencias del sistema federal mexicano, sino también cómo concibe sus propias facultades para impartir justicia constitucional.

En este caso, la Corte tuvo que responder la pregunta de si el control de la regularidad constitucional ejercido por vía de las controversias constitucionales se limitaba a casos de invasión de esferas competenciales o si autorizaba el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución general de la República (la parte actora, el municipio de Temixco, Morelos, alegaba la violación en su perjuicio de las “garantías individuales” contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución).

Ante esta pregunta, hubo ministros que a lo largo del debate insistieron en la necesidad de aplicar al caso en discusión el criterio que en reiteradas ocasiones había sostenido el Pleno de la Corte, en el sentido de que las controversias constitucionales solamente podían plantearse por invasión de esferas. Por tanto, si la demanda no hacía lo propio, debía reputarse improcedente. Por su parte, otros ministros sostuvieron la opinión de que las controversias constitucionales podían perfectamente ser procedentes más allá de la mera invasión de esferas, toda vez que debían ser consideradas como un medio de defensa de la Constitución, y no solamente de la parte orgánica de la misma.

José Ma. Serna de la Garza

AMICUS CURIAE (AMIGO DEL TRIBUNAL O DE LA CORTE)

En un acercamiento conceptual primario y básico, se trata de un tercero o persona ajena a un proceso en el que se debaten cuestiones con impacto o trascendencia públicos, que al contar con reconocidas trayectoria e idoneidad en el asunto en examen presenta al tribunal interviniente consideraciones jurídicas u otro tipo de referencias sobre la materia del litigio, a través de un documento o informe. Puede por ejemplo suministrar consideraciones relativas a principios y elementos de derecho interno y/o internacional de relevancia, o bien información estadística, económica, histórica o de otra índole útil para la resolución del caso.

Se ha discutido sobre el origen del instituto, y si bien algunos autores lo ubican en el derecho romano (por ejemplo, Cueto Rúa), otros lo sitúan directamente en el Reino Unido (*v. gr.* Salinas Ruiz). Lo cierto es que fue en el derecho inglés donde se delinearón embrionariamente los perfiles de la figura tal como es hoy conocida, siendo posteriormente receptada y desarrollada en el escenario jurídico de EE.UU. de Norteamérica y en otros países de habla (o influencia) inglesa donde impera el *common law*; por ejemplo, su consagración en las Reglas (*Rules*) de la Suprema Corte de Justicia Canadá, su similar de India, la *High Court* de Nueva Zelanda y, jurisprudencialmente, en Australia (precedente ‘Lange vs. ABC’, S 108/116 [Umbricht]).

Los rasgos salientes del *amicus curiae*, y siempre dejando a buen resguardo las particularidades que puede exhibir cada contexto jurídico específico, muestran que están facultadas para comparecer en tal calidad las personas físicas (de existencia real) o jurídicas (morales o de existencia ideal), siempre que acrediten una significativa competencia en la temática en examen en el proceso; no revisten carácter de parte ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas; su intervención no debe confundirse con la de un perito o de un consultor técnico; su actividad consiste en expresar una opinión fundada sobre la

cuestión debatida, debiendo explicitar el interés que ostentan en la decisión que recaerá para poner fin al asunto, y su comparendo no vincula al tribunal actuante ni genera costas u honorarios.

El instituto es extensamente conocido en distintas instancias internacionales. Así, y con mayor o menor nivel de utilización, están presentes en la praxis de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los órganos de supervisión del sistema africano de protección de derechos humanos; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y hasta el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

También se ha empleado, con magnitudes diversas de intensidad y frecuencia, por la Suprema Corte de Justicia norteamericana (donde ha sido importante y fructífera) y en otros órganos máximos de justicia constitucional de Estados latinoamericanos, por caso, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú e incluso la Suprema Corte de Justicia de México.

Cuenta, al menos potencialmente, con aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público, y puede encarnarse en un útil vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, asegurar el principio del “debido proceso”, que entre otros elementos involucra la emisión de sentencias jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de la magistratura constitucional, que sustenta buena parte de su legitimidad en la razonabilidad de sus pronunciamientos.

En ese sentido, puede coadyuvar al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o dilemáticos de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados, fortaleciendo el Estado de derecho contemporáneo, que es Estado constitucional. Permite, asimismo, la participación ciudadana en ciertas manifestaciones de la administración de justicia precisamente en causas que ofrezcan aquellas características. Es claro que mientras mayor sea el concurso de ideas en el debate constitucional, más fuerte será la legitimidad de la respuesta sentencial que se proporcione. Paralelamente, exhibe una clara matriz democrática, al abrir nuevas vías de participación, sobre todo a favor de los grupos con menores posibilidades de injerencia real en el proceso democrático (Nino).

Una arista compleja de la cuestión radica en definir si, para ser recibidos en el proceso, los memoriales de los *amici* deben ser totalmente asépticos o si es posible que patrocinen alguno de los intereses en juego en el caso particular. Pareciera que la exigencia de pureza e imparcialidad absolutas podría conspirar contra la efectividad de la figura, conduciéndola a la inocuidad o a la falta de real incidencia fáctica. En el fondo, lo más relevante es que dichas presentaciones pudieran añadir sustancia al debate público y enriquecer la situación y las condiciones en que el órgano de justicia interviniente se encuentre para pronunciar su sentencia.

Bien entendida (y aplicada), la institución puede cumplir un significativo rol como fuente de aportación argumental a los tribunales internos y a las instancias internacionales en materia de derechos humanos, lo que representa una muestra más del crecimiento de los espacios de convergencia interactiva del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.

La exigencia de agotamiento de los recursos internos permite al Estado remediar localmente y por sus propios medios toda violación de derechos humanos que pudiera conducir al debate de la cuestión en el marco transnacional y generar una eventual responsabilidad internacional de aquél. En consecuencia, al estar reglamentariamente habilitada la presentación de *amici* por ejemplo ante la Corte IDH, es adecuado acordar en el plano interno a los grupos o instituciones interesados (*v. gr.* ONG) la posibilidad de emitir opiniones fundadas sobre el tema en cuestión, en equivalencia de condiciones respecto de las que contarían en el plano internacional, adelantando ante los órganos judiciales domésticos fundamentos que luego serían considerados por aquel tribunal internacional (Abregú y Courtis).

La Corte IDH se ha ocupado de subrayar que los *amici* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta para resolver los asuntos de su conocimiento, que poseen una trascendencia o un interés generales (“Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos”, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, serie C, número 184, párr. 14).

En suma, en la medida en que exista voluntad judicial y política para aplicar la figura, ésta resulta un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate judicial —ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de relevancia social por medio de argumentos públicamente analizados—, favorecer la defensa y la realización de los derechos humanos (en los ámbitos interno e internacional) y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.

Víctor Bazán

AMPARAMIENTO

La voz “amparo” era conocida y usada en la península ibérica desde la época medieval para referirse a las relaciones que se establecían entre personas desvalidas y desprotegidas y el señor que se comprometía formalmente a darles su protección en el sentido más amplio del término. Asimismo, se aludía con este vocablo a los documentos en los cuales se hacían constar los derechos y obligaciones del protector y de los protegidos, surgiendo las llamadas “cartas de amparo”; para referirse, finalmente, a aquellas escrituras expedidas por el monarca con la finalidad de que se otorgara la especial protección allí contenida a una persona o a un grupo de personas y se aplicaran las correspondientes sanciones en caso de violación del mandato regio.

De un amparo, entendido como especial protección del rey a unos pocos privilegiados y operativo al margen de un proceso, se pasará a un amparo de tipo general, extendido a todos los súbditos y regulado mediante los correspondientes mecanismos procesales.

Pero en las Partidas coexisten dos acepciones de la voz “amparo”: la medieval, arriba señalada, referida a la protección, a la defensa en su sentido general, y la procesal, formada a partir de las construcciones del derecho común, que se traducirá en toda una gama de mecanismos jurisdiccionales para debatir en juicio el alcance real del daño producido y del amparo solicitado. En este orden de cosas, la idea de protección general se vierte sobre una protección específica nacida en el curso de un proceso. En un avance respecto al empleo todavía medieval del término que arriba hemos visto se halla la partida 3, 23, 1, que regula la alzada o apelación, en donde con carácter general se establecen los dos elementos claves que van a intervenir en esta dialéctica procesal: el amparo o protección dispensada por el ordenamiento jurídico frente a los ataques a los legítimos derechos e intereses, y el agravio, ataque o lesión producida en los mismos: “Alzada es querella que alguna de las partes face en juicio que fuese dada contra ella, llamando et recorriéndose á emienda de mayor juez. Et tiene pro la alzada quando es fecha derechamente porque por ella se desatan los agraviamientos que los jueces facen á las partes torticeramente, ó por non lo entender”.

Frente a los daños judiciales procedentes de las sentencias dictadas “torticeramente” o por ignorancia, cabe la posibilidad de acudir ante un juez superior, que se encargará de revisar el veredicto dado. Sin embargo, este mecanismo tan general, abstracto e inconcreto precisa de una ulterior precisión para que se haga efectivo. El amparo así considerado se exterioriza mediante cuatro figuras específicas: (i) la alzada propiamente dicha, que bebe de las fuentes de la apelación; (ii) la merced real; (iii) la *restitutio in integrum*, y (iiii) el amparo contra las sentencias dadas falsamente o con infracción del ordenamiento jurídico procesal. Estas cuatro modalidades son calificadas por el proemio de la partida 3, 23; así: “Bien otrosi han grant conhorto et grant folgura aquellos contra quien dan los juicios que se tienen por agraviados quando fallan alguna carrera por que cuidan estorcer et ampararse de aquellos de que se agravian. Et este amparamiento es en quatro maneras, ca ó es por alzada, ó por pedir merced, ó por otorgamiento que demandan los menores por razón de algunt juicio que sea dado contra ellos, ó por querella de algunt juicio que digan que fue dado falsamente o contra aquella ordenada manera que el derecho manda guardar en los juicios”.

En un sentido amplio, los cuatro remedios aquí recogidos son amparos, como sinónimo de protección o tutela de derechos. Por su carácter ordinario y por la generalidad de sus destinatarios, sin embargo, solamente se pueden considerar amparos en sentido estricto a la primera y a la cuarta figuras. La idea del amparo como mecanismo procesal ordinario y general nos hace rechazar de su ámbito la figura de la merced real, por no basarse en consideraciones de justicia y de derecho, y también la de la restitución integral, debido a la especialidad subjetiva que la misma comportaba, pareciéndonos más bien un privilegio que un auténtico remedio normal y ordinario. Si el amparo era,

a la luz de estos precedentes históricos, un mecanismo general de protección, entendemos que debería reunir dos requisitos: la generalidad de los sujetos legitimados, sin que se puedan establecer privilegios subjetivos, y las cuestiones de estricta legalidad o de estricta justicia, como motivos o causas que permitirían la procedencia del mismo.

A nuestro entender, aquí nace la tradición protectora del amparo, que vendrá a nutrir los orígenes de nuestra más importante institución procesal mexicana: el juicio de amparo. Como dijera don Felipe Tena Ramírez: término castizo y evocador.

José Luis Soberanes Fernández

AMPARO

Etimológicamente, la palabra “amparar” proviene del latín *ante-parāre*, que significa prevenir, favorecer, proteger. Su connotación jurídica proviene del derecho español, y se utilizaba además como sinónimo de recurso o medio impugnativo (“amparo” o “amparamiento” en las Siete Partidas, tercera, título XXIII). El origen de este vocablo se remonta a la Edad Media, en los procesos forales aragoneses (aprehensión, inventario, firma de derecho y manifestación de personas). El Justicia Mayor del Reino de Aragón o sus lugartenientes, como especies de jueces de constitucionalidad, “amparaban” a las personas y a sus bienes contra actos excesivos y arbitrarios del poder soberano. También en el derecho de Castilla se utilizó esta expresión en el mismo sentido. Y es precisamente a través del ordenamiento castellano la manera en que se introduce el vocablo “amparar”, como sinónimo de protección en la América española (siglos XVI a XIX). En ese periodo aparecen los “reales amparos” otorgados por la Real Audiencia de México (en realidad, constituían interdictos posesorios).

Desde una noción contemporánea, la expresión “amparo” se utiliza para significar al “juicio constitucional de amparo”, es decir, una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de protección específico para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución. Históricamente, como proceso constitucional, se contempló por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán, México, de 1841 (arts. 8º, 9º y 62º), en donde se facultaba expresamente al Tribunal Superior de Justicia para “amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución”. Posteriormente, el juicio de amparo mexicano quedó regulado a nivel federal (1847, 1857 y 1917).

La experiencia mexicana influyó en todos los países latinoamericanos. La mayoría utiliza la denominación de “juicio” “recurso” “proceso” o “acción” de “amparo”. Solo tres países le otorgan distinta denominación, Brasil (*mandado de segurança*), Colombia (“tutela jurídica”) y Chile (“recurso de protección”). En su expansión se pueden advertir tres “oleadas” cronológicas. La primera acontece en Centroamérica, durante la segunda mitad siglo XIX y primera del siglo XX: El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894), Guatemala

(1921), Panamá (1941) y Costa Rica (1949). Incluso se incluyó en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1989 (Honduras, Nicaragua y El Salvador), así como en la Constitución de la República Centroamericana de 1921 (Guatemala, El Salvador y Honduras).

Una segunda etapa se advierte con la creación jurisprudencial del amparo en Argentina (1957-58), que influyó posteriormente en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967). La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inició en varias provincias desde 1921, antes de que a nivel nacional se reconociera por la Corte Suprema en los paradigmáticos casos “Siri, Ángel S.” (1957) y “Samuel Kot (1958), a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por lo que reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad. En el segundo caso, la Corte extendió el ámbito de protección para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial importante. La interpretación del más alto tribunal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado, a que se refiere el art. 33 de la Constitución nacional, concepción que siguieron varias Constitucionales latinoamericanas con posterioridad (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

Una tercera oleada comprende cinco países en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo XX: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991), y República Dominicana (1999). En algunos países, como en Brasil y en el Perú, el hábeas corpus realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no solo para la tutela de la libertad personal, sino también para los demás derechos fundamentales. En el Perú, hasta que la figura del amparo se reguló (con autonomía del hábeas corpus) en las Constituciones de 1979 y 1993, previniéndose actualmente en el Código Procesal Constitucional, uno de los primeros códigos con esta denominación. En Brasil, hasta la creación del *mandado de segurança* en la Constitución de 1934.

Uruguay es el único país latinoamericano que no regula la institución de manera expresa en la Constitución, si bien se prevé la garantía de manera implícita, expidiendo la ley correspondiente que la regula. En República Dominicana fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia en 1999, al aplicar de manera directa el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (recurso sencillo, rápido y efectivo que ampare contra violaciones a derechos fundamentales), fijando en su sentencia los lineamientos generales de competencia, procedimiento y plazos del recurso de amparo. Posteriormente, se emitió en 2006 la legislación de amparo, y actualmente se prevé en la nueva Constitución de 2010, cuya competencia corresponde a la recientemente creada Corte Constitucional. También se prevé esta institución en las nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador.

En cuanto a los derechos y libertades tutelados, se advierten tres supuestos. El primero, que comprende la concepción tradicional, el amparo protege

la mayoría de los derechos y libertades fundamentales, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del hábeas corpus, o también denominada en algunos países “exhibición personal”. El segundo grupo, que constituye la tendencia contemporánea, está representado por los países que además de excluir a la libertad personal también dejan fuera del ámbito protector la libertad o autodeterminación informática para la protección de los datos personales, ya que en los últimos años tiende a preverse la garantía constitucional específica del hábeas data. El tercer supuesto lo configura México, que podría calificarse como omnicompreensivo, en la medida en que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales, así como en general todo el ordenamiento constitucional y secundario (garantía de legalidad).

El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, se ha expandido a nivel mundial. En el continente europeo progresivamente se fue incorporando, primero en países de Europa occidental (Alemania, Austria, España, Suiza y Andorra); y con posterioridad en Europa central, oriental y en la ex Unión Soviética: Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, República de Macedonia, Rusia, Serbia y Montenegro, entre otras. Esta influencia también alcanza a los países africanos (p. e. Cabo Verde) y asiáticos (p. e. Corea del Sur y Macao).

Asimismo, debe advertirse su expansión hacia los instrumentos internacionales, y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos. Esto ha propiciado la creación de sistemas regionales de protección, con tribunales específicos, como el europeo (Estrasburgo, Francia), el interamericano (San José, Costa Rica) y recientemente el africano (Arusha, Tanzania). Estas instancias han motivado a que un sector de la doctrina lo denomine “amparo internacional” o “amparo transnacional”, como medios subsidiarios, complementarios y reforzados en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

AMPARO (FACULTAD DE ATRACCIÓN DE LA SUPREMA CORTE)

La facultad de atracción es una figura procesal de configuración constitucional que permite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer, de manera excepcional y discrecional, asuntos que no son de su competencia originaria, pero que por su trascendencia e importancia ameritan ser resueltos por dicho órgano. En otras palabras, es una potestad adjetiva que permite la resolución de ciertos casos a la Suprema Corte, cuya competencia no le está preliminarmente delimitada; por tanto, se trata de un mecanismo que permite la ampliación de su ámbito competencial (el cual a partir de 1988 se centra esencialmente en cuestiones estrictamente constitucionales) para conocer de casos que competen a otros órganos jurisdiccionales, pero que por su relevancia ameritan su intervención. Ahora bien, en atención a su naturaleza procesal, es conveniente identificar sus elementos a partir de dos vertientes: una teórica y una formal (la cual se limita al estudio de la ley).

Teórica. Esta figura ha sido comparada con el *writ of certiorari* previsto en jurisdicciones de *common law*. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe la posibilidad de solicitar la revisión de resoluciones de los tribunales superiores de cada estado ante la Suprema Corte. Al igual que su homólogo mexicano, este órgano cuenta con amplias facultades para determinar si existen razones especiales e importantes para su admisión (Gómez-Palacio, Ignacio. “Reforma judicial: el criterio de importancia y trascendencia y su antecedente, el writ of certiorar”, *Jurídica*, 29). Sin embargo, la diferencia crucial entre ambas figuras radica en que el derecho mexicano es imposible que los particulares soliciten el ejercicio de la facultad de atracción; nuestra Constitución únicamente legitima a los tribunales colegiados o al procurador general de la República para presentar dicha petición.

En el sistema jurídico mexicano, el origen de esta facultad se remonta a la reforma constitucional que entró en vigor en 1988. A partir de ese momento, el tribunal máximo empezó a conocer de los asuntos que por sus “características especiales” así lo ameritaran (Cabrera Acevedo, Lucio, “La jurisprudencia de la Suprema Corte y aspectos de sus facultades discrecionales”, *Derecho constitucional comparado, México-Estados Unidos*, t. I). En 1994 se realizaron nuevas modificaciones que sustituyeron este criterio por el de “importancia y trascendencia” (Rojas Amandi, Víctor, “El recurso de revisión de las sentencias de amparo directo ante la Suprema Corte”, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. II). Desde entonces, la cuestión fundamental en el ejercicio de cualquier facultad de atracción es acreditar estos dos requisitos.

Formal. La facultad de atracción está contemplada en el art. 107 de la Constitución, fracción V, último párrafo, y fracción VIII, inciso b), primer párrafo; asimismo, tiene una regulación legal prevista dentro de las reglas de competencia, en los arts. 40 y 85, ambos de la Ley de Amparo. Recordemos que la mecánica de dicha figura procesal se traduce en el conocimiento de asuntos respecto de los cuales no se tiene competencia para conocer. Así, resulta indispensable determinar, en primer término, cuál es la competencia inicial u originaria que otorgan los preceptos legales y constitucionales, de lo cual se concluye que los tribunales colegiados de circuito conocerán de los amparos directos promovidos en contra de sentencias definitivas y la Suprema Corte de Justicia conoce de los recursos interpuestos en contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, siempre y cuando se hubieran impugnado normas generales y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, o cuando se trate de las relativas a los denominados amparo-soberanía. De esa forma, *a contrario sensu*, se desprende que la Suprema Corte de Justicia no tiene facultad originaria para conocer de amparos directos ni de los recursos de revisión previstos en el art. 81, frac. I, de la Ley de Amparo (con excepción del promovido en contra de la sentencia en la que se involucre una cuestión de inconstitucionalidad); por tanto, es en estos casos en donde la figura procesal encuentra cabida.

No obstante lo anterior, dichos elementos nos son suficientes para su procedencia, pues como ya se dijo, tiene un carácter excepcional, que se concretiza con la exigencia de la importancia y trascendencia. En ese aspecto,

la ley no delimita esos conceptos, y ha sido la jurisprudencia la que precisa sus alcances (no debe perderse de vista que el análisis parte de los arts. que se encuentran vigentes a partir del tres de abril de 2013, y que la jurisprudencia fue emitida con anterioridad; sin embargo, la construcción de los conceptos de importancia y trascendencia, aparentemente, no resulta contrario al nuevo texto), vinculando la “importancia” con el aspecto cualitativo de un caso; es decir, su naturaleza tanto jurídica como extrajurídica que lo revista de un interés superlativo por la gravedad del tema, para lo cual se debe atender a la afectación potencial de valores sociales, políticos y, en general, de convivencia, bienestar o estabilidad del Estado. Por otra parte, al hablar de “trascendencia” se ha referido al aspecto cuantitativo, el cual responde al carácter excepcional o novedoso que entrañaría la fijación de un criterio estrictamente jurídico para casos futuros. Igualmente, puede derivar de la complejidad sistémica que presentan algunos asuntos por su grado de interdependencia jurídica o procesal, que obliga a atender las consecuencias jurídicas de todos y cada uno de ellos (véase la tesis: 1a./J. 27/2008. Facultad de atracción. Requisitos para su ejercicio. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; tomo XXVII, abril de 2008; pág. 150). De esta forma, el ejercicio de la facultad de atracción no depende de la materia del asunto, sino que el objetivo del legislador es permitir que aquellos asuntos donde concurren circunstancias excepcionales sean estudiados por el mismo y no reservar predeterminada e indiscriminadamente una serie de casos al tribunal máximo (Tesis: 2a./J. 123/2006. Atracción. Para ejercer esta facultad en amparo en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe tomar en cuenta las peculiaridades excepcionales y trascendentes del caso particular y no solamente su materia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXIV; noviembre de 2006; pág. 195). Reforzando su carácter excepcional, esta facultad solo se puede ejercer de oficio por la Suprema Corte de Justicia o a petición de un órgano legitimado, como el tribunal colegiado de circuito o el procurador general de la República, según sea el caso.

Por otro lado, debe precisarse que tanto los preceptos constitucionales como legales que regulan la facultad solo prevén la posibilidad de atraer amparos directos y recursos de revisión en amparo indirecto; sin embargo, jurisprudencialmente se ha extendido a otro tipo de asuntos, como son algunos recursos de reclamación y recursos de queja. Para determinar su procedencia se realizó una interpretación teleológica, con la finalidad de entender la figura como una facultad genérica tendiente a salvaguardar la seguridad jurídica, mediante la cual se autoriza a la Suprema Corte a pronunciarse respecto de aquellos casos que revistan interés y trascendencia. (Según las tesis: 1a. CLXXIX/2012 (10a.) Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para conocer de los recursos de reclamación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; tomo 1; septiembre de 2012; Pág. 507 y tesis: 2a. CXLIV/2008. Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para

conocer de los recursos de queja. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; tomo XXVIII; octubre de 2008; pág. 457).

Sin embargo, dicha interpretación no puede generar la admisión de la facultad de atracción para cualquier asunto, pues existen ciertos casos que su naturaleza jurídica no lo permitiría; por ejemplo: la revisión fiscal y el amparo indirecto en primera instancia. En el primer caso, la lógica de dicha exclusión radica en que la facultad de atracción fue diseñada para que el tribunal máximo resolviera casos excepcionales donde un particular se defiende en contra de actos de la autoridad, pero no para conocer de medios de defensa a favor de la autoridad; por tanto, permitir el ejercicio de la facultad en esos casos desvirtuaría la naturaleza para la cual fue creada. (Tesis: 2a. XXXI/2011. Facultad de atracción. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede ejercerla para conocer de un recurso de revisión fiscal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; tomo XXXIII; abril de 2011; pág. 674). El segundo caso tampoco sería viable, pues se decidiría el juicio en una instancia única, haciendo nugatorio el derecho del quejoso de interponer el recurso y de permitir que un órgano jurisdiccional superior realice una nueva reflexión respecto de la *litis* planteada, con lo cual se trastocaría la coherencia del sistema jurídico. (Tesis: 2a. CLXV/2008. Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede ejercerla para emitir sentencias en juicios de amparo indirecto en primera instancia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; tomo XXIX; enero de 2009; pág. 784).

Jorge Mario Pardo Rebollo
Alejandro Castañón Ramírez
Ricardo Antonio Silva Díaz

AMPARO (MEDIDAS DE APREMIO)

En el sistema jurídico mexicano, el art. 17 de la Constitución general de la República prevé el derecho fundamental de tutela jurisdiccional y acoge el principio de ejecutoriedad de las resoluciones de los tribunales, asimismo, impone al legislador ordinario la obligación de establecer en las normas secundarias los medios necesarios para garantizar su cumplimiento. Estos elementos han sido denominados en la doctrina jurídica como medios de apremio, y consisten en una serie de instrumentos coactivos que pueden decretar los órganos jurisdiccionales contra las partes o terceros a quienes se impongan cargas u obligaciones procesales, con la finalidad de vencer la desobediencia y hacer cumplir sus resoluciones

La imposición de la medida de apremio es un acto de autoridad que se produce con motivo de la resistencia a cumplir una conducta legalmente exigida, tiende a compeler al o la contumaz para mantener la regularidad del proceso; sin embargo, no son instrumentos que las y los juzgadores puedan utilizar arbitrariamente, pues participan de la naturaleza de los actos de molestia.

Para que sea legal la aplicación de una medida de apremio deben respetarse los principios de legalidad y seguridad jurídica, a fin de dar certeza a la o el gobernado sobre las normas aplicables y las atribuciones de la autoridad. Los requisitos mínimos que debe observar quien juzga son: 1. La existencia de una determinación jurisdiccional fundada y motivada, que deba ser cumplida por las partes o por alguna persona involucrada en el proceso, y 2. Notificarla personalmente, con apercibimiento de que en caso de desobediencia se aplicará una medida de apremio precisa y concreta. Lo anterior permite a la persona obligada, conocer las consecuencias de su conducta, de manera que la decisión tomada por el órgano jurisdiccional se justifica por las circunstancias del caso.

En la Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 se incorporó un apartado específico sobre medidas disciplinarias y de apremio, a diferencia de la norma abrogada, que contenía en forma dispersa la posibilidad de apercibir a la autoridad o persona obligada a realizar un acto procesal, con la imposición de alguna multa o bien se acudía supletoriamente al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Para hacer cumplir sus determinaciones, los órganos jurisdiccionales de amparo pueden utilizar cualquiera de las medidas de apremio siguientes: multa, auxilio de la fuerza pública y denunciar o poner a disposición del Ministerio Público al o la contumaz, por la probable comisión de un ilícito; por ejemplo: contra un particular que desobedezca un mandato de los tribunales de acuerdo con los numerales 178 a 183 del Código Penal Federal; o bien, los arts. 262, frac. III y 267, frac. I de la Ley de Amparo, que tipifican como delitos imputables a las autoridades responsables, entre otros, la desobediencia de un auto que decreta la suspensión o el incumplimiento de una sentencia que otorgue la protección constitucional.

Ahora, como el legislador no estableció un orden para imponerlas, corresponde al juzgador, en uso de su prudente arbitrio, aplicar el medio que estime conveniente para compeler al o la contumaz. Inclusive, puede imponerse en varias ocasiones un mismo medio de apremio, puesto que la ley no contiene limitante alguna para que las y los titulares de los órganos jurisdiccionales los utilicen las veces que consideren necesarias para hacer cumplir sus determinaciones, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, tales como la naturaleza de la determinación que deba cumplirse, sus consecuencias y la gravedad del asunto.

Las multas se impondrán a razón de días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, pero si la o el infractor es jornalero, obrero o trabajador, no podrá exceder de su jornal o salario de un día. La ley acoge un criterio dual: por un lado, una regla genérica, que atiende a factores económicos dinámicos, como el salario mínimo general del Distrito Federal, una unidad de medida estándar que utiliza un parámetro de la realidad social susceptible de ser aplicado en diferentes circunstancias, evitando que las sanciones pierdan actualidad; y por otro, una regla específica dirigida a los sectores más desprotegidos o económicamente débiles; esto es, acude a sus circunstancias personales, al limitar la multa en función de sus ingresos netos diarios, de acuerdo con el postulado

constitucional de prohibición de la multa excesiva, que resulta de relacionar los arts. 21, quinto párrafo, y 22, primer párrafo, del ordenamiento fundamental, lo cual se traduce en que la sanción sea proporcional a las posibilidades de quien debe cumplirla.

Además, la aplicación de las medidas de apremio se rige por el principio de proporcionalidad, pues para determinar su magnitud la autoridad jurisdiccional debe tomar en cuenta la gravedad de la infracción, así como las circunstancias personales de la o el infractor, a fin de que la sanción esté fundada y motivada.

Set Leonel López Gianopoulos

AMPARO (OBJETO DEL)

De acuerdo con *Diccionario* de la Real Academia Española, el recurso de amparo es el estatuido por algunas Constituciones, para ser tramitado ante un alto tribunal de justicia, cuando los derechos asegurados por la ley fundamental no sean respetados por otros tribunales o autoridades. Asimismo, objeto es: a) todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo; b) aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales; c) término o fin de los actos de las potencias; d) fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación; e) materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio; f) cosa.

De la combinación de ambas definiciones se obtiene que el objeto del amparo es el fin o intento a que se dirige o encamina el trámite del juicio, así como la materia o asunto del que se ocupa. Así, para lograr un mejor entendimiento de ambos alcances debe realizarse un análisis formal (el cual se limita al estudio de la ley) y uno teórico.

Formal. En atención a lo establecido en el art. 1 de la Ley de Amparo, el objeto del juicio de amparo es: 1. De acuerdo con la materia de la cual se ocupa: la protección de derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales; aunado a ello, para lograr la protección de esos derechos humanos no puede desconocerse que se analizan en el juicio normas, actos u omisiones de la autoridad, dictados en el marco de la división de poderes; de ahí que sean materia del juicio las leyes (Poder Legislativo), los actos de la administración pública (Poder Ejecutivo) y las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales terminales (Poder Judicial). 2. De acuerdo con el fin al que se encuentra encaminado: el objeto es resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y los tratados internacionales, así como aquellas en las que la autoridad federal vulnere o restrinja la soberanía de los estados. Aunado a ello, de acuerdo con el art. 77 de la Ley de Amparo, los efectos de la concesión del amparo serán restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando los actos reclamados sean de carácter positivo; pero si son negativos o impliquen una omisión, precisa que deberá obligarse a la autoridad a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.

En ese orden de ideas, el objeto del juicio en cuanto a materia son tanto los derechos humanos como los actos de autoridad que se reclaman. Además, el objeto en cuanto a la finalidad es resolver las controversias respecto de violación a derechos humanos, aunado a que una vez acreditada la violación, tiene como objeto restituir al quejoso en el goce de su derecho, mediante el restablecimiento de las cosas o imponiendo obligaciones a la autoridad

Téorica. El juicio de amparo se define como un medio de control constitucional, en el que se contemplan diversos instrumentos procesales, que si bien tiene principios generales comunes, cada uno tiene funciones diversas, pero encaminadas a lograr el respeto pleno a la Constitución (Fix-Zamudio, 2003:18). Como proceso judicial: es la secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente con objeto de resolver el conflicto de derechos humanos que se somete a decisión. De acuerdo con Couture (2002:99), el proceso por el proceso no existe; es decir, éste solo se explica en cuanto a su fin, de ahí la importancia de definir cuál es la función del proceso de amparo.

La función inmediata del juicio de amparo es proteger y garantizar los derechos humanos, tanto de fuente nacional como internacional de las personas individual y colectivamente consideradas. Se trata de un proceso de configuración constitucional autónomo dotado de regulación jurídica específica que salvaguarda las prevenciones constitucionales y convencionales a través de una contienda equilibrada entre gobernado y gobernante, y de manera indirecta y extraordinaria al orden jurídico nacional (control de constitucionalidad y de legalidad). En razón de lo anterior, tal y como acontece en cualquier proceso, el amparo tiene un fin privado, consistente en proteger los derechos humanos del individuo que los reclama y tiene un fin público, pues busca el respeto a la supremacía constitucional, al ser una herramienta que pretende la constitucionalización del ordenamiento; esto es, lograr que la norma suprema se imponga frente a todas las normas, no como un documento político, sino como una norma vinculante y superior que corrija el indebido actuar de las autoridades.

En ese aspecto, como lo señala Fix-Zamudio (2003:18), el amparo es una institución que, a través de distintos instrumentos procesales, realiza cinco funciones: i) tutela la libertad personal; ii) estudia la constitucionalidad de las leyes; iii) estudia la constitucionalidad de las sentencias judiciales; iv) estudia la constitucionalidad de los actos y resoluciones de la administración activa, y v) protege los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria. Siguiendo esa idea, cada uno de estos instrumentos tiene diversas finalidades, las cuales dependen del acto que es objeto de estudio; sin embargo, todos encuentran un común denominador en la defensa de la Constitución, que incluye la protección de derechos humanos y el control de constitucionalidad y convencionalidad de los distintos actos de las autoridades (poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

De esa forma, el juicio de amparo se basa en una idea de limitación del poder público, a partir de los postulados constitucionales y el respeto a la supremacía de la Constitución, mediante la cual se priva de eficacia legal y material a los actos de autoridad que no se ajustan a los términos y condiciones sustentados en la norma suprema, con especial atención a los derechos

humanos reconocidos en ella. Dicha finalidad se encuadra en los postulados del neoconstitucionalismo, corriente que enarbola la facultad de los órganos jurisdiccionales para corregir el actuar de las autoridades, no solo respecto a la forma de organizarse, sino en cuanto a la sustancia de su actuación, potestad que se justifica en el compromiso con los derechos, sin desconocer de manera absoluta la legitimación democrática de las decisiones.

Jorge Mario Pardo Rebolledo
José Díaz de León Cruz
Ricardo Antonio Silva Díaz

AMPARO (REQUISITOS DE LA DEMANDA)

En el derecho mexicano, la acción de amparo no es ajena a las reglas básicas de todo procedimiento, pues está condicionada a la satisfacción de requisitos y formalidades, los cuales no deben entenderse como obstáculos para acceder a la justicia. El art. 17 constitucional obliga a las y los gobernados que pretendan ejercer el derecho a la jurisdicción, a plantear sus peticiones sujetándose a las formas establecidas por el legislador. Los requisitos de la demanda de amparo no constituyen fórmulas sacramentales carentes de razonabilidad, sino que consisten en datos que proporcionan al juzgador y a las partes los elementos indispensables para entablar la relación procesal y decidir la controversia, a fin de garantizar el respeto a los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad procesal.

La Ley de Amparo establece algunos requisitos, que son comunes y otros específicos, que inciden en la estructura de la petición de amparo, en función de la vía en la cual se promueva (directa o indirecta), por lo que resulta de utilidad didáctica tratarlos en forma separada.

Amparo indirecto. Regla general. En el escrito de demanda se debe expresar: 1. El nombre y domicilio de la parte quejosa y de quien promueve en su nombre, en este caso deberá acreditar su representación; 2. El nombre y domicilio del tercero interesado, si no los conoce, manifestarlo así bajo protesta de decir verdad; 3. La autoridad o autoridades responsables, si se impugnan normas generales, señalar a los titulares de los órganos de Estado que intervinieron en su promulgación, en tanto que las autoridades encargadas del refrendo y publicación solo si se reclaman sus actos por vicios propios; 4. La norma general, acto u omisión que de cada autoridad se reclame; 5. Bajo protesta de decir verdad, los hechos o abstenciones que constituyan los antecedentes del acto reclamado o que sirvan de fundamento a los conceptos de violación; 6. Los preceptos que contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame, y 7. Si el amparo se promueve contra la invasión de la esfera competencial de los estados, el Distrito Federal o la Federación, deberá precisarse la facultad reservada a éstos que haya sido invadida por la autoridad federal a la local, o viceversa. 8. Los conceptos de violación.

Amparo indirecto. Caso de excepción: cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por

el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, así como la incorporación forzosa al ejército, armada o fuerza aérea nacionales, y la persona agraviada se encuentre imposibilitada para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra en su nombre, aunque sea menor de edad. En estos casos la demanda podrá formularse por escrito, comparecencia o medios electrónicos, sin necesidad de firma electrónica.

El preponderante valor de los bienes jurídicos que se protegen justifica el establecimiento de tan notables excepciones al principio de legitimación en la causa y en el proceso, a la regla general de capacidad de ejercicio para la realización de actos jurídicos y al orden natural del proceso, pues establece la posibilidad de que promueva cualquier persona a nombre de otra, sin ser su representante, incluyendo a menores de edad; asimismo, se prevé el dictado de medidas cautelares como la suspensión de plano de los actos reclamados, sin que exista petición formal de quien directamente resienta el agravio. Aunque la ley establece mecanismos para lograr la ratificación de la demanda, sin cuya satisfacción se tendrá por no presentada y se dejarán sin efectos las medidas cautelares dictadas, lo que puede ocurrir en el plazo máximo de un año, salvo que se trate de desaparición forzada de personas.

En estos supuestos, los requisitos de la demanda se reducen a señalar: 1. El acto reclamado; 2. La autoridad que lo haya ordenado; 3. La autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto, y 4. El lugar donde se encuentre la parte quejosa. En caso de que el o la promovente desconozca los datos requeridos en los puntos 2 y 4, deberá manifestarlo en la demanda.

Amparo directo. En esta vía, la demanda debe contener: 1. El nombre y domicilio de la parte quejosa y de quien promueve en su nombre; 2. El nombre y domicilio del tercero interesado; 3. La autoridad responsable; 4. El acto reclamado, cuando se reclame la inconstitucionalidad de una norma general, ello solo se hará valer en los conceptos de violación, sin señalarla en un apartado destacado; 5. La fecha de notificación del acto reclamado o la data en que la o el quejoso hubiera tenido conocimiento del mismo; 6. Los preceptos que contengan los derechos humanos cuya violación se reclame, y 7. Los conceptos de violación.

Requisitos comunes. Por regla general, la demanda se presenta por escrito con copias para cada una de las partes y, tratándose del amparo indirecto, dos para el incidente de suspensión (si se solicita y no deba concederse de oficio). Además, la ley establece la posibilidad de promover a través de medios electrónicos, y solo excepcionalmente por comparecencia o por vía telegráfica; en estos casos no será necesario exhibir copias, pues deberá expedirlas el órgano jurisdiccional de amparo o la autoridad responsable, en el amparo directo. Lo mismo ocurre cuando se trate de asuntos del orden penal, en materia laboral tratándose de los y las trabajadoras, cuando se puedan afectar intereses de menores o incapaces, o bien los derechos agrarios de los núcleos de población comunal o ejidal o de quienes tengan la calidad de ejidatarios o comuneros (incluidos los aspirantes a ser sujetos de derecho agrario), así como cuando se

trate de personas que por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio; es decir, grupos en condición de vulnerabilidad.

El incumplimiento, inexactitud u oscuridad de algún requisito da lugar a que el órgano jurisdiccional de amparo requiera al o la promovente para que en el plazo de cinco días subsane las irregularidades formales de la demanda. En caso de que no lo haga, la consecuencia es tenerla por no presentada. Si se cumple la prevención, la demanda y el escrito aclaratorio no pueden desvincularse, analizarse o considerarse por separado, pues ambos escritos integran la demanda de amparo; por tanto, deben ser considerados como un solo documento.

Sin embargo, no todos los requisitos son susceptibles de ser subsanados. No procede prevenir a la parte quejosa cuando se omite expresar los conceptos de violación, pues éstos son indispensables para conocer su pretensión; de lo contrario se le daría un plazo mayor al legal para plantear la demanda, según lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia P./J. 111/2004. Excepto cuando el amparo indirecto se promueva en términos de los arts. 15 y 109 de la Ley de Amparo, en cuyo caso la norma no exige que se expresen conceptos de violación, excepción que no debe confundirse con la suplencia de la queja prevista en el penúltimo párrafo del numeral 79 de la norma referida.

Set Leonel López Gianopoulos

AMPARO AGRARIO

El amparo agrario protege a los núcleos de población ejidal o comunal y a los ejidatarios y comuneros en sus derechos agrarios, lo que ha constituido la “socialización del amparo”.

En México, se pueden distinguir dos etapas para la comprensión de su diseño procesal: el origen, con su carácter de proceso constitucional específico de resguardo de los derechos sociales e individuales de grupos o entidades agrarias y de sus miembros competentes, y el de adaptación, al fenómeno contemporáneo de la Constitución convencionalizada.

El amparo agrario tuvo su origen en la reforma de 1962 al art. 107, frac. II, de la Constitución de 1917, que fue desarrollada por las modificaciones de 1963 a la Ley de Amparo, que estableció ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (ejidatarios, comuneros y sus respectivas poblaciones), que permitieran equilibrar su situación en el proceso frente a los propietarios agrícolas y ganaderos y respecto de las autoridades administrativas federales encargadas del desarrollo de la propia reforma agraria, ya que se consideró que dichos campesinos, en su mayor parte, carecían de un adecuado asesoramiento jurídico para intervenir en las controversias agrarias.

Con estas reformas constitucionales y legales se configuró el quinto sector del amparo mexicano, el cual adquirió mayor trascendencia con motivo de la reforma de 1976 a la Ley de Amparo, la cual se dividió artificialmente en

dos libros, que antes no existían; el primero sobre el amparo en general, y el otro, de muy pocos artículos, respecto del amparo en materia agraria, pero sin abarcar todas las controversias sobre esta materia; es decir, únicamente en aquellas en que comparecieran como partes los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria (arts. 107, frac. II, párrafos tercero y cuarto de la CPEUM, y 212 a 234 de la Ley de Amparo).

En 1992 se reformó el art. 27 constitucional, frac. XXIX, segundo párr., para la creación de los tribunales federales agrarios, conformados por un Tribunal Superior integrado por cinco magistrados y tribunales unitarios de carácter regional, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas agrarias, de acuerdo con la organización y procedimientos establecidos por las leyes Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992.

Aun cuando la tendencia que se observa en el derecho de amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, se pensó que en realidad se dirigía a conservar solo tres: i) hábeas corpus o amparo de la libertad e integridad personales; ii) amparo judicial o amparo casación, y iii) amparo contra leyes. En cambio, con las reformas del 6 de junio de 2011 en materia de amparo a la Constitución de 1917, y con la “nueva” Ley de Amparo de 2013, fisonomía que se integra además por: 1) el nuevo texto constitucional que se promulgó en la fecha indicada; 2) los cambios en materia de derechos humanos publicado el 10 de junio de 2011, y 3) lo resuelto por la Suprema Corte en el caso *Radilla vs. El Estado mexicano* (expediente varios 910/2010), en cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se confirma la existencia del amparo agrario y su adaptación a la máxima protección (principio *pro persona*) de los derechos humanos y los derechos nacionales de fuente internacional; en síntesis, la Constitución convencionalizada.

En esta segunda etapa, a nivel constitucional (art. 107, frac. II, párr. sexto) la estructura procesal del amparo agrario refiere que cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deben recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

Conforme a la “nueva” Ley de Amparo, en el amparo agrario son partes (art. 5o.): 1. El *quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, y quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa con los actos o resoluciones provenientes de tribunales agrarios. 2. El *tercero interesado*, contraparte del quejoso cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden agrario. El plazo para interponer la *demand*a de amparo es de siete años, contados a partir de que, de manera indubitable, la autoridad responsable notifique el acto a los grupos agrarios (art. 17, frac.

III). La autoridad que lo conozca debe *suplir* la deficiencia de los conceptos de violación o agravios en favor de los ejidatarios y comuneros, en particular cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios (art. 79). Se tiene por interpuesta la demanda, a pesar de no exhibir las copias correspondientes (art. 100). El amparo indirecto procede contra actos de tribunales agrarios realizados fuera de juicio o después de concluido (art. 107, frac. IV). La autoridad responsable, en su informe con justificación, además de los criterios generales, debe expresar el nombre y el domicilio del tercero interesado, los preceptos legales que justifiquen los actos que en realidad hayan ejecutado o pretendan ejecutar y si las responsables son autoridades agrarias, la fecha en que se hayan dictado las resoluciones que amparen los derechos agrarios del quejoso y del tercero, en su caso, y la forma y términos en que las mismas hayan sido ejecutadas, así como los actos por virtud de los cuales aquéllos hayan adquirido sus derechos, de todo lo cual deben acompañar al informe copias certificadas, así como de las actas de posesión, planos de ejecución, censos agrarios, certificados de derechos agrarios, títulos de parcela y demás constancias necesarias para precisar los derechos de las partes (art. 117, párrafo quinto). La *suspensión* del acto reclamado procede de oficio y de plano (art. 126, párrafo tercero). Contra las sentencias de organismos jurisdiccionales especializados en esta materia procede el *amparo directo*, por lo que la materia agraria se ha incorporado al sector del amparo contra resoluciones judiciales o amparo casación (art. 170), tal y como acontecía con la ley abrogada.

Finalmente, el desarrollo que actualmente presenta no debe omitir el origen de su existencia, por lo que es conveniente destacar que después de la conquista, el *amparo novohispano o colonial* se erigió como interdicto de los derechos agrarios, o bien como un proceso constitucional de la libertad remoto en esta materia. Un ejemplo de aquél se originó con la demanda de amparo de los habitantes de Santiago Tlatelolco, quienes invocaban a la autoridad virreinal: “...suplicamos a Vuestra Magestad, pues somos leales Vasallos e Servidores mande sean restituydos e seamos amparados en nuestra posesión...”.

Juan Rivera Hernández

AMPARO CONTRA LEYES

El amparo contra leyes es un procedimiento jurisdiccional federal previsto en la Constitución, en el que se faculta al particular a instar a un órgano del Poder Judicial de la Federación para que instrumente un procedimiento en el que se analice una norma general en sentido material (leyes, reglamentos y tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano o cualquier decreto, acuerdo o resolución de observancia general) por estimar que se violan sus derechos humanos, y que por ello resulte contraria a la Constitución federal y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En esas condiciones, sus finalidades se centran en el respeto a la supremacía constitucional y el restablecimiento del orden constitucional que ha sido transgredido por el legislador.

Este procedimiento puede ser instrumentado tanto en la vía indirecta como en la directa, hipótesis que según Fix-Zamudio (2003: 960) permite

distinguir entre la “acción de inconstitucionalidad” (amparo indirecto) y el “recurso de inconstitucionalidad” (amparo directo). Precisa el autor que el primero permite combatir las normas de manera frontal y directa, respecto del cual conoce un juzgado de distrito; en cambio, en el segundo, no se combate la norma de manera inmediata, sino a través de una resolución judicial, a través de la cual se decide si las normas aplicadas por el órgano jurisdiccional de origen son inconstitucionales, procedimiento del cual conocen los tribunales colegiados de circuito.

Además, el amparo indirecto contra leyes es un procedimiento de doble instancia, en el que se deben señalar como autoridades responsables a los órganos emisores de las disposiciones de observancia general, regulado en el art. 107, frac. I, de la Ley de Amparo; en cambio, el amparo directo, regulado en el art. 170 de dicha ley, se desenvuelve en una única instancia, pues el recurso de revisión en contra de la resolución de un amparo directo es excepcional para el caso de que subsista alguna cuestión propiamente constitucional; aunado a ello, en el amparo directo no se señalan a las autoridades como responsables, al no considerarse las normas como actos reclamados.

Asimismo, otra de las diferencias radica en los plazos para promover el juicio, pues en el llamado recurso de inconstitucionalidad, al reclamarse la ley a la luz de su aplicación, se cuenta con 15 días a partir de la notificación de la sentencia definitiva, a diferencia de la acción de amparo contra leyes, la cual puede promoverse en términos del art. 17 de la Ley de Amparo, en dos momentos: a) 30 días a partir de su publicación, cuando las normas sean autoaplicativas, y b) 15 días a partir del primer acto de aplicación, cuando sean heteroaplicativas.

Aunada a las diferencias anteriores, debe considerarse la relativa a los alcances respecto al pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma, pues en el caso del amparo indirecto —al señalarse como acto reclamado— la concesión del amparo se da mediante la desincorporación de ese acto de su esfera jurídica, situación que impide que las autoridades puedan aplicarla nuevamente; en cambio, en el amparo directo —al no ser la norma acto reclamado— el amparo tiene por efecto dejar insubsistente la sentencia y obligar a la responsable a no aplicar el artículo considerado inconstitucional, pero la norma no se desincorpora de su esfera.

De igual forma, si bien los efectos del amparo indirecto impiden que la norma se aplique nuevamente, ello es únicamente respecto del sujeto que solicitó el amparo, supuesto que concretiza el principio de relatividad de las sentencias previsto en la frac. II del art. 107 de la Constitución y el art. 73 de la Ley de Amparo, según los cuales las sentencias que se pronuncien solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieran solicitado.

En alcance a este principio, la Ley de Amparo, en sus arts. 231 a 235, incorpora un procedimiento con la finalidad de fortalecer el principio de supremacía constitucional, denominado “declaratoria general de inconstitucionalidad”, mediante el cual se faculta al presidente del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, informar a la autoridad respecto de la existencia de jurisprudencia por reiteración que declara la inconstitucionalidad de la norma que emitió, con la finalidad de que en el plazo de 90 días la modifique

o derogue, ya que de no hacerlo, y si el Pleno reúne una mayoría de ocho votos, podrá declararse inconstitucional de manera general, y ninguna autoridad estaría facultada para aplicarla.

Este último mecanismo se incorporó con la finalidad de actualizar el juicio de amparo a las normas de derecho comparado e iniciar el camino para lograr un respeto eficaz al principio de supremacía constitucional, al impedir la vigencia de normas cuya inconstitucionalidad ya fue declarada formalmente, sin eliminar una de las características de todo procedimiento judicial, como los efectos *inter partes* y generar excepcionalmente efectos *erga omnes* a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas en los amparos en revisión, que son del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia.

En atención a lo antes dicho, la acción de amparo contra leyes engloba facultades de los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: a) el *judicial review* norteamericano, el cual consiste en la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos solo para las partes que intervinieron en la controversia, y b) el control austriaco, en el que existe un órgano especializado denominado tribunal constitucional facultado para decidir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, el cual debe plantearse por los órganos de Estado afectados en vía principal o de acción. Así, el amparo contra leyes toma ambos sistemas, pues permite el cuestionamiento de las normas partir de un procedimiento específico, ante tribunales federales, con efectos más allá de la controversia, al desincorporar la norma de la esfera del sujeto, aunque ello no puede beneficiar a quien no haya intervenido en la controversia.

No debe perderse de vista que la Suprema Corte —a partir de diversos hechos concretados en la reforma al art. 1 de la Constitución del 10 de junio de 2011, en armonía con el diverso 133 constitucional— ha considerado nuevamente que los jueces ordinarios del país tienen la facultad y deben ejercer un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas generales en vía de desaplicación, al resolver los procesos ordinarios en los que son competentes; sin embargo, se trata de un procedimiento paralelo a la acción de amparo contra leyes prevista en el art. 107, frac. I, de la Ley de Amparo.

Al igual que el caso del *judicial review*, el amparo contra leyes mexicano se defiende de las críticas democráticas dirigidas a la facultad de los jueces para controlar la voluntad del pueblo expresada en las leyes, pues el amparo fue creado para proteger derechos, y ante la evidencia de una decisión mayoritaria que desconoce esos derechos, el juez, como contrapeso, debe reparar esa afectación y lograr un respeto pleno a la supremacía de la Constitución.

Jorge Mario Pardo Rebolledo

AMPARO EN ÁFRICA Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La idea de la creación de un Tribunal Africano se remota a la época de los debates que presidieron la elaboración de la Carta Africana durante los cuales se enfrentaron dos tesis. Una tendencia, minoritaria, abogó por la creación de

dicho Tribunal basándose en la poca garantía que ofrecía la Comisión Africana creada por la Carta en cuanto a la protección de los derechos humanos. La otra corriente, mayoritaria, que terminó ganando, defendió la idea de la concepción africana basada en la conciliación más que en los procedimientos jurídicos, en el arreglo de las disputas o controversias.

La negativa de adoptar un tribunal fue justificada por la búsqueda del consenso y de la conciliación prevalecientes en la cultura africana en contra de las soluciones jurídicas, y por la desconfianza que los Estados africanos siempre han expresado con respecto a dichas soluciones a favor de arreglos políticos de los conflictos, por evidentes razones de apego a sus soberanías de reciente adquisición.

Varios factores internos y externos que sucedieron desde la adopción de la Carta Africana contribuyeron al resurgimiento de aquella idea de creación de un Tribunal Africano como mecanismo de protección de los derechos individuales y de resolución de grandes problemas que la Comisión se vio incapacitada a solucionar a causa de la soberanía de los Estados, y la consiguiente violación de los derechos humanos por los gobiernos en situaciones de sitio o emergencia, o en los casos previstos por la leyes nacionales. Dicho con otros términos, se dejaron los derechos humanos a la única responsabilidad interna de los Estados y de los gobiernos no respetuosos de sus propias Constituciones.

La creación de un Tribunal Africano urgía, para invertir en los derechos humanos como caldo de cultivo de la paz, a la estabilidad y al desarrollo en el continente.

El Tribunal resuelve una importante laguna de la Carta Africana mediante la creación de un órgano con carácter jurisdiccional, pues según Mutoy Mabila, “la propia naturaleza del Tribunal y el carácter vinculante de sus decisiones van a paliar las debilidades del proceso de toma de decisiones de la comisión. Este proyecto de reforma constituye, al respecto, un paso decisivo en la protección internacional de derechos humanos en África”. La institución de los tribunales constitucionales es, sin duda, una de las mayores innovaciones del constitucionalismo africano en la década de 1990. Si bien la Corte Constitucional fue relegada durante décadas, al mismo tiempo que el propio Poder Judicial que contaba con poco decoro institucional sin eficacia real, los nuevos tribunales constitucionales se instalan en la comodidad de una verdadera división de poderes. Este consuelo esencialmente jurídico garantiza la independencia de la institución frente a los otros poderes, incluyendo al presidente de la República y la Asamblea Nacional. Se consolida la situación de los miembros de estos tribunales y se refuerzan sus facultades. Este es un premio importante para la vida del Estado de derecho.

El Tribunal Africano es menos dependiente de los jefes de Estado y de gobierno que la Comisión Africana. El primero se adecua más a los instrumentos internacionales del mismo tipo (las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos en las que se inspira) que la segunda, que tiene una clara especificidad. Ambos destacan por su carácter africano (menos en el protocolo y más en la Carta Africana) al insistir en la conciliación y en el arbitraje. En otros términos, la Comisión es más un instrumento de promoción de derechos humanos, y el Tribunal, de protección, además de tener el primero

un contenido más político que jurídico, mientras que el segundo insiste más en los aspectos jurídicos que políticos.

En definitiva, la Carta Africana es un producto de las concesiones tímidas de los regímenes monopartidistas de la década de los setenta y de los ochenta, y el Protocolo del Tribunal Africano un resultado de la crisis económica y del proceso de democratización o de la apertura política de la posguerra fría.

Jean Cadet Odimba

AMPARO INTERAMERICANO

El amparo interamericano consiste en el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los demás instrumentos interamericanos convencionales sobre la materia o por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para obtener la tutela efectiva, cuando dicha violación provenga de cualesquiera de los órganos del poder público de un Estado parte de la CADH, o en su defecto, simplemente de un miembro de la OEA, cuando se hayan agotado los recursos internos conforme a las reglas del derecho internacional o haya operado alguna de las excepciones previstas.

Esta voz, que introdujimos por primera vez en 1998 (Ayala, C., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) tiene su origen en la obra de Cappeletti, quien denominó *amparo internacional* a la acción mediante la cual se acude a la jurisdicción internacional de los derechos humanos como el “recurso de amparo individual a nivel supranacional”. Asimismo, Gimeno Sendra hace referencia al “amparo internacional” como la acción mediante el cual las personas presentan reclamaciones individuales ante las instituciones internacionales de protección de derechos humanos, en ese caso, refiriéndose a la —entonces Comisión y ahora Corte Europea de Derechos Humanos—.

En el caso del amparo interamericano, los órganos competentes para conocer las peticiones de protección internacional en el caso de los Estados partes de la CADH, es, en primera instancia, la CIDH, y, en segunda instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —para aquellos Estados que hayan aceptado su jurisdicción obligatoria—. En el caso de los demás Estados miembros de la OEA que no hayan ratificado la CADH (o que habiéndolo hecho no hayan aceptado la jurisdicción obligatoria de dicha Corte IDH), el órgano competente para conocer estas peticiones es solamente la CIDH, con base en la Carta de la OEA, el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, y la Declaración Americana.

El objeto del amparo interamericano es la protección, restitución y reparación de los daños causados o atribuibles al Estado por las violaciones a los derechos humanos. De allí que en el caso, de que el Estado haya ratificado la CADH, la petición es en primer lugar decidida por la CIDH, mediante un informe de fondo, el cual contiene las conclusiones y las recomendaciones

reparatorias. Dentro de los tres meses siguientes, de no solucionarse la situación y en el mejor interés de la víctima, la CIDH podrá enviar el caso a la Corte IDH. En esta nueva etapa judicial internacional, las víctimas se incorporan con legitimación propia mediante un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual, a su vez, debe ser respondido por el Estado demandado. Luego de las pruebas, de la audiencia, y de las conclusiones, el proceso ante la Corte IDH termina con una sentencia definitiva e inapelable mediante la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado, y dispondrá, asimismo, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima.

Como se dijo *supra*, en el supuesto de que el Estado no haya ratificado la CADH, la petición culminará con el referido informe de fondo de la CIDH, con las conclusiones y recomendaciones reparatorias, las cuales deben ser cumplidas de buena fe por el Estado miembro de la OEA.

El amparo interamericano a su vez incluye una protección cautelar, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Esta protección cautelar puede ser solicitada directamente a la CIDH, la cual tiene competencia para acordar medidas cautelares; o ante la Corte IDH, la cual puede acordar medidas provisionales. En los asuntos que esté conociendo la Corte IDH, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes a instancia de parte o aun de oficio, y si se tratara de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, solo podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Carlos Ayala Corao

AMPARO. JUICIO EN LÍNEA

“Juicio” es el litigio o controversia surgido entre personas con intereses opuestos que se dirimen por el conocimiento de una autoridad investida de jurisdicción; ésta dicta una resolución que otorgue certidumbre sobre el derecho pretendido por las partes, obligando a su reconocimiento, respeto o satisfacción.

Los estudiosos del derecho procesal aclaran que existe una distinción entre los términos “juicio”, “litigio”, “proceso” y “procedimiento”; esto permite definir con más fortuna dichos conceptos. “Juicio” proviene del latín *iudicium*, que significa el conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar sentencia. Es una expresión que guarda relación con el conjunto de actos que se ejecutan por o ante el órgano del Estado investido, constitucional y legalmente, de jurisdicción y competencia para resolver las controversias entre particulares y los órganos estatales, con motivo de la aplicación, interpretación o integración de las normas jurídicas. Lo anterior, la doctrina lo identifica como “proceso”.

La expresión “en línea”, que puede relacionarse con lo digital, electrónico o de internet, es el resultado de la traducción al español del anglicismo “online”, que refiere a la conectividad mediante la cual es posible ingresar a un

sistema informático, almacenado en un servidor central, mediante la red de redes o internet desde cualquier terminal conectada a ésta.

El juicio en línea se define como el proceso jurisdiccional cuyos actos coordinados son susceptibles de desahogarse por medio de un sistema informático conectado a una red, que permite el ingreso de las partes para el intercambio de información y comunicación, entre éstas y el juez del conocimiento, con independencia de la instancia en que se encuentre el proceso, así como la consulta, resguardo y archivo de los documentos electrónicos que conformen el expediente judicial.

El juicio de amparo en línea es la adaptación del procedimiento de esa rama del derecho constitucional a la nueva sociedad de la información, y que permite:

1. Facilitar el acceso al sistema de impartición de justicia constitucional. El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han permeado en todos los estratos de la sociedad mexicana, teniendo presencia en localidades donde no existen juzgados de distrito ante los cuales poder acudir en defensa de los derechos constitucionales.

Definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la posibilidad material y jurídica de cualquier persona de acudir al sistema de justicia de forma efectiva, el acceso a la justicia ha sido considerado como el derecho que, aunado al de libertad, se ha convertido en uno de los pilares de nuestro sistema de defensa de los derechos humanos, constituyendo su tutela, aplicación y respeto, un mecanismo de garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El hecho de que una persona pueda promover, consultar y allegar sus pruebas a un juicio de amparo en su lugar de residencia, a través de medios electrónicos, contribuye a la satisfacción de la prerrogativa fundamental en cita.

2. Modernizar el desahogo de los procedimientos. La tradición jurídica mexicana ha estado llena de fórmulas y actuaciones sacramentales dentro de sus procesos y, al igual que las relaciones entre los individuos, han sido modificadas con el uso de las TIC, con la finalidad de alcanzar con plenitud los principios previstos en el art. 17 constitucional (justicia pronta, completa e imparcial), mediante un proceso público sin dilaciones indebidas.

3. Abaratar los costos del servicio que presta el Poder Judicial de la Federación. La implementación del juicio en línea requiere de tribunales equipados tecnológicamente y de personal calificado, cuya erogación de recursos públicos son inferiores a la inversión requerida para edificar inmuebles que alberguen órganos jurisdiccionales.

El juicio en línea debe contener requisitos mínimos de seguridad, interconexión e interoperabilidad.

Seguridad. Es ingresar al sistema informático de manera confiada para albergar el juicio en línea, así como el intercambio protegido de documentos y de información a través de la misma red; impone, además, formas de identificación y autenticación de sus usuarios. Para ello, el legislador contempla

la utilización de la firma electrónica como el medio para ingresar al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, otorgándole los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.

Por firma electrónica debe entenderse un conjunto de caracteres técnicos matemáticos generados por medios electrónicos bajo el exclusivo control de un determinado usuario que permite vincularlo únicamente a él y a los documentos que lo contengan, revistiéndolos de: a) autenticidad, por generar la certeza de que un documento electrónico o mensaje de datos fue emitido por el firmante, por lo que su contenido y consecuencias jurídicas le son atribuibles; b) integridad, al revestirlo con la presunción de que el documento o mensaje permanece completo e inalterado desde su firma; c) no repudio, pues garantiza la autoría del firmante; d) confidencialidad, al reducir la posibilidad de que solo pueda ser cifrado por el firmante y el receptor; e) equivalencia funcional, al considerar que satisface el requisito de firma, del mismo modo que la firma autógrafa en los documentos impresos.

Interconexión. Al prever el Poder Legislativo la presentación de promociones electrónicas mediante el empleo de las tecnologías de la información, aun cuando en el art. 3 de la Ley de Amparo alude a los órganos jurisdiccionales que se encuentran bajo la administración del Consejo de la Judicatura Federal, que excluye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, impone la necesidad de que los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación cuenten con sistemas electrónicos debidamente interconectados para así ofrecer al usuario del sistema de impartición de justicia federal un servicio integral.

El máximo tribunal, al conocer los múltiples procedimientos vinculados con el juicio de amparo, en su carácter de máximo intérprete de la Constitución, lleva a cabo innumerables comunicaciones existentes entre éste y los juzgados de distrito y los tribunales de circuito, así como del Tribunal Electoral, de ahí la necesidad de establecer un sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, así como de los tres subsistemas que lo integran (Corte, Tribunal Electoral, juzgados de distrito y tribunales de circuito y Consejo de la Judicatura), cada uno como emisor de sus certificados digitales de la firma electrónica. Ello implica que la programación de las aplicaciones a utilizar en cada subsistema se diseñe con los mismos lenguajes informáticos y compatibles que permitan crear un ambiente casi imperceptible de la salida de un subsistema y del ingreso a otro.

La utilización de las tecnologías de la información (TIC) no ha sido exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Los poderes judiciales locales llevan a cabo innumerables esfuerzos para integrar a las TIC a sus sistemas de impartición de justicia; la administración pública, encabezada por el Ejecutivo Federal y algunos gobiernos locales, empieza a integrar su funcionamiento dentro de un gobierno electrónico. De ahí que si la actividad de dichos entes públicos es generadora de resoluciones, éstas constituyen, en su gran mayoría, la materia de análisis y pronunciamiento en el juicio de amparo. Es indudable que en un futuro inmediato los sistemas informáticos llegarán a interconectarse con los del Poder Judicial de la Federación, lo que

vendrá a cerrar el círculo informático para contar con un verdadero juicio en línea.

Interoperabilidad. Esta característica permite el reconocimiento recíproco de firmas electrónicas expedidas con base en certificados digitales emitidos por entes diversos; las firmas electrónicas expedidas por el Consejo de la Judicatura Federal a los servidores públicos, adscritos a los diferentes órganos jurisdiccionales bajo su administración o a las unidades administrativas que lo conforman serán reconocidas y aceptadas en los subsistemas de la Suprema Corte de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Al igual que la interconexión, la interoperabilidad de los sistemas tendrá que diseñarse de manera tal que en un futuro se reconozcan y admitan las firmas electrónicas de los integrantes del Poder Judicial de la Federación.

Edwin Noé García Baeza

AMPARO LABORAL

El amparo laboral es un instrumento de defensa de control de legalidad y constitucionalidad, que tiene como particularidades la suplencia de la deficiencia de la queja, el principio de subsistencia y la inoperancia de la caducidad.

El juicio de amparo aparece por primera vez en los arts. 101 y 103 de la Constitución de 1857. Surge para proteger solo las garantías individuales, ya que si bien en la Constitución de 1857 se discutió la necesidad de incluir en la misma los derechos sociales (particularmente por Ponciano Arriaga e Ignacio Ramírez), dicha discusión no se reflejó finalmente en el texto constitucional. Una vez que aparecen los derechos sociales en la Constitución de 1917, la Ley de Amparo de 1936 introduce el amparo en materia laboral.

Asimismo, a partir de la ejecutoria “La Corona”, de febrero de 1924, la SCJN reconoció a las juntas de conciliación y arbitraje (JCA) como tribunales de derecho de competencia especializada. Posteriormente, la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1931, en su art. 551, estableció la naturaleza de tribunales de derecho de las JCA (tribunales de trabajo que hoy en día dependen del Poder Ejecutivo), al otorgarle a sus resoluciones (laudos) el carácter de sentencias judiciales.

Por su parte, la Ley de Amparo (LA), del 10 de diciembre de 1936, en su exposición de motivos, por un lado reafirmó la naturaleza de sentencias judiciales a los laudos de las JCA (“El Ejecutivo ha estimado que los laudos de las juntas de Conciliación y Arbitraje, tal y como en la actualidad se dictan, son equiparables a las sentencias definitivas emitidas en materia civil por autoridades judiciales y, en consecuencia, que en contra de ellas procede el recurso de amparo directo...”), y por otro lado señaló las particularidades sociales de la suspensión en materia laboral. En la exposición de motivos se señala la necesidad de que la justicia laboral “...lo sea sin sujetarse a las largas y difíciles tramitaciones que son propias de otra clase de juicios”.

El art. 158, frac. III, de la LA estableció la procedencia del amparo directo contra los laudos dictados por las JCA. Además, en su art. 174 se inició

la tenencia tutelar o protectora del amparo para los trabajadores, ya que estableció el principio de subsistencia: “Tratándose de laudos de las juntas de Conciliación y Arbitraje, la suspensión se concederá en los casos en que, a juicio del presidente de la junta respectiva, no se ponga a la parte que obtuvo, si es la obrera, en peligro de no poder subsistir mientras se resuelve el juicio de amparo, en los cuales sólo se suspenderá la ejecución en cuanto exceda de lo necesario para asegurar tal subsistencia”.

Del desarrollo del amparo laboral en nuestro país se puede afirmar que a lo largo de su historia han desarrollado una serie de particularidades, a saber: la suplencia de la deficiencia de la queja, el principio de subsistencia y la inoperancia de la caducidad, aunque esta última con la reciente reforma en materia de amparo ha sido extendida.

La suplencia de la deficiencia de la queja. En materia laboral, el 19 de febrero de 195, en el tercer párrafo de la frac. II del art. 107 constitucional se establece que la suplencia de la queja “Podrá suplirse la deficiencia de la queja en materia penal y de la parte obrera en materia de trabajo”. A partir de la reforma constitucional del 7 de abril de 1987 se le otorga a la suplencia de la queja el carácter obligatorio. La Ley de Amparo, en su art. 76 bis, establece que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como de los agravios formulados en los recursos establecidos por la Ley de Amparo. En la frac. IV del art. en comento, particularmente se establece que “...en materia laboral, la suplencia sólo se aplicará a favor del trabajador”.

La jurisprudencia, por su parte, ha extendido la suplencia de la queja al establecer que ésta ópera aun ante la *ausencia total de conceptos de violación y agravios* (jurisprudencia 39/95); asimismo, la suplencia de la queja también procede a favor del sindicatos tratándose de la inexistencia de una huelga (tesis 2ª.XLVI/90).

Garantía de subsistencia. En la práctica se suele establecer la garantía de subsistencia de 4 a 6 meses de salario, según determine la JCA. En caso de que se niegue el amparo al patrón, la cantidad consignada como garantía de subsistencia se toma a cuenta de la condena. Destaca señalar también que si se le concede el amparo a la parte demandada, y en ese sentido cambia el laudo de la JC de condenatorio a absolutorio, la demandada pierde el monto entregado como garantía de subsistencia.

Cuando el laudo ordene la reinstalación y el trabajador regresa a su trabajo, lo que permite subsistir mientras se resuelve el amparo interpuesto por el empleador, puede concederse la suspensión respecto a los salarios caídos y otras prestaciones involucradas en la condena.

Inoperancia de la caducidad. En materia de trabajo, el sobreseimiento por inactividad procesal o caducidad de la instancia funcionaba solamente cuando el quejoso era el patrón, según lo establecía el art. 74, frac. V, de la LA. Sin embargo, ahora con la reforma al juicio de amparo se elimina el sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, teniendo el juez que resolver necesariamente sobre el fondo del asunto, independientemente de que se trate del trabajador o del empleador.

Cabe señalar que ahora el nuevo juicio de amparo abre varias ventanas de oportunidades en materia de derecho social a partir de la reforma constitucional de los arts. 103 y 107 de junio de 2011 y de la nueva LA, del 2 de abril de 2013: 1. Los tribunales federales tutelarán además de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En ese sentido, las normas internacionales laborales cada vez ocuparán un papel más importante en la legislación mexicana, en su calidad de normas nacionales de fuente internacional. 2. Con las reformas incorporadas, ahora el amparo procede no solo por lo que la autoridad haga, sino también por lo que deja de hacer. Recordemos que los derechos sociales implican obligaciones de hacer. En ese sentido, si una autoridad es omisa en el cumplimiento de una obligación (por ejemplo, el derecho a contar con un trabajo), cualquier persona afectada estará en condiciones de reclamar dicha omisión a través del amparo. 3. En atención al interés social y a solicitud y justificación de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión o del Ejecutivo Federal, la SCJN podrá atender prioritariamente las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Sin duda, los temas de naturaleza agraria o laboral podrían ser considerados de interés social. 4. La Ley de Amparo solo protegía a quienes tenían un interés jurídico, y no aquellos que si bien eran afectados indirectamente no contaban con un interés jurídico para poder ampararse. Ahora, se incluye la procedencia del amparo por violaciones a un *interés legítimo* (afectación indirecta) individual o colectivo. Un ejemplo reciente puede ser el amparo concedido (la suspensión definitiva fue concedida el 27 de febrero de 2012) al Sindicato de Trabajadores de la Industria Metal Mecánica y Sidero-Metalúrgica, que interpuso el 8 de febrero de 2012, en contra del proceso de desgravación arancelaria a la importación de acero. El *interés legítimo* del sindicato se fundó en el hecho de que la industria del acero ocupa en nuestro país más 500 mil empleos. 5. Sin duda, las otras nuevas regulaciones que aparecen en el nuevo juicio de amparo como las omisiones legislativas, relevantes para la eficacia de los derechos sociales, la posibilidad de ampararse también contra actos de particulares, cuando realizan funciones de autoridad y que se consideren violatorios de derechos fundamentales; la incorporación del amparo adhesivo, así como la aplicación universal, bajo una serie de supuestos, de una resolución que declara inconstitucional una norma.

Alfredo Sánchez-Castañeda

AMPARO LOCAL (MÉXICO)

Cuando en el año 2000 se realizó la reforma integral de la Constitución Política de Estado de Veracruz se incorporó el juicio para la protección de derechos humanos, que fue impugnado por varios municipios de esa entidad a través del mecanismo de controversia constitucional federal (controversias constitucionales 10/2000, 15/2000, 16/2000, 17/2000 y 18/2000), pues los promoventes consideraban que con dicho juicio se invadía la esfera de competencia de los tribunales federales (en concreto, con relación al juicio de amparo federal). Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana

consideró que dicha reforma era plenamente constitucional, porque la facultad otorgada a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, de conocer del juicio que estamos comentando, únicamente tutela los derechos fundamentales consagrados en la Constitución local, sin que la Sala tenga atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución federal, por lo que no se invaden esferas de competencias de los tribunales federales.

Con esta resolución, la Suprema Corte entiende que la Constitución mexicana no contiene un catálogo único (cerrado o restringido) de derechos, sino que los derechos consagrados por ella representan ese mínimo indispensable que todo régimen democrático debe enumerar y proteger, sin que ello implique que las entidades federativas no puedan maximizar el catálogo de derechos ahí contemplados, con la única limitante de no reducir el contenido de los derechos consagrados a nivel federal (César I. Astudillo Reyes, 2004).

Además de Veracruz, también se establecen sendos juicios de protección de los derechos humanos en los modelos de justicia constitucional de los estados de Tlaxcala, Querétaro y Nayarit. En estas cuatro entidades federativas el objeto del amparo es proteger los derechos contenidos en sus respectivas Constituciones; aunque en Querétaro y Nayarit están también protegidos los derechos contemplados en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional. Y en Tlaxcala se incluye a las disposiciones establecidas en la legislación que derive de la Constitución local.

En Tlaxcala se especifica que la promoción de este medio de control es optativa. Lo anterior puede ser entendido en el sentido de que este tipo de juicio nunca podrá ser una instancia obligatoria que genere un mayor destino de tiempo y recursos para el particular en la defensa de sus intereses jurídicos; o bien que es de uso optativo para los sujetos legitimados, pues cualquier trasgresión a los derechos fundamentales contemplados en la Constitución local constituye una violación indirecta a la Constitución federal, por lo que el sujeto que considere afectados sus derechos tiene la opción de promover el juicio de amparo federal.

En relación con este último punto, conviene preguntarse si es oportuno que el sujeto que tiene la legitimación activa pueda ejercer discrecionalmente el juicio de amparo federal o el llamado juicio de amparo local. Considero que no puede ser así, pues los jueces constitucionales locales tienen la facultad de conocer del juicio de protección de derechos humanos local para salvaguardar los derechos previstos en las Constituciones estatales, mientras que el juicio de amparo federal protege los derechos establecidos en la Constitución mexicana. Por lo tanto, las legislaciones en materia de justicia constitucional local bien podrían señalar que una vía excluye a la otra, pues de esta manera se evitarían algunos de los problemas que se desprenden de esta falta de precisión legal.

La observación de los catálogos de derechos establecidos en Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit no solo evidencia que se reproducen algunos derechos contemplados por la Constitución federal (sin que ello implique que dejen de tener la calidad de derechos estatales), sino también se incluyen derechos que no están contemplados en la Constitución federal, o se tutelan

derechos pertenecientes a diferentes generaciones. Así, tenemos que en el supuesto de que una Constitución local contemple un derecho fundamental que no esté reconocido por la Constitución federal, entonces la competencia será exclusiva de la jurisdicción constitucional local.

Por otra parte, la legislación de Tlaxcala establece que este juicio se promueve contra normas jurídicas de carácter general que emanen de los poderes Legislativo o Ejecutivo del estado, de los ayuntamientos o consejos municipales, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, o cualquier otro organismo público autónomo o descentralizado, y en general de cualquier autoridad estatal o municipal. También es procedente en contra de actos materiales u omisiones, de cualquiera de las autoridades y organismos antes mencionados, siempre y cuando no exista ningún otro medio de defensa legal mediante el cual el Tribunal Superior de Justicia o sus salas puedan modificar o revocar esos actos.

En términos generales, la legitimación procesal activa en Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit corresponde a cualquier persona física o jurídica que se considere afectada en sus derechos.

En particular, la legislación de Veracruz establece dentro de este tipo de legitimación a las personas físicas, morales, grupos familiares y sociales, las comunidades o pueblos indígenas, cuyos derechos humanos hayan sido violados por la autoridad. Cualquier persona podrá presentar en nombre de otra la demanda respectiva cuando se trate de ataques a derechos que pongan en riesgo la vida o integridad personal de la persona en cuyo nombre se solicita cuando el actor se encuentre privado de su libertad y en ello consista la queja, inclusive por comparecencia. En este último supuesto se admitirá provisionalmente la demanda, ordenándose la correspondiente ratificación por el quejoso directo.

En el caso de Nayarit, se otorga legitimación a la Comisión Estatal de Derechos Humanos cuando la violación pueda constituir un crimen de lesa humanidad, quien deberá seguir el juicio en todas sus etapas.

En Tlaxcala y Nayarit también pueden activar este mecanismo los menores de edad, sin que intervenga su representante legítimo, cuando éste se halle ausente o impedido. En este caso, el presidente del Tribunal —en Tlaxcala— o el magistrado instructor —en Nayarit— le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio. En Tlaxcala se prevé que el presidente del Tribunal impondrá una multa de tres a treinta días de salario al promovedor del juicio si carece del carácter con que se ostentó. Asimismo, ordenará al actor que ratifique la demanda y, en caso de que no lo haga, quedarán sin efecto las providencias dictadas, pero si la ratifica, se tramitará el juicio.

En cuanto a la legitimación procesal pasiva, en Querétaro la tienen las personas de derecho público o privado, física o moral, a la que se le impute la violación del derecho fundamental. En Veracruz y Tlaxcala se concretiza mejor este tipo de legitimación al señalar que el juicio se podrá promover en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado. Pero además en Veracruz también se incluye a los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos del

estado; por su parte, en Tlaxcala se promueve en contra de los ayuntamientos o concejos municipales, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, de los demás organismos públicos autónomos descentralizados, y en general de cualquier autoridad estatal o municipal, y en Nayarit la legitimación es más amplia, pues se refiere a que el juicio procede contra cualquier autoridad.

En Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit la sentencia que conceda la protección tendrá por objeto restituir a la parte agraviada en el pleno goce del derecho vulnerado (efectos *inter partes*), restableciendo las cosas al estado que guardaban hasta antes de la violación, si su naturaleza lo permite.

El instrumento de tutela de derechos en Veracruz, a diferencia del amparo federal, adolece de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar; pero contempla la reparación del daño, al establecer una indemnización para la parte agraviada por los daños y perjuicios que le fueron causados, aun los de carácter moral. Y en la legislación de Tlaxcala, además se establece que cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o consista en una omisión, el efecto será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía respectiva.

En este punto vale la pena resaltar el tratamiento que en Nayarit se le da a los efectos de la sentencia, la cual puede tener tres variantes: la primera conceder, la segunda denegar la protección y la tercera, que es la más interesante, contempla efectos interpretativos que establecen la constitucionalidad del acto o ley impugnada, pero fijando el sentido de su interpretación y ejecución para respetar el derecho de quien promueve.

Por último, en Veracruz se otorga a la autoridad responsable un término para que cumpla con la sentencia de amparo; en cambio, en Tlaxcala y Querétaro no hay ninguna disposición que señale el plazo en el que la autoridad deba cumplir la sentencia.

Giovanni A. Figueroa Mejía

APLAZAMIENTO DE VISTA DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es una figura procesal que encuentra su fundamento en los arts. 37 y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el Acuerdo General 7/2008, del veinte de mayo de dos mil ocho, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se regula el aplazamiento de la resolución de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad con motivo de la ausencia de alguno o algunos de sus integrantes. Su objetivo es no obstaculizar el acceso a la justicia que contempla el art. 17 constitucional, y brindar seguridad jurídica en los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de una norma general impugnada por medio de una acción abstracta de inconstitucionalidad.

Consiste en la postergación de discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando el secretario general de acuerdos, al iniciar la etapa de intención de voto, advierte que la sesión no se encuentra integrada

con la totalidad de los ministros, y que con la participación del o los ausentes podría obtenerse una votación mayoritaria.

Ante esa advertencia, el ministro presidente somete a consideración de los presentes, si la sesión debe aplazarse para una próxima, e integrado en su totalidad el Pleno, se pueda proseguir con la discusión.

Dicha advertencia no solo puede ser mencionada por el secretario general de acuerdos, pues en atención al art. 19 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cualquiera de los ministros puede solicitar el aplazamiento de cualquier asunto, salvo que por la excepcionalidad del caso el Pleno decida no hacerlo.

Edgar S. Caballero González

APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación del derecho es el conjunto de actividades realizadas en la vida social conforme a lo dispuesto por las normas jurídicas. Se refiere a que toda conducta de los sujetos destinatarios de las normas jurídicas se ajusta a lo establecido en las mismas.

La aplicación del derecho es el principio rector de todo Estado de derecho, donde el poder se encuentra limitado y regulado por las normas jurídicas.

Inicialmente, el concepto de aplicación del derecho se encontraba únicamente referido a la función judicial; es decir, a la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales mediante la cual resuelven un caso conforme a la disposición legal aplicable, la aplicación del derecho a los hechos. Sin embargo, la aplicación judicial del derecho es solo una de las posibilidades de esta actividad; los actos realizados por autoridades u órganos administrativos, legislativos o incluso por los órganos autónomos, es una aplicación no judicial del derecho.

La aplicación del derecho es el principal componente de los principios de certeza y seguridad jurídica, así como del principio de legalidad *lato sensu*; por ello se requiere de un sistema normativo claro, coherente, completo y operativo, donde la realidad jurídica concuerde con la realidad social. De no ser así, nos enfrentamos a una ineficacia del orden jurídico, dando como resultado su inaplicabilidad.

La doctrina ha establecido tres tipos de aplicación del derecho: la *aplicación automática*, referida a que las normas se respetan de manera espontánea por los ciudadanos y el Estado sin necesidad de recurrir a algún tipo de coacción; la *aplicación burocrática*, donde existe la intervención de la autoridad de una manera mecánica y repetitiva, al tratarse de casos complicados que implican reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la norma, y por último, la *aplicación particularizada*, referida a aquellos casos de particularidades especiales y únicas, donde se requiere de una actividad interpretativa, o bien de una exigencia de ponderación de derechos y valores.

Tradicionalmente el razonamiento para la aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico, lo cual supone la previa determinación de la norma a aplicarse. La operación intelectual que suele efectuarse consiste en

concebir de manera abstracta el hecho, para examinar posteriormente si dentro de un ordenamiento jurídico específico existe alguna norma que lo prevea y, por lo tanto, lo resuelva: premisa mayor, premisa menor y conclusión, donde la premisa mayor está constituida por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria; la premisa menor, por un hecho jurídico determinado, previamente comprobado y calificado, y la conclusión, por una proposición que tiene el carácter de juicio normativo individualizado.

Es por esto que es preciso conocer el significado de la norma, a través del análisis de su contenido y considerar las variables de aplicación definidas por las propias normas (ámbitos de validez). No obstante, el juez —y otros operadores que aplican el derecho— en muchas ocasiones, se enfrentan a una serie de problemas derivados de la falta de precisión, ambigüedad, lagunas o contradicciones que presentan las normas jurídicas.

La jurisprudencia, interpretación judicial de las normas, emitida por las instancias judiciales superiores, es también una forma de aplicación del derecho; en ella se establecen criterios de aplicación de carácter obligatorio, los cuales generan uniformidad en las decisiones judiciales.

En este sentido, la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales ha dejado de ser una tarea mecánica o un proceso cognitivo limitado, convirtiéndose en una actividad de interpretación y argumentación, donde se busca que la decisión de los juzgadores se realice considerando todos los factores que intervinieron en el hecho concreto a estudiar; factores de género, condición social, pertenencia a grupos étnicos o en situación de vulnerabilidad, deben ser considerados para la toma de decisión. Además, los derechos humanos deben conformar el argumento toral de toda resolución judicial, tanto en las cortes y tribunales nacionales como en los internacionales.

Teresa Paulina Díaz García

ARGUMENTO A GENERALI SENSU

El argumento *a generali sensu* o por el sentido general pertenece a la categoría de los argumentos lingüísticos de tipo semánticos que apelan al significado de uso común o técnico de un término. Estos argumentos determinan si un concepto es vago, ambiguo o evaluativamente abierto, y, por lo tanto, los hechos que se disputan caen en dicho ámbito semántico. El resultado de la interpretación semántica es la determinación de la existencia de un problema que se resuelve con la ayuda de otros argumentos. En general, prevalece el sentido común de un término, salvo cuando se trate de una materia especial que requiera de términos técnicos.

Es un tipo de argumento que apela a la generalidad de la ley, de tal forma que si el legislador la expresó en un sentido general, el intérprete no debe entenderla en un sentido particular. El fundamento de este argumento es que el legislador emite la ley para una generalidad de casos, de modo que el énfasis del argumento recae en la obligatoriedad de la norma, la cual ha de ser cumplida en los términos en que fue expedida por el legislador. Con ello se vincula al intérprete al principio de legalidad en sentido estricto, y lo sujeta a la voluntad del legislador.

La regla general de interpretación es que si la ley está tomada en sentido general, el intérprete no debe entenderla en sentido particular, “Ubi lex no distinguit, ec nos distinguere debemus”, es decir, donde la ley no distingue no debe hacerse una distinción. De modo que el jurista puede proceder a partir del significado general de la norma para determinar el sentido de una norma concreta y su aplicación, pues no le es permitido hacer distinciones que la ley no hace de modo expreso.

Este tipo de argumentos se consideran como paralógicos, ya que se basan en técnicas retóricas. El argumento *a generali sensu* puede servir para realizar una interpretación extensiva de las normas en los casos en que hay razones de semejanza en el supuesto de hecho que justifican su aplicación a otros supuestos de hecho.

Carla Huerta Ochoa

ARGUMENTO A RÚBRICA

Desde el punto de vista lógico, el argumento es la expresión de un razonamiento, aunque el término “argumento” es utilizado para referir en un sentido amplio un razonamiento mediante el cual se pretende probar o refutar una tesis, con objeto de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. La validez del argumento depende de su corrección lógica, tanto en sentido formal como en el material. Este tipo de argumentos, sin embargo, se consideran como extralógicos, ya que se basan en criterios puramente jurídicos.

El argumento a rúbrica es aquel por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que se encuentra ubicado el enunciado, ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casual, sino consecuencia del diseño institucional del legislador, por lo que manifiestan su voluntad. Es un argumento de congruencia que apela a la coherencia del sistema jurídico.

El título o rúbrica de un grupo de artículos proporciona un argumento lógico de su dependencia en virtud de su relación sistemática. Significa atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza un conjunto de artículos en el que el enunciado interpretado se encuentra. Pertenece al tipo de argumentos sistemáticos que se fundan en la idea de la unidad o coherencia del sistema jurídico, específicamente al grupo de argumentos contextuales, que se identifican por recurrir al método de la ubicación en el texto legal y a la relación de la norma con el resto del ordenamiento.

Los argumentos sistemáticos se caracterizan por el hecho de que para atribuir significado a una disposición se tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto jurídico, y su uso se justifica en la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador.

Este tipo de argumento se justifica en la noción de que existe una sistematización racional de las disposiciones de un texto legal, expresión implícita de la voluntad del legislador, lo que permite presumir que el legislador dispone

de manera lógica y racional las materias tratadas. Asimismo, se presume para su interpretación, que las intenciones del legislador quedan correctamente plasmadas en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.

El argumento a rúbrica se basa en el título de un texto normativo, del apartado, del capítulo, de la ley, y aun cuando no se puede considerar como una norma jurídica en sentido estricto, indica la validez de una norma frente a otras en atención al lugar que ocupa dentro del propio ordenamiento. El método de recurrir al título se conecta además con los argumentos genéticos que apelan a la voluntad del legislador histórico, así como a los lingüísticos a efectos de especificar la interpretación mediante el establecimiento del significado de uso común o técnico de los términos a los que el título hace referencia.

Carla Huerta Ochoa

ARGUMENTO ANALÓGICO

Es uno de los argumentos jurídicos especiales más importantes, junto al argumento *a contrario*, el argumento *a fortiori* y el argumento apagógico o de reducción al absurdo. Se emplea para colmar o llenar lagunas jurídicas, y puede tener cercanía con una de las vertientes del argumento *a contrario*: la llamada vertiente productiva. El argumento analógico produce de manera expresa y explícita una nueva norma, a diferencia del argumento *a contrario*, que en su versión productiva la produce implícita. Es en este último sentido que se dice que el argumento *a contrario* es una técnica de integración del derecho. Para Guastini, la prohibición que existe en el derecho penal para aplicar la analogía se reduce a la obligación de usar el argumento *a contrario* de forma productiva; es decir, estimando que existe una norma implícita respecto a las normas imperativas del derecho penal que permiten y no sancionan implícitamente las conductas no reguladas o tipificadas.

La analogía sirve para colmar lagunas jurídicas, concepto problemático para la teoría del derecho, pues hay autores que niegan la existencia de auténticas lagunas en el derecho. Sin embargo, para la mayoría de los autores no existe conflicto al momento de definir lo qué es una laguna. Una laguna existe cuando falta en un ordenamiento una regla en la que el juez pueda basarse para resolver un conflicto planteado. En otras palabras, las lagunas se producen cuando la ley u otra fuente formal del derecho no pueden resolver un problema jurídico.

El argumento analógico es también conocido como argumento *a pari* o *a simili*, aunque hay autores como Perelman que no lo entienden como *a simili* o *a pari*, y lo conciben más bien como una similitud de estructuras, una suerte de metáfora. Este argumento consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto a él, pero con el que guarda una semejanza. Es una forma de interpretación extensiva, que deviene de la semejanza entre el supuesto de hecho regulado y el no regulado. El vínculo entre los dos supuestos de hecho —el regulado y el no regulado— es la razón que fundamenta la norma en el supuesto regulado que se conoce como *ratio legis*, lo que implica que antes de construir la norma analógica es preciso

identificar y definir la *ratio legis* a través de algún otro método de interpretación o argumento para poderla aplicar al supuesto de hecho no regulado.

La identidad de razón o *ratio legis* puede tener el significado de finalidad; se trata del “para qué” de la norma. También podemos identificar la *ratio legis* con la pregunta “por qué” la norma o definir la *ratio legis* a partir del objeto de la norma. Por ejemplo, para extender a los hombres una norma que confiere un derecho a las mujeres es necesario mostrar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto a trabajadoras, o en cuanto a ciudadanas, y no en cuanto a mujeres. En síntesis, para identificar la *ratio legis* es necesario ir a la razón, motivo o finalidad que funda la justificación de la norma que será la base para crear la norma analógica.

El argumento analógico no es estrictamente un argumento interpretativo de disposiciones preexistentes, sino un argumento productivo de derecho nuevo. Sin embargo, este punto no es del todo claro. Algunos podrían pensar que la analogía y la interpretación extensiva son términos equivalentes porque la analogía amplía los significados normativos de la norma base, pero también se podría sostener que la finalidad de la analogía es diferente a la interpretación extensiva, porque crea derecho nuevo, una norma diferente y, en este sentido, su función productiva es distinta.

Existen dos tipos principales de analogía: la analogía *legis* o individual y la analogía *iuris* o conjunta. La analogía *legis* toma como punto de partida una disposición concreta de la ley para aplicarla a casos idénticos, por la razón de igualdad o idea fundamental. La analogía *iuris* o conjunta procede de una abstracción general a base de varias normas particulares y después trata de aplicar la norma general obtenida al caso particular. En la analogía *iuris* se inicia la producción analógica de una pluralidad de disposiciones singulares de las que se extraen, por vía de inducción, principios generales, los que se aplican a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley. En la analogía *legis* se procede de lo particular, mediante comparación, a lo particular, y en la analogía *iuris* se opera de lo particular a lo general, y de lo general, mediante subsunción, a lo particular.

Jaime Cárdenas Gracia

ARGUMENTO APAGÓGICO

El argumento apagógico o de reducción al absurdo intenta demostrar la verdad de una tesis dando un rodeo. El argumento considera la existencia de una o varias tesis cuya verdad de entrada no se excluye, y que se colocan frente a otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. Las consecuencias de esta segunda tesis se muestran contrarias a una tercera tesis demostrada como verdadera y que sirve para reputar verdaderas a las primeras tesis y para rechazar a la segunda.

Con el argumento apagógico se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie* posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles o inaceptables. Es un argumento que se usa para rechazar una interpretación en detrimento de otras interpretaciones posibles, y que generalmente se reconstruye conforme a la lógica

del *modus tollens*. Los que usan el argumento apagógico deben demostrar dos cosas: que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, y que ese resultado es absurdo, no deseable o inaceptable desde el ordenamiento jurídico.

Cuando se emplea el criterio de coherencia para determinar si existen consecuencias inaceptables en el razonamiento jurídico, se estima que son absurdas todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia interna del sistema jurídico, puesto que se parte de que el legislador es un ser racional que no se contradice, lo que lleva a admitir que el ordenamiento posee una lógica interna que la actividad interpretativa no puede destruir. Este principio entra en juego siempre que el juez rechaza como absurda una interpretación contraria a la interpretación de una regla constitucional, a la interpretación de otra norma jurídica positiva, a un principio del ordenamiento o a la jurisprudencia obligatoria.

Al usar el criterio de la eficacia se piensa que son absurdas todas aquellas interpretaciones que supongan privar de eficacia al texto a interpretar o a otro precepto del ordenamiento, puesto que se parte de que el legislador es un ser racional entre cuyos atributos esenciales estaría el de que “el legislador no hace nada inútil”; es decir, se cree que toda norma jurídica responde a un objetivo preciso, por lo que toda interpretación que haga ineficaz una disposición del ordenamiento o que frustre la finalidad perseguida por el legislador con una norma debe ser rechazada por absurda.

El argumento apagógico está relacionado con el criterio consecuencialista que expone en su obra Neil MacCormick, el que señala que las decisiones de las autoridades no solo deben tener sentido en relación con el sistema jurídico, sino con el mundo, lo que entraña que las autoridades y los jueces deben prever el alcance de las consecuencias jurídicas de su decisión. De esta suerte, debe seleccionarse siempre aquella norma o significado de la norma que haga eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquellos significados normativos que conduzcan a resultados absurdos.

No siempre es fácil emplear el argumento apagógico, pues una de las dificultades que entraña consiste en determinar el concepto de absurdidad que tienen los tribunales. El carácter absurdo de un argumento puede deberse a lo incoherente, a lo inefectivo, a lo sin sentido, a lo exagerado, a lo no verificable en la realidad, a lo infrecuente o a lo superfluo. Sin embargo, no siempre lo absurdo es algo evidente o compartible por todos. Muchas veces los jueces niegan como absurdas unas consecuencias que han sido así adjetivadas por una de las partes. En materia constitucional, el argumento apagógico puede tener considerable fuerza persuasiva cuando, ya sea basándose en el principio de coherencia o en el de eficacia, se refiere a los principios o a las normas constitucionales. El motivo es el poder argumentativo que en este momento tiene entre auditorio la invocación a la Constitución.

Un ejemplo del uso de esta argumentación es la siguiente: en México, todas las personas tienen derecho a ser oídas y vencidas en juicio antes de ser sancionadas —garantía de audiencia y derecho de defensa—. La tesis cuya falsedad se pretende afirmar señala que no se viola el derecho de defensa ni la garantía de audiencia si la persona, aunque no sea emplazada en primera

instancia, es oída en la apelación. Las consecuencias de esta segunda tesis son inaceptables, porque las normas obligan —arts. 14 y 16 de la Constitución— a que en todos los casos, antes de la imposición de una sanción a las personas, éstas sean oídas y vencidas en juicio. En conclusión de lo anterior, si esto no fuera así, las personas podrían ser sancionadas en primera instancia sin ser oídas ni vencidas, pues en segunda instancia podrían ejercer su derecho de defensa.

Jaime Cárdenas Gracia

ARGUMENTO AXIOLÓGICO

Cuando usamos este argumento interpretamos las normas jurídicas en función de los valores que contienen o se persiguen con ellas. Se estima que el ordenamiento contiene y está orientado por valores, por lo que el método interpretativo nos dice que debemos adscribir los significados de la norma a través de sus valores o fines.

Una forma de argumento axiológico es el argumento teleológico, el que nos dice que una norma debe ser interpretada atendiendo a la finalidad de la norma. Esa finalidad puede haber sido determinada por la voluntad del legislador, por el fin de la misma norma, con independencia que éste sea voluntad del legislador, o porque la finalidad de la norma se identifica con la realidad social. Los argumentos teleológicos tienen orígenes antiguos en la obra de juristas como Hugo Grocio o Samuel Pufendorf, pero es con Rudolf von Ihering cuando se recuperan para la interpretación contemporánea del derecho.

El argumento teleológico consiste en averiguar el motivo práctico que dio vida a las instituciones jurídicas partiendo de la mentalidad del tiempo en que surgieron, para posteriormente aplicar ese fin a las necesidades de la época en donde las normas o instituciones han de ser aplicadas. Sobre esa finalidad, que conduce a la interpretación adecuada, existen, al menos, cuatro concepciones: 1) la que identifica el *telos* con el fin concreto del precepto; 2) la que asimila la finalidad con el fin general de la materia o institución regulada; 3) la que vincula el fin de la norma con el fin genérico del derecho; es decir, con la justicia, y 4) la que opina que los fines se pueden extraer de la propia sociedad en la que la norma se va a aplicar. A consecuencia de lo anterior, hay quien propone que la averiguación sobre la finalidad de la norma se obtenga de todos los factores y criterios de investigación exegética (literal, contextual e histórico), y que con fundamento en ellos se procure un resultado armónico que se compadezca, tanto de la realidad vigente como dialécticamente operante, con la finalidad perseguida con la norma, finalidad que ha de empatarse con la previsión del resultado que va a provocar la interpretación concreta.

Otra forma de interpretación axiológica es la interpretación conforme, pues se trata de ajustar los valores de las normas inferiores del ordenamiento a los valores superiores del ordenamiento. Así, pueden distinguirse dos tipos distintos de interpretación conforme. En primer lugar, se hace una interpretación conforme siempre que se adapta el significado de una disposición al significado de otra disposición de rango superior. Por ejemplo —el párrafo segundo del artículo primero de la Constitución alude a la interpretación conforme— si una disposición admite dos interpretaciones opuestas, debe pre-

ferirse la que sea conforme a la Constitución, y no la que resulte conforme a la ley o disposición secundaria. Son ejemplo de este tipo de interpretación conforme todas las sentencias interpretativas de los tribunales constitucionales, ya sean sentencias interpretativas estimatorias, en donde el tribunal evita declarar inconstitucional la disposición, y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones. También son ejemplo las sentencias interpretativas desestimatorias —el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición, pero la interpreta de forma que sea conforme a la Constitución—. La finalidad de esta especie de interpretación conforme es la de conservar la validez de las normas secundarias, pero interpretándolas de tal suerte que no se opongan a los valores de la Constitución.

Una especie distinta de interpretación conforme se realiza cuando una norma se adecua a un principio jurídico, que sin ser formalmente superior lo es materialmente, en cuanto protege un valor o un bien jurídico que se considera superior. Por ejemplo, la norma que regula el acceso a las candidaturas a cargos de elección popular podría interpretarse no solo por sus contenidos o literalidad, sino en el sentido de adaptarla a los principios democráticos —suponiendo que no están previstos en la Constitución y en los tratados— y, de esta suerte, determinar, aunque no lo diga la norma, que las candidaturas deben resultar de algún método democrático en donde las dirigencias de los partidos estén obligadas a consultar a la militancia de los mismos o a la sociedad para la definición de las candidaturas.

Las dos formas de interpretación conforme antes mencionadas tienen por propósito evitar las antinomias o conflictos normativos en el ordenamiento jurídico, porque se entiende que el ordenamiento todo está orientado por valores superiores fundamentales, como la libertad, la igualdad o la justicia. Su finalidad es salvaguardar el ordenamiento jurídico para impedir la existencia a su interior de normas contrarias o contradictorias mediante la armonización o manipulación interpretativa. Se busca por parte del juez la no descalificación del trabajo legislativo, porque se considera que el legislador tiene una legitimidad democrática directa que no tiene el juez. Además, se respeta al legislador porque se asume el dogma del legislador racional.

La interpretación conforme puede producir resultados restrictivos o extensivos. En el primer caso, a la norma en cuestión se le reduce su campo de aplicación, ya sea para salvaguardar un precepto constitucional o para proteger algún principio o valor jurídico. En el segundo caso, la interpretación conforme amplía el campo de aplicación de la norma en el supuesto de inconstitucionalidad por omisión, dando lugar a las llamadas sentencias o resoluciones aditivas, que generalmente se emplean por los tribunales constitucionales cuando se infringe el principio de igualdad, y precisamente para proteger ese valor fundamental del orden constitucional.

Jaime Cárdenas Gracia

ARGUMENTO COMPARATIVO

En el sistema jurídico mexicano se acude al argumento comparativo si el propio sistema jurídico lo establece. El argumento comparativo toma como re-

ferencia normas del derecho extranjero o de otro ordenamiento jurídico no nacional para resolver problemas jurídicos.

Se puede acudir a otros ordenamientos jurídicos mediante los procesos de recepción y reenvío. Bobbio comenta cómo el derecho mercantil —de los comerciantes— y el derecho de la navegación o marítimo tuvieron autonomía del derecho estatal durante el final de la Edad Media y el Renacimiento, y cómo esos ordenamientos parciales fueron posteriormente absorbidos mediante recepción por el derecho estatal. El reenvío se hace presente cuando un ordenamiento no se apropia del contenido de las normas de otro ordenamiento, como ocurre en la recepción, sino que se limita a reconocer su plena validez en su propio ámbito. A nivel federal en México y a partir de la reforma en materia indígena de 2001, el derecho mexicano reenvía en ciertas materias —algunas del art. 2 de la Constitución— a los sistemas jurídicos indígenas. La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos —publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011— hace un reenvío constitucional en el párr. primero de la Constitución y en el art. 103, frac. I, de la carta magna a favor de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado. La resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) reenvía obligatoriamente al ordenamiento jurídico nacional a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los conflictos entre ordenamientos con validez espacial diferente comprenden: 1) los conflictos entre las diversas entidades de la Federación; 2) los conflictos de derecho internacional privado, y 3) conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado).

Respecto al primer tipo de conflictos, los problemas que se presentan por leyes promulgadas en cada uno de los estados de la Federación son conocidos como conflictos interprovinciales, y se resuelven conforme a lo previsto en el art. 121 de la carta magna mexicana.

En los conflictos en materia de derecho internacional privado el art. 12 del Código Civil Federal establece que las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la república, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte. Lo anterior significa, salvo las excepciones de la norma citada y las previstas en los arts. 13, 14 y 15 de ese Código, que nuestro derecho consagra un principio de territorialidad del ordenamiento mexicano.

El Código Civil Federal indica en sus arts. 13, 14 y 15 lo siguiente:

“Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas; II. El estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos

de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación aunque sus titulares sean extranjeros; IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

“Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicaría como lo haría el juez extranjero correspondiente para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado; III. No será impedimento para la aplicación del Derecho Extranjero, que el Derecho Mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos; IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regule esta última; y V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el Derecho de otra entidad de la Federación”.

“Artículo 15. No se aplicará el Derecho extranjero: I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”.

Respecto a los conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado) podemos mencionar lo siguientes: 1) con ordenamientos supraestatales, es decir, con el derecho internacional, en este caso las relaciones pueden implicar la superioridad del derecho internacional sobre el interno, la equivalencia jerárquica entre ambos, la superioridad del derecho interno, pero inmediatamente en el escalón inferior la preeminencia del derecho internacional sobre las leyes del Estado, y la similitud de jerarquías entre ley y derecho internacional; 2) con ordenamientos infraestatales, que son los ordenamientos sociales que el Estado absorbe, reconoce o limita como los sindicatos, los partidos, las asociaciones, etcétera; 3) los colaterales al Estado, como pueden ser los conflictos del Estado con el ordenamiento de la Iglesia católica, y 4) los

antiestatales, que son los conflictos con los ordenamientos de las asociaciones para delinquir o con las sectas secretas, etcétera.

En materia de lagunas, es posible acudir a otros ordenamientos cuando el sistema jurídico lo prevé. Con el criterio de heterointegración se buscan soluciones en otros sistemas jurídicos, tales como el derecho natural, el derecho romano, el derecho canónico o el derecho comparado, para mediante ellos completar las lagunas. También se considera como heterointegración acudir a otras fuentes dentro del sistema que son diferentes a la dominante. Así, si se fundamenta la decisión en fuentes como la costumbre, la equidad o la doctrina, algunos podrían estimar que se trata de heterointegración y no de autointegración. Con el criterio de autointegración se utilizan elementos internos del ordenamiento tales como los principios generales del derecho o el razonamiento analógico.

Jaime Cárdenas Gracia

ARGUMENTO DE CONSTANCIA TERMINOLÓGICA

Parte del presupuesto de que el legislador emplea cada término al menos en la misma ley con el mismo significado, y si emplea otra expresión se refiere a concepto diverso.

Para Guastini, “el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (al menos dentro de un mismo documento normativo), y, recíprocamente cuando el legislador emplea términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos no dentro del mismo documento normativo)” (Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*).

Por su parte, Dehesa Dávila considera que “en este la atribución de significado a un determinado enunciado está en relación al título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que dicho enunciado normativo se ubica” (Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*). Se vincula con el argumento *sedes materiae*, así como con los argumentos sistemático y a *coherencia*.

Tarello. “existe en la ley una correspondencia rígida entre conceptos normativos y términos de los enunciados, de manera que en la atribución de significado, cuando es cierto o considerado como tal el significado del término *x* (por ejemplo, posesión, domicilio en un enunciado, ese significado se le atribuye a *x* en todos los enunciados en los que aparece”.

Hallivis Pelayo considera que “este argumento consiste, entonces, en que se debe atribuir el mismo significado a términos iguales que se hayan utilizado en forma recurrente en algún sistema jurídico, de forma que se tome en cuenta, para un texto normativo, el significado que tiene en otras disposiciones” (Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*).

En la Constitución mexicana el párr. noveno del art. 16 expresa lo que significa delincuencia organizada: “por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”; por lo

tanto, en todo enunciado en que aparezca el término “delincuencia organizada” ese es el significado que deberá tener, además, por la jerarquía de la carta magna en cualquier legislación secundaria que se derive de ella se entenderá el mismo significado.

Julio César Romero Ramos

ARGUMENTO DE EQUIDAD

La palabra “equidad” proviene del latín *aequitas*, *aequitatis*; significa igualdad, imparcialidad, moderación, espíritu de justicia (Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología jurídica*). Acervo axiológico al que recurre el juzgador en los casos específicos que el derecho positivo no tiene una solución clara.

Este argumento consiste en pedirle al juez que ajuste prudentemente la ley al caso concreto, de manera tal que emita su resolución atendiendo las circunstancias particulares del asunto. Por este argumento se pide interpretar la norma de manera humana, aunque sin apartarse de ella, y con ello acercarse más a la justicia (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional*).

Tarello expresa: “sirve para acreditar, entre las diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que choca menos contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el buen resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones sentidas como inicuas” (Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*).

En México se emplea de manera constante en asuntos de derecho agrario, laboral, fiscal y familiar, en los cuales una de las partes tiene menores condiciones para ejercer su pretensión, y el juez, con su desempeño, sin apartarse de la norma, equilibra la situación.

Julio César Romero Ramos

ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Alexy y Zagrebelsky distinguieron entre regla o norma y principio. Mediante el argumento principialista se justifica invocando a un principio integrante del derecho vigente, desde el que se infiere la exigibilidad de una conducta como la más adecuada.

Para Alexy, las normas son las reglas y los principios, éstos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las probabilidades de hecho y de derecho; en tanto que las reglas se deben cumplir plenamente. En el evento de colisión de principios para determinar cuál aplicar para un caso específico se emplea la ponderación, en tanto que las reglas se aplican por subsunción.

En el *Derecho dúctil*, Zagrebelsky señala que las reglas y los principios son los elementos del derecho; éstos son normas constitucionales sobre justicia y derechos y aquéllas son normas legisladas.

La interpretación principialista se sustenta en la idea de que los principios inspiran la interpretación de las normas que no son principios, modifican la interpretación gramatical y contribuyen para evitar antinomias (Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*).

Cabe mencionar que se debe distinguir entre los principios generales del derecho que se han incorporado a los textos constitucionales y los principios generales del derecho propiamente.

Éstos, para Platas Pacheco, utilizados como argumento, le proporcionan consistencia a la tesis que se defiende, sirven de refuerzo o soporte; pero advierte que a pesar de ser constantes las referencias a ellos en los ordenamientos legales y en la doctrina no se ha definido cuántos y cuáles son (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional*).

Expresa que no son producto de la deducción de las normas particulares en enunciados de mayor amplitud, son fruto de la tradición jurídica, y que son dinámicos y se nutren de la práctica social cotidiana

De igual forma, Esquiaga Ganuzas señala que paradójicamente, aunque los principios generales del derecho son invocados por todos los operadores jurídicos, no se ha definido qué son, cuáles son y cuál es su relación con las normas jurídicas.

Distingue este autor además los principios generales del derecho y los principios constitucionales, señalando que si los principios generales del derecho son incorporados al texto constitucional, es decir, “constitucionalizados”, ganan en posición jerárquica y efectividad; por otra parte, si hay contradicción entre ambos, los generales se ven afectados por la capacidad derogatoria de la Constitución, y dejan de formar parte del ordenamiento; pero si los principios generales del derecho y los principios constitucionales se refieren a cosas diferentes, los primeros mantendrían la autoridad que les confiere el ordenamiento constitucional correspondiente (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Largumentación en la justicia constitucional española*).

Son una fuente del derecho especial, y es reconocida de manera expresa por la legislación de algunos de los sistemas jurídicos de la familia del derecho neorrománico. En México, el párr. cuarto del art. 14 de la CPEUM establece “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho”.

De igual manera, en la República mexicana el Código Civil Federal establece en el “art. 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”.

Asimismo, en la Ley de Amparo, art. “2o. El juicio de amparo se tramitará en vía directa o indirecta. Se substanciará y resolverá de acuerdo con las formas y procedimientos que establece esta ley.

A falta de disposición expresa se aplicará en forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles y, en su defecto, los principios generales del derecho”.

Las reformas realizadas en Europa, conocidas como movimiento codificador, cuyo producto inicial fue el *Code civil des français* (1804) obligaron a contar con fuentes del derecho de origen no legislativa. Los códigos o leyes características de este movimiento se distinguen por la abstracción y generalidad de las normas y por su ideal de completitud.

Para lograr lo anterior, el sistema debe establecer los medios para permitirle al juez buscar una norma no legislada, que sea congruente con los fundamentos del derecho positivo y hacer factible el principio de completitud.

Se les denomina principios generales del derecho y principios del derecho natural; la primera, con un enfoque positivista, y la segunda, iusnaturalista (Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica*).

Wróblewski enumera tres tipos principales de principios regla en el derecho.

a. Principios positivos del derecho: que serían las normas explícitamente promulgadas.

b. Principios implícitos del derecho: que serían las premisas o consecuencias de normas.

c. Principios extrasistemáticos del derecho: principios externos al sistema jurídico, que provienen del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial.

Cuando se invocan, se pueden aludir a cualquiera de estos tres con la finalidad integradora o interpretativa.

Los principios generales del derecho se expresan generalmente en latín. Enseguida se expresan algunos de los más conocidos:

Lex posterior derogat legi priori.

Lex specialis derogat legi generali.

Res judicata pro veritate habita (la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera).

De minis non curat praetor (el pretor no se ocupa de las cosas de mínima importancia).

Ne ultra petita (la condena no puede sobrepasar la demanda).

Et audiatur altera pars (hay que oír a la parte contraria).

Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet (nadie puede transferir más derechos de los que tiene).

Casum sentit dominus (el propietario soporta el daño resultante del azar).

Quisquis praesumitur bonus (se presume que todos son inocentes).

Venire contra factum proprium (no se puede atacar lo que resulta del propio hecho).

Onus probandi incumbi actori (la carga de la prueba incumbe al actor).

Casus fortuitus a mora excusat (el caso fortuito excusa la mora).

Res transit cu monere suo (la cosa se transmite con sus cargas).

Mort Omnia solvi (la muerte extingue todas las obligaciones personalísimas).

Probatio vincet praesumptionem (la prueba vence la presunción).

Julio César Romero Ramos

ARGUMENTO INTERPRETATIVO

Platón concibió a la interpretación a partir de distinguir entre los objetos que no suscitan problema para la inteligencia y aquellos que, en cambio, representaban un problema, ya que afectan el sentido con impresiones opuestas entre sí. Pero será Aristóteles quien establezca el concepto más próximo al moderno, al indicar que la lengua es intérprete de los pensamientos, debido a que los expresa externamente; entonces, la interpretación puede ser conceptualizada como la labor del intelecto dirigida a eliminar las contradicciones que se presentan en un objeto o idea.

Además, en la interpretación el intérprete tiene un papel preponderante, pues es quien aclara, quien explica, quien hace accesible lo que no se entiende; en suma, pone en conocimiento de los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que se atribuye a ciertos objetos, ideas o acontecimientos. Así, interpretar permite dar significado, mediante un lenguaje significativo, a ciertas ideas, objetos, signos, fórmulas o acontecimientos; de ahí que interpretar consista en un acto de significación; es decir, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos o palabras —expresado siempre en un lenguaje—; siendo común considerar que interpretar consiste en establecer o declarar el significado de un texto.

Por lo tanto, en términos generales se puede concebir al argumento interpretativo como el enunciado por medio del cual se presenta y justifica una interpretación escogida por el intérprete. No obstante, en un contexto procesal —y siguiendo a Franco Modugno— podría definirse al argumento interpretativo como un esquema discursivo, utilizado, primero que nada, por los intérpretes dotados de autoridad (en la interpretación oficial y en la judicial) para motivar sus decisiones y explícitamente las atribuciones de significado a los documentos normativos.

En consecuencia, en un contexto jurídico-procesal un argumento interpretativo nos permitiría: i) asignar un significado jurídico a ciertos hechos (por ejemplo, comportamientos humanos), los cuales se constituyen en “hechos jurídicos”, en la medida en que son jurídicamente interpretados, o ii) dar un significado jurídico (técnico) a objetos determinados ya como jurídicos. Y esto es posible debido a que —como advierte José Ramón Capella— todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje.

Pero, al ser el argumento interpretativo parte de un proceso de interpretación, y ante la posibilidad de multiplicidad de interpretaciones, su finalidad consiste en establecer la interpretación correcta. Esta idea de que pueda existir una interpretación correcta se funda en considerar que la interpretación correcta es la interpretación racional. Así, para establecer —señala Rolando Tamayo y Salmorán— cuándo una interpretación es racional y, por ende, correcta, ésta debe tener como base un argumento interpretativo que supere el *test* de racionalidad (algo así como la falsabilidad en Karl Popper).

Así pues, siguiendo el paradigma racional, un argumento interpretativo puede ser considerado como correcto siempre y cuando sea verificable y susceptible de ser calificado como verdadero; teniendo presente que la “verdad” es residual, pues algo es verdadero porque no puede ser vencido. En el teore-

ma “la suma de los ángulos interiores de un triángulo es igual a 180 grados” encontramos que analíticamente es verdadero, ya que mientras no se demuestre que la suma de dichos ángulos da como resultado un número diverso a los 180 grados, deberá tenerse como verdadero.

Ahora bien, en el ámbito jurídico-procesal el argumento interpretativo puede ubicarse en alguna de las tres concepciones básicas de la interpretación —descritas por Juan Antonio García Amado—: a) *lingüística*, en la cual los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos; por tanto, la actividad interpretativa es establecimiento de su significado; b) *intencionalista*, donde los enunciados legales son considerados expresión de voluntad o intenciones, e interpretar implica averiguar y resaltar el contenido de tal intención (de la persona o personas que emitieron la norma), y c) *axiológica o material*; en esta concepción los enunciados legales se interpretan con la pretensión de explicitar y concretar los contenidos valorativos objetivos que poseen los enunciados.

Finalmente, Francisco Javier Ezquiaga enlista una serie de argumentos que califica como interpretativos; de igual forma, Riccardo Guastini coincide en la mayoría de esos argumentos sin calificarlos como interpretativos, aunque los incluye como parte de las técnicas de interpretación —en ambos casos en el contexto de la resolución judicial—; entre dichos argumentos podemos señalar a los siguientes: analógico o *a simili*, *a fortiori*, *a contrario*, a partir de los principios, *a coherentia*, de la no redundancia, teleológico, por el absurdo, *a rúbrica*.

Julio César Vázquez-Mellado García

ARGUMENTO LINGÜÍSTICO

La lengua tiene como característica esencial a la abstracción —razón por la cual se realiza la conceptualización y definición de los fundamentos lingüísticos—, aunque su función primordial es la comunicación, por lo que el lenguaje (objeto de la lingüística) solo existe bajo la forma de lenguas diversas. Además, Ferdinand de Saussure ha diferenciado entre lengua y habla; la primera es el objeto de la lingüística (sector o aspecto de los fenómenos del lenguaje en que debe interesarse el lingüista), y el segundo, su materia (el campo de investigación del lingüista, que comprende el conjunto de los fenómenos relacionados, de cerca o de lejos, con la utilización del lenguaje).

Por otro lado, para Manuel Atienza, una de las diversas concepciones que existen acerca de la argumentación es la pragmática o dialéctica, la cual considera a la argumentación como interacción lingüística. Entonces, bajo esa concepción, la argumentación es un proceso dialógico, cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico, y la lengua tiene un lugar destacado; en tal virtud, resulta inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan.

En ese contexto, podemos considerar al argumento lingüístico como un acto de habla que asume la forma de enunciado (signo lingüístico), el cual podría describirse —en términos de Eduardo de Bustos— de la siguiente ma-

nera: 1. los enunciados son entidades abstractas o teóricas, de las cuales se pueden hacer usos concretos, mediante preferencias o emisiones lingüísticas; 2. un enunciado puede ser empleado para realizar una aserción, cuyo contenido o significado es una proposición; 3. un enunciado puede ser utilizado para hacer una aserción verdadera en una ocasión y falsa en otra.

Ahora bien, el argumento lingüístico puede ser analizado —aplicando las fases en que se estudia una lengua— a la luz de los siguientes ámbitos: a) el nivel sintáctico, en el cual la base es la gramática, pues se establecen las reglas en virtud de las cuales ciertas combinaciones de símbolos constituyen, o no, secuencias bien formadas, frases de la lengua (enunciados); b) el nivel semántico, en el que se establecen los medios para determinar, en cada frase de la lengua, qué condiciones deben cumplirse para que se la pueda considerar verdadera (las nociones en este nivel son las de verdadero o falso); c) el nivel pragmático, en este caso se tiene en cuenta el hecho, que el empleo de un enunciado es un fenómeno interindividual, el locutor lo emplea porque intenta producir un efecto en aquellos a los que o para quienes habla.

Así, a la luz de esos tres niveles podemos determinar si un argumento lingüístico cumple con las reglas gramaticales de la lengua; si puede ser considerado falso o verdadero tomando en consideración las pautas semánticas y saber la finalidad de comprensión y asentimiento que busca en el interlocutor, para lo cual —el locutor— podría cuestionarse lo siguiente: ¿el argumento es apropiado para esta situación?, o por el contrario, ¿estará fuera de lugar?, ¿qué reacción se espera del destinatario?: una respuesta, una acción, etcétera.

El argumento lingüístico posee el mismo carácter esencial de la lengua: la abstracción; debido a ello, las expresiones que los integran no pueden limitarse a una única clase. En consecuencia —y siguiendo a Riccardo Guastini—, se pueden señalar los siguientes tipos: a) expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario; b) expresiones del lenguaje ordinario que, sin embargo, se han tecnificado en el discurso jurídico y han adquirido un significado distinto del ordinario; c) expresiones pertenecientes a un lenguaje técnico.

En cuanto a la importancia y eficacia del argumento lingüístico, se puede señalar —retomando el fundamento normativo de la comunicación lingüística de Jürgen Habermas— que el receptor del argumento debe dar por sentados, al menos implícitamente, determinados presupuestos, que son los únicos que permiten el acuerdo: de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas, y que las normas justas (esto es, susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas.

Julio César Vázquez-Mellado García

ARGUMENTO LÓGICO

La argumentación jurídica tiene su primera etapa a partir de los años cincuenta, especialmente con las obras de Ulrich Klug (*Lógica jurídica*), Theodor Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*), Chaïm Perelman (*Tratado de la argumentación. La nueva retórica*) y Stephen Toulmin (*The uses of argument*), quienes se caracterizaron por aplicar la lógica al derecho. Por ello, en la teoría de la argumentación encontramos al argumento lógico como el argumento por excelencia.

Además, Manuel Atienza concibe a la argumentación lógica formal como aquella en la cual se define al argumento —así como a la propia argumentación— como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones; caracterizado porque la corrección de las conclusiones no dependen del contenido de verdad de las premisas, sino del cumplimiento de ciertas reglas formales, como en el silogismo tradicional, aunque no exclusivamente.

Así, el argumento lógico es resultado de un silogismo; es decir, es un enunciado construido a partir de una serie de proposiciones, en donde las dos primeras son denominadas premisas, mientras que la tercera —que se obtiene o desprende de las premisas— recibe el nombre de conclusión. En tanto que en el ámbito jurídico-procesal el argumento lógico se construye, de igual forma, a partir de dos premisas: una normativa y otra fáctica, a través de las cuales se llega a una conclusión, denominándose a este proceso como silogismo subsuntivo o silogismo judicial.

En consecuencia, a través del argumento lógico se establece la relación entre un hecho y la norma jurídica que pueda aplicarse a ese hecho, con lo cual el operador jurídico lleva a cabo la operación de subsunción, verificando que el hecho señalado esté comprendido dentro de la norma aplicada, dando como resultado una conclusión lógica; esto es, apoyada en las premisas, tanto fáctica como normativa. Entonces, el silogismo subsuntivo o silogismo judicial permite justificar una decisión a través de un proceso lógico; siendo considerado este tipo de silogismo la forma básica de razonamiento jurídico.

Pero la justificación, resultado de un proceso argumentativo lógico, tiene —siguiendo a Manuel Atienza— dos niveles: interna y externa, según se trate de justificar la decisión en casos fáciles o casos difíciles. Así, en el primer caso, cuando en el argumento lógico no existe problema con ninguna de las premisas (normativa y fáctica), la justificación (interna) se da a partir de llevar a cabo un razonamiento deductivo (silogismo subsuntivo o judicial); esta clase de justificación siempre es necesaria.

Mientras que cuando existe problema con alguna de las premisas, ya sea porque existe duda acerca de la norma aplicable al caso o cómo ha de interpretarse la misma (normativa), o bien cuando la duda es relativa a si determinado hecho ha tenido vigencia o cómo calificarlo (fáctica), se debe realizar una justificación externa, pues el razonamiento de tipo lógico (argumentación lógica formal) ya no es suficiente. En consecuencia, será necesario acudir a otros criterios para llevar a cabo la justificación, sobre todo apoyarse en lo que ha dado por llamarse —en la teoría de la argumentación— “razón práctica”; en el entendido de que la justificación de las decisiones implica no solamente el uso de normas y procesos lógicos, sino también de principios morales.

Por otro lado, para estudiar las formas posibles en que las premisas se relacionan para apoyar a la conclusión en un argumento lógico existen diversas estructuras —que forman parte de la llamada diagramación de argumentos—, que permiten analizar los textos argumentativos, aunque también pueden apoyar la creación u organización de los propios argumentos; estas son: a) *estructura convergente*, indica que dos o más premisas apoyan la conclusión de manera independiente; es decir, indica que la conclusión se sigue tanto de cualquiera de las premisas como de todas ellas; b) *estructura dependiente*, señala

que las premisas están unidas para apoyar a la conclusión; esto es, ambas premisas (o todas ellas) se necesitan mutuamente para que pueda inferirse la conclusión; c) *estructura divergente*, muestra que una misma premisa está apoyando a más de una conclusión, por lo que se puede decir que hay dos argumentos unitarios; d) *estructura encadenada*, es aquella donde una de las proposiciones está como conclusión de una premisa, y a su vez está como premisa de otra conclusión, de tal forma que siempre hay al menos una subconclusión.

Julio César Vázquez-Mellado García

ARGUMENTO PRAGMÁTICO

“Pragmático” viene del griego *pragma atos*, y significa acción, cosa útil (*Diccionario Griego-Español*, Ramón Sopena). (*Pragmátikos*, griego), Polibio señalaba que era su forma de escribir la historia para diferenciarla de la mitológica o legendaria.

El término griego *prágmata* trata de las cosas realizadas por los hombres, a los asuntos humanos; de igual manera, se refiere a la práctica a las cosas útiles.

En latín, *pragmaticus* se empleaba para referirse a los asuntos humanos, particularmente a los políticos; a hechos objetivos, en contraposición a leyendas o sueños. El pragmático es el que visualiza adecuadamente los problemas y su solución.

Actualmente se entiende pragmático como un “modo de pensar en el cual se emplea un modo apto para entender la realidad”.

Según Mendonca, es el que “dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquel significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo de los significados que lo conviertan en ineficaz a ese respecto” (Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*).

Platas Pacheco señala que “este argumento se formula con la intención de hacer pertinente los medios empleados con el fin que se pretende alcanzar, es decir, se construye desde una perspectiva de proporcionalidad con el propósito de valorar la estrategia procesal que en cada caso conviene” (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho*).

Es decir, este argumento se evalúa analizando la proporción existente entre los medios y los fines que se sincronizan en la tesis que se defiende y buscan comprobar la racionalidad de ésta.

Manuel Calvo García en su libro lo concibe en el ámbito del derecho como un argumento sustentado en las consecuencias es decir consecuencialista (Calvo García, Manuel, *Interpretación y argumentación jurídica*).

Perelman señala que “llamamos argumento pragmático aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este argumento desempeña un papel esencial, hasta tal punto de que algunos han querido ver en ello el esquema único que posee la lógica de los juicios de valor; para apreciar un acontecimiento es preciso remitirse a los efectos”.

Ezquiaga Ganuzas considera que “El argumento pragmático justifica que cuando hay dos (o más) significados posibles de un mismo enunciado, de los

cuales uno le da alguna efectividad mientras que el otro (o los demás) lo convierten en inútil, optar por el primero” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*).

El argumento pragmático que permite apreciar algo con arreglo a sus consecuencias presentes o futuras tiene una importancia directa para la acción. No requiere, para que lo admita el sentido común, justificación alguna. El punto de vista opuesto, cada vez que se defiende, necesita, por el contrario, una argumentación, como la afirmación de que debe preconizarse la verdad, cualesquiera que sean las consecuencias, porque es un valor absoluto, independiente de éstas.

Las consecuencias, fuente del valor del acontecimiento que las ocasiona, pueden observarse o simplemente preverse, pueden estar aseguradas o ser puramente hipotéticas; su influencia se manifestará en la conducta, o solo en el juicio. “El enlace entre una causa y sus consecuencias puede percibirse con tanta acuidad que una transferencia emotiva inmediata no explícita, se opera de éstas a aquéllas, de tal modo que se crea que se aprecia algo por su valor propio, mientras que son las consecuencias las que, en realidad, importan” (Perelman, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*).

Ezquiaga Ganuzas expresa que “ha sido objeto de pocos estudios teóricos. Sin embargo se ha coincidido en señalar que es un argumento consecuencialista, es decir, un argumento que consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende (en nuestro caso de la interpretación o el significado que se propone) a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario, (o la inconveniencia de otra interpretación o significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*).

Gerardo Dehesa Dávila (*Introducción a la retórica y la argumentación*) concluye estableciendo que el argumento pragmático tiene las siguientes características:

- a. Es un argumento consecuencialista, busca la causa a partir de los efectos.
- b. Tiene un carácter eminentemente práctico, busca reflejar una clara utilidad para el correcto desempeño del sistema jurídico, de ahí su empleo frecuente en el ámbito jurisdiccional.

El argumento pragmático tiene afinidad con los argumentos de la no redundancia y apagógico o reducción al absurdo, ya que en éstos la consecuencia impide el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, ya sea por la redundancia o por la consecuencia absurda

El juez puede considerar consecuencias favorables o desfavorables de cualquier tipo: económicas, sociales, políticas, morales, etcétera, aunque generalmente van asociados a principios o ideales que se consideran implícitos en el mandato del constituyente, como los siguientes:

Principio *pro actione*. Se trata de una postura antiformalista para interpretar los requisitos procesales con objeto de que los tribunales puedan en todo caso emitir una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada. Pero no es absoluto este antiformalismo, ya que su aplicación se limita a la interpretación más favorable para hacer más eficaz el ordenamiento.

Principio de seguridad jurídica. Concebido como una directriz y no como absoluto.

Principio de *favor libertatis* entendido como principio general de la eficacia del precepto a interpretar.

Principio *in dubio pro reo*, vinculado al principio de presunción de inocencia, y que establece que ante una duda razonable respecto a los hechos objeto de la acusación, el juzgador debe inclinarse a favor del inculpado.

Julio César Romero Ramos

ARGUMENTO RETÓRICO

La retórica fue considerada en el diálogo platónico *Gorgias*, como el poder para persuadir con discursos a los jueces en los tribunales, a los consejeros en el consejo, a los miembros de la asamblea en la asamblea y en toda otra reunión pública (452 e); pero a esta noción de carácter sofista, Platón opuso otra con tintes educativos, considerándola como el arte de guiar el alma por el camino de los razonamientos, no solo en los tribunales y en las asambleas populares, sino también en las conversaciones privadas (*Fedro* 261 a).

Para Aristóteles, por otra parte, la retórica es la facultad de considerar en cada caso los medios disponibles de persuasión (*Retórica* I, 2, 1355b 26), siendo tres los géneros de los discursos retóricos: deliberativo, forense o judicial y epidíctico. Aristóteles señala que en cada una de estas especies de retórica la finalidad es diferente: para el que delibera aconsejar lo conveniente o útil, para los que entablan un juicio, seguir lo justo; y para los que elogian y censuran, ocuparse de lo hermoso y lo vergonzoso.

Además, Aristóteles diferencia entre silogismo retórico e inducción retórica, denominando al primero “entimema”, y a la segunda, “ejemplo”. Así, la diferencia radica —de acuerdo con los *Tópicos*— en que demostrar a base de muchos casos semejantes es, allí, una inducción y, aquí —retórica—, un ejemplo; mientras que obtener, dadas ciertas premisas, algo diferente de ellas, por ser (tales premisas), universalmente o la mayor parte de las veces, tal como son, eso se llama, allí “silogismo”; aquí, “entimema” (silogismo abrevado en el que se omite una de las premisas, por ser evidente o darse por sobreentendida).

Por otro lado, Cicerón llama a la retórica la elocuencia artificiosa (*De la invención retórica* I, 6), y la concibe como parte de cierta ciencia civil, que consiste en decir adecuadamente para persuadir, y cuya finalidad radica en persuadir mediante la dicción; siendo las partes del arte retórico: invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación. Aunado a ello, consideró que podrían presentarse tres tipos de discursos: deliberativo, demostrativo y judicial; así, considera —en términos semejantes a lo señalado por Aristóteles— que en los juicios se busca qué es justo; en las demostraciones, qué es honroso, y en las deliberaciones, qué es honroso y qué útil.

Con la *Nueva retórica*, Chaïm Perelman centra su estudio en las estructuras argumentativas, analizando los métodos empleados por las ciencias humanas para probar sus tesis; a través de su trabajo busca demostrar que la retórica —al igual que la dialéctica y la filosofía— se funda en la razón práctica, por medio de su método argumentativo-justificativo; y como ejemplo de razo-

namiento práctico Perelman señala el de la motivación de las sentencias por parte de un juez.

Perelman señala que existe distinción entre persuadir y convencer, por lo que una argumentación persuasiva es aquella que solo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón (auditorio universal). También distingue entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos como el caso del derecho; sin embargo, la lógica jurídica no es una lógica formal, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales.

Finalmente, establece la especificidad del razonamiento jurídico al indicar que: a) resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes; es decir, la argumentación tiene el carácter de controversia, y b) la autoridad judicial juega un papel central, por lo que considera que en el procedimiento judicial es donde el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia.

En suma, la retórica ha sido concebida como el arte de persuadir; en consecuencia, podemos señalar —tomando palabras de Santo Tomás de Aquino— que el argumento retórico es lo que arguye la mente para convencer de determinado planteamiento a través de la persuasión; así, pese a que el argumento retórico no puede demostrarse por medios probatorios, esa cuestión no le resta verdad y validez, ya que no se trata de establecer verdades evidentes, sino mostrar el carácter razonable —plausible— de determinada tesis o decisión.

Aunado a ello, y siguiendo a Aristóteles, se puede afirmar que el argumento retórico se construye a partir de dos elementos: el entimema (deducción) y el ejemplo (inducción); entonces, a través de un silogismo logramos arribar a una deducción; mientras que, por medio de ejemplos, a una inducción silogística (generalización), en ambos casos, con la finalidad de lograr la adhesión del destinatario del discurso, con el apoyo de las técnicas y medios propios del debate y la persuasión.

En virtud de que el argumento retórico no es demostrable por medio de pruebas, permite presentar diversas opciones con relación a la cuestión en disputa, siendo necesario el consenso para lograr la aceptación del planteamiento presentado. No obstante, lo anterior no le quita certeza a la afirmación establecida en el argumento, en virtud de que el argumento retórico busca persuadir a la mayoría, o bien a todos los interlocutores, de que ciertas afirmaciones o decisiones son mejores que otras; evaluando la eficacia del mismo, a partir de su capacidad para persuadir.

Sin duda, el argumento retórico incide directamente en el ánimo y voluntad del auditorio, fundando o refutando la veracidad o falsedad de la tesis presentada, tratando de encontrar en cada caso aquello que es apto para persuadir. Pero, sobre todo, en el ámbito forense o judicial, el argumento retórico debe convencer al interlocutor —persuadiéndolo— de que una causa es justa y verdadera, pues —utilizando palabras de Aristóteles— naturalmente lo verdadero y lo justo son mejores que sus contrarios.

Julio César Vázquez-Mellado García

AUTO DE SUSPENSIÓN

Los procesos constitucionales como el amparo (*i. e.* juicio de amparo, recurso de protección o acción de amparo o tutela) y las controversias constitucionales tienen por finalidad resolver, en el primer caso, las controversias que se susciten respecto de actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos y sus garantías, consagrados en las normas fundamentales y en los tratados internacionales que el Estado haya suscrito y ratificado, o —como ocurre en México con la controversia constitucional o en Costa Rica con los conflictos constitucionales— que se trate de actos que restrinjan o vulneren la esfera competencial de los órganos o poderes del Estado. Dada la naturaleza de estos actos (algunos de ellos de extrema gravedad y de atención urgente, o de imposible reparación; *v. gr.* los que impliquen riesgo de perder la vida o ataques a la libertad personal) y el amplio lapso de tiempo que puede transcurrir hasta la solución definitiva del asunto (“peligro en la demora”), se hace indispensable contar con la posibilidad de suspender esos actos lesivos de la autoridad, que es precisamente el papel que está llamado a desempeñar el auto de suspensión.

Así, el *auto de suspensión* o *suspensional* es una resolución jurisdiccional en la que el juez o tribunal se pronuncia sobre el otorgamiento de la medida cautelar, consistente en la suspensión del acto reclamado o impugnado sobre el que versa el juicio constitucional, con la finalidad de conservar o asegurar la materia del proceso; restituir a una persona en el goce de sus derechos fundamentales, o bien evitar que con la consumación o ejecución del acto de autoridad que se combate y respecto al cual versa la suspensión se causen daños irreparables o de difícil reparación al actor o quejoso (o incluso a la sociedad) en tanto se resuelve el juicio principal; esto es, hasta el pronunciamiento de sentencia ejecutoria sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama.

De lo anterior pueden extraerse las siguientes consideraciones particulares:

a) La suspensión es una *medida cautelar*, lo que implica que: *i)* es *instrumental*, puesto que la finalidad de la suspensión (evitar los efectos irreparables que pueda provocar la consumación del acto de autoridad, cuyos alcances pueden ser extintivos de la materia del litigio) es diversa y tiende a preservar o conservar la del proceso constitucional (declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama); *ii)* es *provisional* hasta en tanto se resuelve el juicio en lo principal, ya que al pronunciarse sentencia ejecutoria fenecen la suspensión y todos sus efectos; o bien en los casos de terminación anormal del proceso, puesto que la suspensión sigue la suerte del proceso constitucional; *iii)* el auto suspensional no causa estado, por no tratarse, precisamente, de un pronunciamiento definitivo; *iv)* es *modificable* (o *mutable*), ya sea por el juez o tribunal que lo emitió o por quien conozca de su impugnación, y *v)* por su propia naturaleza de medida cautelar puede o no aparecer en el trámite del proceso constitucional, en atención al tipo de acto u omisión de que se trate; así, por ejemplo, cuando con la suspensión se puedan causar perjuicios al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

b) Con la suspensión se busca conservar la materia u objeto del proceso; restituir a una persona en el goce de sus derechos constitucionales, así como evitar perjuicios al quejoso, que pudieran provenir de la ejecución del acto impugnado, de su continuación en caso de estar en ejecución, o bien de sus efectos o consecuencias. De ello se colige que la suspensión tendrá como efectos: impedir, paralizar o detener la ejecución del acto de autoridad sobre el que versa la controversia.

c) *La suspensión puede dictarse de oficio o a petición de parte.* En el primer caso se trata de una resolución emitida por el órgano jurisdiccional sin que medie petición del quejoso, y solo opera en los casos en los que la ley expresamente así lo dispone. En el segundo, se requiere solicitud expresa para que el juez se pronuncie al respecto.

d) *Puede ser tramitada de plano o por vía incidental.* En la primera hipótesis se concederá la suspensión sin que se lleve a cabo algún tipo de sustanciación y sin que medie audiencia con presencia de las partes. La suspensión de oficio y de plano se resolverá en el mismo auto que admita la demanda en el proceso constitucional cuando se trate de actos, por ejemplo, que atenten contra la vida o la libertad, que impliquen destierro, deportación e incluso extradición. Por el contrario, la tramitación incidental entraña la apertura de un cuaderno separado del principal, en el que se llevará a cabo la sustanciación del incidente de suspensión. Ello implica la celebración de una audiencia con la asistencia de las partes (autoridad responsable, *i. e.* emisora del acto impugnado, quejoso y, en su caso, tercero interesado), en la que éstas podrán aportar pruebas y formular alegatos en la búsqueda de una resolución que favorezca sus intereses.

e) En algunos países, como Costa Rica y Colombia, el término “suspensión” se emplea de forma unívoca, en tanto que en otros (Guatemala, Ecuador y México entre ellos) se contemplan la suspensión provisional y la definitiva. Un elemento diferenciador es que esta última, a decir de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, convalida la suspensión provisional, previa sustanciación del incidente respectivo.

Cabe señalar que la suspensión puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de emitirse la sentencia definitiva.

En fin, las medidas cautelares, incluyendo la contenida en el auto de suspensión, constituyen un elemento imprescindible del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, puesto que sin ellas la intervención del Estado en la protección de los derechos constitucionales podría tornarse ineficaz.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

El auto de vinculación a proceso o auto de procesamiento puede definirse como la resolución jurisdiccional con la que se da inicio al proceso penal y que implica la sujeción o sometimiento del inculpado (procesado, vinculado, imputado) a la autoridad jurisdiccional ante la que se sustanciará el procedimiento.

De lo anterior se colige que hasta antes de que se dicte el auto de procesamiento solo puede hablarse de “indagado” o “investigado”, puesto que los términos “inculcado”, “procesado” o “vinculado” solo sobrevienen hasta que el auto en comento ha sido emitido.

En el derecho mexicano, el auto de vinculación a proceso vino a sustituir a los autos de “formal prisión” y de “sujeción a proceso”, los cuales, como aquél, implicaban el inicio de la relación procesal (Estado-imputado), pero que se diferenciaban entre sí en virtud de que el primero recaía cuando el delito sobre el que se iniciaba la causa contemplaba como punibilidad una pena privativa de la libertad —llamado “de formal prisión” porque implicaba (en todos los casos) la prisión preventiva del procesado—, en tanto que se dictaba el segundo cuando el delito merecía pena alternativa o no restrictiva de la libertad —que podía conllevar también (aunque no en todos los casos) la aplicación de medidas cautelares, excepción hecha, como se ha dicho, de la prisión preventiva—.

Ahora, es tema pacífico en la doctrina latinoamericana que la determinación judicial que se comenta no supone, en sí misma, el dictado o el sometimiento del inculcado a medidas cautelares personales o reales (*v. gr.*, la prisión preventiva o el embargo precautorio, respectivamente), sino que alude formal y materialmente al inicio del proceso o sumario, sin que ello signifique —como apunta Sergio García Ramírez— que no puedan originarse otro tipo de consecuencias jurídicas para el procesado. De ello resulta, *grosso modo*, que las medidas cautelares pueden *desvincularse* del auto de vinculación (del sujeto) a proceso, o bien puede contenerlas. Así, por ejemplo, respecto a la prisión preventiva se observan dos tratamientos jurídicos distintos: que en caso de proceder, en el auto de procesamiento se determine esta medida cautelar, o bien que se decrete en acto procesal posterior.

Conforme a la tendencia observada hacia la implementación de procesos penales acusatorios, adversariales y orales en Latinoamérica (Chile, México, Argentina, Costa Rica, Colombia...), los requisitos comunes que debe satisfacer el auto de vinculación a proceso o de procesamiento, atendiendo a la forma y al fondo, son:

A) *De forma*: a) que se haya formulado imputación (denominada también “formalización de la investigación”), es decir, que se haga del conocimiento del inculcado, en presencia del juez (de control o garantía), que existe una investigación en su contra respecto a uno o más hechos típicos; esto es, de interés para el derecho penal, y que existe la probabilidad de que él los haya cometido o participado en su comisión. Y es precisamente en la audiencia de formulación de la imputación donde el Ministerio Público o fiscal solicitará la vinculación a proceso del imputado, que deberá decidirse en ésta o posterior audiencia; b) que el imputado haya rendido declaración o indagatoria, o bien haya manifestado su deseo de no hacerlo; c) que se dicte únicamente por los hechos que motivaron la formulación de la imputación, aun y cuando el juez les otorgue una clasificación jurídica distinta a la efectuada por el fiscal, y d) que se señalen claramente las circunstancias de lugar, modo y tiempo de los hechos que se le imputan.

B) *De fondo*: a) que los hechos investigados por los que se formula la vinculación a proceso sean constitutivos de un delito; b) que exista probabilidad de que el inculcado es autor o partícipe del delito, y c) que se pueda incoar un procedimiento en su contra por esos hechos; es decir, que no se actualice alguna excluyente de responsabilidad penal (*v. gr.* legítima defensa) o causa de extinción de la acción penal (*v. gr.* prescripción).

A los requisitos anteriores deben agregarse, asimismo, los requerimientos de la garantía de seguridad jurídica consagrada en las cartas fundamentales, a saber: constar por escrito; haber sido emitidos por autoridad judicial, y estar fundados y motivados (en hechos y de derecho).

Por el contrario, si dentro de los plazos fijados por los códigos procesales no se reúne alguno de los requisitos señalados en el apartado anterior, sea de forma o de fondo, la autoridad jurisdiccional emitirá *auto de no vinculación a proceso* o *de falta de mérito*, el cual no impide que el Ministerio Público pueda continuar con la investigación y, de ser el caso, formule de nueva cuenta la imputación que acarree el posterior dictado de un auto de vinculación a proceso. Esto último no vulnera el principio *non bis in idem* (prohibición de ser juzgado dos veces por los mismos hechos), en virtud de que el auto de falta de mérito no “causa estado”, al tratarse de una determinación jurisdiccional que no sobreviene luego de un procedimiento que culmine con sentencia firme ni es, en sí mismo, una sentencia.

En relación con los recursos: a) en contra del auto que resuelva sobre la vinculación a proceso procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse ante el mismo juez que lo dictó, quien deberá citar a las partes a audiencia para su sustanciación y posterior decisión.

b) Si, como se ha dicho, la figura procesal en comento no tiene como efecto material inherente el *privar* al inculcado de su libertad (*i. e.* prisión preventiva), sí constituye, no obstante, un acto de *perturbación* o *ataque* a la libertad personal, puesto que origina, entre otras, la obligación del imputado de presentarse ante la autoridad jurisdiccional cuantas veces sea requerido por ésta para la correcta marcha y continuación del proceso (lo que restringe, por supuesto, su libertad); de hecho, la autoridad judicial puede, al existir —y como consecuencia de— esa vinculación a proceso, dictar otras medidas para garantizar la ineludible presencia del inculcado. *Ergo*, y de acuerdo con la jurisprudencia mexicana, en contra del auto de vinculación a proceso será procedente el juicio de amparo y el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado, en atención a que la Ley de Amparo mexicana no establece una graduación o magnitud de los “ataques” a la libertad personal, es decir, no requiere que el inculcado sea materialmente privado de su libertad (*i. e.* recluirlo en un establecimiento especial, destinado a ese efecto) para que éste pueda acudir a los jueces o tribunales constitucionales en busca de la protección de sus derechos fundamentales; esta consideración es extensiva, en otras latitudes, al *habeas corpus* (como sucede en Costa Rica, donde procede este recurso “en contra de las *amenazas* a [la] libertad y las *perturbaciones* o *restricciones* que respecto de ella [se] establezcan...”), a la “acción de tutela” y al “recurso de protección” (en el caso de Chile, donde este recurso “podrá ser deducido en favor de toda

persona que ilegalmente sufra cualquiera otra *privación, perturbación o amenaza* en su derecho a la libertad personal”).

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el Informe 17/94 (caso Maqueda), acogido por los tribunales federales argentinos, que el auto de procesamiento “también es una garantía de la vigencia de la doble instancia, que no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria, sino a todo auto importante que agravie al imputado”; es decir, que al constituir un acto de afectación para el procesado necesariamente deberá otorgársele la posibilidad de recurrirlo.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

AUTOCOMPOSICIÓN

La autocomposición es una forma de resolución de los litigios. Se reconocen diversas especies: dos unilaterales o derivadas de un acto simple y una bilateral derivada de un acto complejo: *a) la renuncia; b) el reconocimiento, y c) la transacción.* Tanto la renuncia como el reconocimiento, ya sea de derechos o de pretensiones, constituyen indudablemente formas autocompositivas de los conflictos de intereses, pero que no necesariamente se dan en el campo de lo procesal, sino que pueden aparecer antes, después, o independientemente del proceso. Es necesario precisar que sus especies procesales son el desistimiento, y el allanamiento. El desistimiento es una renuncia de derechos o de pretensiones y el allanamiento es un reconocimiento; ambas figuras se producen en el campo del proceso. Existen tres tipos de desistimiento: desistimiento de la demanda, desistimiento de la instancia y desistimiento de la acción. El desistimiento de la acción es el único que puede considerarse como forma autocompositiva, porque significa una renuncia de la pretensión o al derecho, y consecuentemente con ello se soluciona el litigio. Los derechos que merecen una tutela o protección especial y que afectan el orden o el interés público (derechos de familia, derechos alimentarios, derechos sociales regulados por el derecho del trabajo o por el derecho de la seguridad social) no pueden renunciarse.

El allanamiento es una conducta que implica el sometimiento por parte del demandado a las pretensiones de quien acciona. El allanamiento no siempre obliga al juez a condenar al demandado. El juez de oficio está obligado a examinar la procedencia de la acción.

La transacción es la figura característica de autocomposición bilateral, y puede ocurrir dentro o fuera del proceso, antes de que éste se inicie o una vez iniciado. Se trata de un acuerdo de voluntades, y las partes encuentran la solución de la controversia o del litigio y por lo general suscriben un convenio. Sin embargo, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio. Será nula la transacción que verse sobre delito, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre una herencia, antes de visto el testamento si lo hay y sobre el derecho de recibir alimentos, en razón precisamente del carácter de orden público de todas las cuestiones antes citadas. El acuerdo de voluntades puede surgir mediante una mediación o una conciliación. Petronio Calmon sugiere que la mediación es un mecanismo para la obtención de la

autocomposición, caracterizado por la participación de un tercero imparcial que auxilia, facilita, incentiva a las partes. Este tercero imparcial y neutro no cuenta con poderes de decisión. Su misión es ayudar a las partes a encontrar voluntariamente una solución mutuamente aceptable. El procedimiento de mediación es siempre voluntario y confidencial, con un método propio e informal. A diferencia de la conciliación, en la cual el tercero imparcial propone estrategias de solución del litigio, la mediación fomenta una convivencia social armónica a través del diálogo y la tolerancia basada en los principios de prontitud, economía, y satisfacción de las partes. Las características de la mediación son, entre otras: la voluntad mutua, la confidencialidad, la flexibilidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la legalidad y la economía. Para lograr verdaderamente que la mediación sea eficaz; esto es, que los mediados encuentren una solución de fondo a su choque de intereses y logren incluso la ejecución de sus acuerdos voluntariamente, es necesario contar con el factor humano. Esto significa disponer de personal altamente calificado y capacitado, que cuente con las técnicas necesarias para reducir la tensión y la agresividad de manera significativa.

Por lo general, toda controversia implica una lucha de poderes. El secreto en la mediación es colocar a los mediados en un nivel igualitario, crearles conciencia de sus acciones y que ellos mismos evalúen su conducta frente al otro. Alberto Saíd considera que la mediación constituye una figura intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, ya que la solución proviene de las partes, pero existe una intervención importante de un tercero. Por influencia sajona se le denomina “medio alternativo de solución de controversias, precisamente porque constituye un camino distinto del proceso jurisdiccional”.

Carina X. Gómez Fröde

AUTORIDAD

El concepto jurídico de autoridad se refiere a la facultad que tiene una persona para modificar válidamente la situación jurídica de otra. En particular, la autoridad pública se identifica con el poder público o la capacidad del Estado para hacerse obedecer incluso mediante la fuerza pública, así como con los individuos y órganos a quienes se otorga ese poder o fuerza pública. En el derecho procesal constitucional, la importancia del concepto de autoridad radica en que delimita el tipo de actos que pueden ser objeto de escrutinio constitucional. Si conforme al art. 1o. constitucional los deberes de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos se predicen respecto de “todas las autoridades”, el contenido que se dé a esta expresión determina el alcance y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales. Así, una concepción tradicional de la autoridad, vinculada a la noción de imperio, limita el tipo de actos sobre los que puede proyectarse la justicia constitucional; una noción amplia, en cambio, expande la oponibilidad de los derechos fundamentales.

En su mayoría, las jurisdicciones constitucionales han adoptado criterios amplios para la identificación del poder público, comprendiendo no solo al

poder que ejercen los órganos del Estado, sino también al que, en el ámbito de las relaciones privadas, posibilita que los particulares impongan a otros su voluntad y, consecuentemente, incidan en sus derechos fundamentales. De este modo, se han privilegiado criterios materiales atinentes a la naturaleza de los actos que emiten, por encima de criterios formales u orgánicos, reconociendo con ello los complejos fenómenos sociales, políticos y económicos por los que los particulares actúan en ciertas instancias en un plano similar al de las autoridades estatales. De esta manera, más que a las características del ente para determinar su carácter de autoridad, debe identificarse la existencia de “actos de autoridad”.

En México, el concepto de autoridad como sujeto pasivo de los derechos fundamentales se ha desarrollado en torno a la noción de “de autoridad para efectos del amparo”, la cual ha transitado por tres grandes etapas. La primera está marcada por el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de Marcolfo E. Flores (1919). El quejoso había solicitado el amparo en contra de los actos del mayor Canuto Ortega, quien pretendió privarlo ilegalmente de su libertad. El juez que conoció del asunto negó el amparo argumentando que el mayor era un particular (un “general” de la Revolución, no era titular de ningún órgano de autoridad ni un militar miembro del ejército mexicano). La Corte revocó la sentencia y concedió la protección federal estableciendo que el término “autoridades” para los efectos del amparo comprendía a aquellas que dispusieran de la fuerza pública en virtud de circunstancias legales o de hecho, y que por tal motivo se encontraran en posibilidad material de ejercer actos públicos. A pesar de que se trataba de un criterio vanguardista, cuya esencia radicaba en que las autoridades no solo eran las establecidas conforme a la ley, sino también las de hecho, su contenido se fue distorsionando, al interpretarse que el uso de la fuerza pública era indispensable para tener a una persona u órgano como autoridad para efectos del amparo, idea que imperó prácticamente todo el siglo XX (*SJF, Apéndice 1917-1985*, octava parte, p. 122). Incluso, este criterio se restringió aún más cuando la Corte estableció que solo los órganos centrales del Estado podían tener el carácter de autoridades, excluyendo así a los organismos descentralizados.

No fue sino hasta 1996 cuando se interrumpió el criterio que centraba el concepto de autoridad en la fuerza pública. La Corte señaló que la aplicación generalizada de ese criterio conducía a la indefensión de los gobernados, porque los diversos organismos del Estado, con independencia de la disposición directa que llegaran a tener de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal podían emitir actos unilaterales a través de los cuales creaban, modificaban o extinguían por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectaban la esfera legal de los gobernados. Así, se estableció que para determinar el carácter de autoridad debía atenderse a las particularidades del acto emitido, para lo cual el juzgador debía examinar si la norma legal facultaba o no al ente para tomar decisiones o resoluciones que pudieran afectar unilateralmente la esfera jurídica del interesado sin su consentimiento y sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y que estas fueran exigibles mediante el uso de la fuerza pública o de otras autoridades, abandonando también la

idea de que el acto debía emanar de un órgano central del Estado (*S7F*, tomo V, febrero 1997, p. 118).

La tercera etapa en la concepción de la autoridad como sujeto pasivo de los derechos fundamentales deriva de las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de 6 y 10 junio de 2011, respectivamente. Aunque a nivel constitucional no quedó definido el concepto de autoridades, ambas reformas tuvieron como objetivo poner a los derechos fundamentales en el centro del diseño constitucional, lo que sirvió como plataforma para la expedición de la Ley de Amparo de 2013, la cual establece un concepto amplio de autoridad responsable, definiéndola como aquella que “con independencia de su naturaleza formal, dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u, omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones”. Asimismo, considera como autoridades para efectos del amparo, a “los particulares [...] cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general” (art. 5o., frac. II).

Así, las notas distintivas del concepto de autoridad como sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales son: a) la existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) que la relación derive de la ley, dotando al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular; y d) que para emitir esos actos no requiera acudir a los órganos judiciales ni requiera la voluntad del afectado (*S7F*, tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1089).

Esta noción material y extensiva del concepto de autoridad tendiente a la protección horizontal de los derechos fundamentales se incorporó a la Constitución en febrero de 2014 con la reforma al art. 6o., en el que se reconoce expresamente a los particulares como sujetos pasivos del derecho a la información, al señalar que es pública “toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal”, lo que se traduce en la posibilidad que tiene el organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, de conocer de asuntos relacionados con el acceso a la información pública en posesión de particulares.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

AVERIGUACIÓN DE HECHOS QUE CONSTITUYAN UNA VIOLACIÓN GRAVE DE GARANTÍAS INDIVIDUALES

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez el procedimiento denominado “facultad de investigación de la Suprema Corte”, cuyas atribuciones permitían que el

máximo tribunal del país nombrara a algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designara uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera al Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras de la Unión, o el gobernador de algún estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley.

La facultad otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el segundo y el tercer párrafo del art. 97 permitía realizar una averiguación para determinar la existencia de una violación de garantías individuales y/o derechos humanos, así como de la violación al voto público, la cual consistía en un procedimiento indefinido; en virtud de no existir una técnica específica considerada en una norma reglamentaria, sin embargo, en virtud de la necesidad y del ejercicio reiterado de dicho procedimiento, hubo la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de las facultades que la propia Constitución le otorga en el precepto 94, emitiera por el Pleno un acuerdo que indicara el trámite necesario a seguir en cualquier investigación. Por ello, el acuerdo general 16/2007 integraba un trámite específico para su conocimiento.

Como parte de las necesidades de la averiguación, se integraba una comisión investigadora, cuyas funciones consistían en solicitar de autoridades o servidores públicos todo tipo de documentos e informes, que pudieran guardar relación con la investigación, con independencia de que fuera de naturaleza reservada o confidencial; asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales, que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran, o, en su caso, presentarse en las oficinas de las autoridades a quienes se relacionara con los hechos sujetos a la investigación, ya fuera de manera personal o por conducto del personal bajo su mando, para revisar la documentación que pudiera guardar vinculación con la investigación, previo acuerdo que motivara la pertinencia de la medida. Lo anterior otorgaba la garantía de que los comisionados actuarían en todo momento con estricto apego al marco constitucional y con pleno respeto a las garantías individuales y/o derechos humanos.

Las investigaciones debían desarrollarse con total imparcialidad, objetividad e independencia, y con pleno respeto a la autonomía de los tres niveles de gobierno. Lo anterior, como una formalidad de cualquier procedimiento, que no obstante su carácter extraordinario y procedimiento especial debía guardar las mismas formalidades esenciales que cualquier otro procedimiento.

Por lo anterior, la comisión investigadora y su personal de apoyo serían responsables del manejo de la información que pudiera utilizarse en la investigación, limitándose exclusivamente a los hechos consumados determinados por el pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación, en virtud de no ser un procedimiento *ex officio*, sino que otorgaba cierta discrecionalidad en su ejercicio; es decir, la Corte en última instancia decidía si la ejercía o no.

El aludido acuerdo general también indicaba que toda investigación tendría una duración de por lo menos seis meses, correspondiendo al Pleno de-

cidir si se ampliaba dicho plazo cuando la investigación así lo requiriera. Los resultados de la averiguación de hechos que constituían una violación grave culminaban con un dictamen de carácter no vinculante para los órganos que resultaran responsables, por lo que su naturaleza era meramente persuasiva o inductiva. De esta manera, la “averiguación de hechos que constituyen una violación grave a las garantías individuales” puede entenderse como aquel procedimiento a través del cual se ordena una investigación a la SCJN para determinar la existencia o no de una violación grave a los derechos humanos.

Los acuerdos o determinaciones de la Comisión debían tomarse por unanimidad o mayoría de votos de sus integrantes, sin perjuicio de que la ejecución de esos acuerdos o determinaciones pudiera realizarse de manera separada o conjunta por los comisionados, o bien bajo la coordinación de alguno de ellos. Concluida la investigación, la Comisión formulaba un informe preliminar, en el que se relacionaban los hechos y las constancias que obraran en el expediente, así como todos los demás elementos de convicción recabados, con objeto de que el ministro que formulara el dictamen lo considerara y el pleno determinara en forma definitiva si los hechos investigados constituían o no una violación grave de garantías individuales y/o derechos humanos.

En el informe no se podría calificar la legalidad de lo actuado en averiguaciones previas, juicios o procedimientos de cualquier índole que efectuaran otros órganos del Estado y que versaran sobre los hechos consumados, materia de la investigación, sin perjuicio de que si en el desarrollo de la misma la comisión investigadora advertía que en alguno de estos asuntos pudieran haberse cometido violaciones graves de garantías individuales, así lo señalarían en sus conclusiones, a fin de que el Pleno determinará lo conducente. De igual forma, no podría adjudicarse responsabilidades, sino únicamente identificar a las personas que hubieran participado en los hechos calificados como graves violaciones a las garantías individuales; a eso corresponde una averiguación.

Fabiola Martínez Ramírez

B



BALANCEAMIENTO

Se trata de una técnica de juicio que, en el examen de legitimidad constitucional, confronta dos principios constitucionales, o intereses, o valores, extrayendo de su ponderación el criterio de solución del caso. Esto tiende a valorar si, y cómo, un interés público está garantizado gracias al sacrificio de otros valores protegidos. La técnica de balanceamiento es ya común en la mayor parte de los sistemas constitucionales contemporáneos; pero, como otros conceptos que han pasado a ser técnica de control constitucional, ésta se orienta según diferentes esquemas. En Estados Unidos, por ejemplo, se distingue por un lado el llamado *definitional balancing*, que significa los cánones que orientan el resultado del balanceamiento y garantizan una mayor previsibilidad del juicio de legitimidad, y, por otro el *ad hoc balancing*, que prevé que la ponderación tenga en cuenta en cada ocasión el caso en concreto. El balanceamiento, como otros conceptos (razonabilidad), es portador, según el momento histórico, de diversas “ideas” del derecho y, en este caso en particular, de las ideas sobre los sistemas de tutela de los derechos individuales. Desde el punto de vista filosófico, por ejemplo, la importación de esta técnica de control sobre ordenamientos del *civil law* relativiza el mito de la codificación y aproxima el juicio de constitucionalidad a las modalidades de los juicios típicos de la *common law* (justicia constitucional, *judicial review*).

Sara Pennicino
(traducción de X. Lazo Fuentes)

BILL OF RIGHTS

Literalmente “proyecto de ley sobre derechos”, el Bill of Rights es la ley aprobada por el Parlamento inglés en 1689 tras la Revolución Gloriosa, que declaró el cese del rey Jacobo II Stuart y reconoció la sucesión en el trono de su hija María y del yerno Guillermo de Orange. Este estableció, además, que sin consenso del Parlamento el rey no podía suspender las leyes, mantener un ejército permanente dentro del reino en tiempo de paz o cobrar impuestos para la Corona. Además, garantizó elecciones libres del Parlamento, derecho de petición al rey y libertad de palabra de los parlamentarios. La expresión Bill of Rights se utiliza también para definir las primeras 10 enmiendas a la Constitución estadounidense de 1787 (Declaraciones de derechos).

Justin O. Frosini
(traducción de G. Folli)

BIOÉTICA Y BIODERECHO

La interacción entre la bioética y el bioderecho implica la existencia necesaria de enfoques interdisciplinarios para su estudio. La construcción conceptual de la palabra *bioética* ha pasado por un proceso de evolución respecto al significado. Este término no se conoció sino hasta 1971, cuando Van Rensselaer Potter publicó el libro *Bioethics: Bridge to the Future*. En la actualidad, la bioética se puede definir como el estudio sistemático de las dimensiones éticas y mo-

rales de las ciencias de la vida y atención a la salud, empleando una variedad de metodologías en un contexto transdisciplinar para el análisis de problemas concretos. Es importante establecer que cualquier definición estará sujeta a diversas interpretaciones, inclusive contrastantes, de acuerdo con el contexto cultural en el que se apliquen.

Es necesario señalar que el surgimiento de esta área dentro del derecho emerge en los años noventa. Su origen se encuentra en la doctrina jurídica francesa, derivada de la palabra *biodroit*, lo cual muestra que este término ha sido y es asociado mayormente con tradición jurídica de Europa continental. En la tradición anglosajona, bioderecho es comúnmente referido como derecho médico (*medical law*) o bien jurisprudencia médica (*medical jurisprudence*), particularmente en el Reino Unido, siendo su principal exponente la notable jurista y profesora Margaret Brazier. Susan Poland señala que el bioderecho puede ser definido como “la investigación y práctica, generalmente interdisciplinaria por su naturaleza, cuyo objetivo es la clarificación o solución de las cuestiones éticas planteadas por los avances y aplicaciones de las ciencias biomédicas y biológicas”. Resulta complejo acotar el campo de estudio del bioderecho, puesto que tanto como la bioética son áreas del conocimiento en desarrollo, puesto que su evolución también depende de los rápidos avances de la biotecnología, de la biomedicina, y en general de las ciencias biológicas, además de la construcción de un método y metodología propias.

Con el fin de proporcionar respuesta a muchas de las interrogantes y dilemas que han surgido debido al avance y cambios en la práctica médica e investigaciones biotecnológicas, un amplio número de organizaciones académicas, gubernamentales y no gubernamentales se han establecido en las últimas tres décadas. Destacan los centros de investigación, comisiones públicas establecidas por los gobiernos nacionales y organizaciones internacionales, que tienen como fin promover la reflexión bioética y en su caso la creación de instrumentos normativos para la regulación de la práctica médica, investigación biotecnológica y aplicaciones biomédicas.

En nuestro país comienza una intensa preocupación por la discusión en los temas de bioética en la salud y el derecho. Es así como en 2005 se crea por decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de septiembre del año mencionado, la Comisión Nacional de Bioética (con bioética), la cual tiene por objeto promover el estudio y observancia de los valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención médica como de la investigación en la salud.

En la actualidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México comienza a cobrar un papel fundamental en la consolidación de la secularización de las discusiones bioéticas, así como de atención a la salud, libertad sexual y reproductiva. La consolidación del diálogo entre bioética y bioderecho se inicia con la aparición de las nuevas biotecnologías aplicadas a la medicina, cambios sociales y culturales en materia de sexualidad y salud reproductiva, así como la exposición de estos casos ante los tribunales generan diálogos transdisciplinarios. En este sentido, diversos aspectos de reflexión bioética se ponen en movimiento y encuentran definición algunas veces dentro del ámbito judicial y no en el legislativo. Este es el escenario que vivimos

actualmente, ya que, con mayor frecuencia, complejos y trascendentes dilemas bioéticos han requerido y requieren ser resueltos a través de juicios, que marquen opiniones claras y precisas sobre los temas controvertidos.

Las posturas de algunos de los ministros de la SCJN en cuestiones como la declaración de constitucionalidad de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana de gestación en el Distrito Federal (DF), cuestiones sobre discriminación de militares infectados con VIH, la constitucionalidad del matrimonio y adopción por personas del mismo sexo y la introducción de la píldora de emergencia en los servicios de salud pública, han contribuido en gran medida a la determinación de una política pública de salud, de nuevas reflexiones bioéticas y mayor interés en la interacción del bioderecho con esta última. La SCJN y cortes latinoamericanas enfocadas a la protección de los derechos humanos seguirán cobrando un papel trascendental en estas discusiones, en el corto y largo plazo, puesto que estará en condiciones de validar el contexto actual, mediante los procedimientos adoptados previo a la toma de decisiones sobre dilemas de bioética y bioderecho, mismos que ponen de manifiesto las fallas o vicios en la creación de normas dentro del Poder Legislativo, puesto que la elaboración de las mismas en los últimos años se ha apegado a convicciones y creencias religiosas. Las convicciones religiosas o laicas sobre los avances científicos y biotecnológicos, así como sobre el actuar de los profesionales de la salud, juegan un papel básico en torno a las concepciones bioéticas de un determinado lugar. Es así como encontramos el aporte de las disciplinas de otras áreas de las ciencias sociales, como la antropología y la sociología, que también juegan un papel trascendental en el desarrollo de la bioética y el bioderecho, debido a que desde su criterio sus principios y métodos proporcionan importantes elementos para la determinación del análisis y los argumentos bioéticos y la reglamentación jurídica de las conductas y situaciones que emergen del desarrollo de la biomedicina.

El bioderecho se ha apoyado en los conceptos básicos establecidos por las reflexiones bioéticas para la creación de marcos jurídicos concretos en diversas áreas de la biomedicina y biotecnología. Las legislaturas y los juzgadores se han fundamentado en reflexiones bioéticas para precisar cuestiones tales como el inicio de la vida, la formalidad del consentimiento y la definición de la muerte, por ejemplo. Se afirma que la bioética y el bioderecho son disciplinas que reflejan la influencia de diversos factores culturales, económicos, religiosos, seculares y sociales, que representan en cierta medida el marco de acción de los profesionales de la medicina e investigadores en cualquier disciplina de un lugar determinado, que en algunos países puede ser reglamentado para convertirse en una norma legal, ya sea a través de códigos de conducta profesional médica o de disposiciones normativas, que regulan tanto los procedimientos de investigación como los quirúrgicos, así como la práctica de la medicina, el desarrollo y aplicación de las emergentes biotecnologías.

María de Jesús Medina Arellano

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD

Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el de bloque de constitucionalidad, el cual designa y engloba distintas realidades según el país de que se trate. Pero en todos los casos la nota común es que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de ese país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.

El concepto fue creado en 1970 en Francia (Emery, Claude, comentario a la decisión del Consejo Constitucional referida a la reforma del Reglamento de la Asamblea Nacional, *Revue de Droit Public*), donde la doctrina lo utilizó para explicar las decisiones del Consejo Constitucional en las que éste hacía uso de la remisión que formula la Constitución vigente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Vedel, Georges, “La Place de la Déclaration de 1789 dans le Bloc de Constitutionnalité”); al preámbulo de la Constitución de 1946; a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y a los “objetivos de valor constitucional” (Favoreu, Louis, “Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en la obra colectiva *Mélanges Eisenman I*). En ese país, todas las normas que lo integran son de derecho interno y gozan de la misma jerarquía; es decir, que no existen gradaciones intrajerárquicas en su seno.

En España se utiliza la expresión “bloque de constitucionalidad” para referirse a normas que están fuera de la Constitución, pero que sirven, al igual que ésta, para diseñar el reparto de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas (Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”). El bloque español se compone, básicamente, por los estatutos de autonomía sancionados por dichas comunidades, las cuales, de ese modo, participan del dictado de la Constitución nacional, con posterioridad a la sanción de ésta (puede verse nuestro trabajo “El ejercicio incompleto del Poder Constituyente y el bloque de constitucionalidad en España”). No obstante, la lista de normas que lo integran no está cerrada ni tiene contornos claros, sino que las distintas normas ingresan o salen del bloque según la función que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma. También se consideran integrantes de él ciertas leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias (puede verse la reseña de las decisiones del Tribunal Constitucional que fueron perfilando el bloque español en nuestro libro *El bloque de constitucionalidad*).

En Panamá, la doctrina del bloque fue recogida por la Corte Suprema en 1990 (*Gaceta Oficial* no. 21.726 del 8-2-91). La doctrina la define como “el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte... ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos sujetos al control judicial de esta institución” (Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*), y está integrado por: (i) la Constitución formal, (ii) la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional; (iii) la costumbre constitucional; (iv) el reglamento de la Asamblea Legislativa; (v) el Estatuto de Retorno Inme-

diato a la Plenitud del Orden Constitucional (dictada luego de la intervención norteamericana de octubre de 1989).

En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia n° 225, del 18 de mayo de 1995), en una decisión de 1995, aplicó normas de derecho internacional humanitario, al cual consideró parte del derecho internacional de los derechos humanos. Para hacerlo, analizó el juego de los arts. 4 y 93 de la Constitución (por el primero, ella es suprema, y por el segundo, los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción), y sostuvo que la referida prevalencia puede ser válida desde la perspectiva del derecho internacional, pero desde la óptica del derecho constitucional, esta interpretación debe ser matizada mediante la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad, porque “permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los arts. 4 y 93 de nuestra Carta”.

En Argentina, el art. 75, inciso 22, de la Constitución, incorporado en 1994, enumera once (ese número ha sido ampliado a trece, en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003) instrumentos internacionales de derechos humanos, y establece que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”. Esos instrumentos internacionales están en pie de igualdad con la Constitución (Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*), pero no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El bloque argentino, en su conjunto, y sin diferencias jerárquicas dentro de él, es el parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad de las demás normas, tal como ha reconocido la Corte Suprema (*Fallos* 318:514; 319:3241; 319:3148, etcétera.).

La Constitución de Bolivia, reformada en 2009, fue la primera que incluyó la voz bajo estudio en su texto (art. 410): “II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana (Resolución No. 1920-2003 del 13-11-03) sostuvo en 2003, “...que la República Dominicana, tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional... y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las

opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria... toda normativa sobre derechos humanos contenida en las declaraciones, pactos, convenios y tratados internacionales, es de aplicación directa e inmediata; que por lo tanto, reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se impone su aplicación...”.

A modo de síntesis comparativa, diremos:

(i) Las normas que se incorporan a cada uno de los bloques difiere de país en país: en Francia, España y Panamá solo ingresan al bloque normas de derecho interno; mientras que en Argentina, Colombia, Bolivia y Dominicana ingresan a él ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos.

(ii) El objetivo de la conformación del bloque en Francia, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana es el de completar el sistema de derechos, mientras que en España apunta al sistema de repartición de competencias estatales, y en Panamá se refiere el sistema constitucional en su totalidad.

(iii) Salvo en el caso español, en los demás todas las normas que integran el bloque ostentan la misma jerarquía normativa.

(iv) En el caso de Argentina, Colombia, Bolivia y República Dominicana, se puede hablar también de bloque de convencionalidad, dado que se integran a él algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, que deberán ser aplicados por los jueces en forma directa e inmediata y en armonía con la Constitución nacional, en ejercicio de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado el “control de convencionalidad” (podemos distinguir una línea jurisprudencial de ese tribunal que arranca con el caso *Almonacid Arellano* del 26-9-2006).

Pablo Luis Manili

BOLETA ELECTORAL

Para precisar el concepto debe responderse a las siguientes interrogantes: ¿qué es?, ¿para qué sirve?, ¿cómo y cuándo se utiliza?, ¿quién la emplea?, ¿cuáles son las características de la boleta electoral y sus medidas de seguridad?

De inicio, por boleta electoral podemos entender al elemento físico o instrumento, generalmente de papel (aunque pudiera ser de otro material, como cartulina, cartón etc.), que sirve para consignar en él la voluntad ciudadana, y con el cual se ejerce el derecho al voto. También existe en algunos países la boleta electrónica.

Atendiendo a las características comunes de la boleta electoral, en distintas legislaciones de Latinoamérica es el documento oficial (ya sea avalado por una autoridad administrativa y/o por los partidos políticos contendientes) a través del cual un ciudadano ejerce el derecho de votar en una elección popular, el cual adquiere la calidad de voto después de haber sido depositado en la urna, y de documental, en la que queda de manifiesto la voluntad del elector

respecto de una elección popular; es la prueba fehaciente de la existencia de un voto susceptible de ser escrutado para una elección y en su caso recontado por quien cuenta con facultades para ello.

La boleta electoral es el medio idóneo para hacer realidad la participación democrática de los ciudadanos en la intervención activa de lo público. Así, la boleta electoral, en cuanto contiene la expresión de la decisión del elector, equivale al voto mismo. Así, la boleta electoral se diferencia del voto en tanto ésta aún no ha sido depositada en la urna, y puede incluso llegar a ser inutilizada; mientras que el voto es aquel emitido por el ciudadano en la boleta depositada en la urna electoral, pudiendo calificarse de voto válido o nulo.

Toda boleta electoral pasa por un proceso de diseño, aprobación, impresión y distribución. En el Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina, Ana Catarina Clemente hace referencia a legislaciones adelantadas en países como Chile, El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela, que contienen reglas detalladas para las boletas electorales, y aclaran expresamente a quién le corresponden las competencias de aprobación, impresión y distribución. Con relación a la impresión del modelo de boleta, hay legislaciones restrictivas en cuanto a las medidas de seguridad en la producción del papel (marca de agua, fibrillas visibles y ocultas) y en la impresión (microimpresiones sellos de agua, caracteres invertidos e imagen latente).

En el caso de México, las boletas electorales se mandan a imprimir en papel seguridad con fibras y marcas de agua, y deberán contener medidas de seguridad, que son aprobadas por la autoridad electoral administrativa, mismas que no se dan a conocer hasta que se efectúen los mecanismos de verificación, a efecto de evitar que sean falsificadas como son: marca de agua bitonal (al mirar la boleta a contraluz natural se observa la marca de agua en el papel con el logotipo de la autoridad electoral (Instituto Federal Electoral) en dos tonos, repetida por lo menos tres veces) y fibras ópticas visibles al observar la superficie del papel de la boleta, iluminada con luz natural, se capta a simple vista que existen pequeños filamentos de color café y púrpura, incorporados en la producción del papel. Proceso tras proceso, las medidas de seguridad se van adecuando a las necesidades, tecnología y presupuesto.

Para poder ser legalmente utilizada el día de la jornada electoral (para los residentes en el país) o el día en que emitan su voto por correo (para los residentes en el extranjero la boleta electoral contendrá la leyenda “mexicano residente en el extranjero”), es necesario que las boletas contengan: cargo para el que se postula, emblema a color de cada uno de los partidos políticos nacionales que participan con candidatos propios, o en coalición, en la elección de que se trate, estarán adheridas a un talón con folio con número progresivo, del cual serán desprendibles (la información que contendrá este talón será la relativa a la entidad federativa, distrito electoral y elección que corresponda), apellido paterno, apellido materno y nombre completo del candidato o candidatos. En el caso de diputados por mayoría relativa y representación proporcional, un solo espacio por cada partido político para comprender la fórmula de candidatos y la lista regional; en el caso de la elección de senadores por mayoría relativa y representación proporcional, un solo espacio para comprender la lista de las dos fórmulas de propietarios y suplentes postuladas

por cada partido político y la lista nacional; en el caso de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, un solo espacio para cada partido y candidato; las firmas impresas del presidente del Consejo General y del secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, y espacio para candidatos o fórmulas no registradas y no presenten tachones, enmendaduras y rasgaduras.

La actual Red especializada de Conocimientos Electorales, *ACE*, en la que colaboran nueve organizaciones: IDEA, EISA, Elecciones Canadá, el Instituto Federal Electoral (IFE), IFES, UNDESA, PNUD y la División de Asistencia Electoral de Naciones Unidas (UNEAD por sus siglas en inglés) ha referido en un análisis de 102 países y provincias con respecto a la papeleta utilizada en las elecciones presidenciales, que la misma comprende una variada gama de posibilidades, como las siguientes: a) papeleta única (todos los partidos están listados en la misma papeleta); b) papeleta múltiple (cada partido dispone de su propia papeleta, los electores escogen una y la depositan en un sobre); c) papeletas en blanco (el elector debe escribir el nombre del partido o candidato de su preferencia); d) voto categórico (solo se permite marcar un partido o candidato); e) posibilidad de votar por candidatos dentro de los partidos (voto preferencial). Se utiliza el mismo tipo de papeleta en todo el país; f) se utiliza el mismo tipo de papeleta en todo el; g) se utilizan diferentes tipos de papeleta en cada distrito o circunscripción electoral, los símbolos de partido aparecen en color; h) los símbolos de partido aparecen en blanco y negro; i) foto a color de los candidatos j) foto en blanco y negro de los candidatos; k) ni fotos ni logos, solo el nombre de los partidos o candidatos; l) organizados; m) listado aleatorio o sorteado; n) papeletas firmadas o autenticadas por un oficial de la mesa de votación; o) bilingües; p) multilingües.

Hay países que han avanzado hacia la validación y puesta en marcha de la boleta electrónica, lo cual facilita la emisión del tiempo y el conteo y entrega de resultados, pero hay diversos modos de emitir el voto, ya sea marcando manualmente la papeleta, mediante una máquina mecánica de votación, mediante tarjeta perforada, mediante una máquina electrónica de votación, incluso por teléfono o por Internet.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

C



CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, caducidad es la “extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquéllas”.

Por lo que hace al término “instancia”, éste se refiere principalmente a dos cuestiones: *a)* al órgano jurisdiccional que conoce y ante el que se sustancia una causa, atendiendo a su jerarquía; así, órgano de primera y órgano de segunda instancia, y *b)* a la iniciación de un procedimiento para dirimir y determinar lo conducente respecto a la pretensión de la parte que incoa dicho procedimiento; así, la demanda interpuesta ante un órgano jurisdiccional iniciará una instancia.

La *caducidad o perención de la instancia* es una forma anormal de terminación del proceso que sobreviene por la falta de actividad procesal de las partes dentro del procedimiento, en un lapso de tiempo determinado legalmente.

No existe acuerdo doctrinal respecto a si la caducidad de la instancia es un desistimiento tácito de la acción; si es formalmente una *sanción* a la inactividad procesal de las partes o si es una *presunción legal* de falta de interés en la continuación de la causa. La diferencia entre la segunda y la tercera acepciones no es sólo terminológica, sino que implica cuestiones diversas: si se afirma que se trata de una sanción legal, bastaría, en principio, con la declaración del órgano jurisdiccional que decreta la extinción de la instancia, o bien que opere de pleno derecho, sin la necesidad de notificar o citar a las partes antes de decretarla; asimismo, si se le otorga una naturaleza sancionatoria, su aplicación e interpretación necesariamente deberán ser restrictivas y mesuradas. En el segundo caso se trataría de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y por lo tanto podría ser desvirtuada por las partes, y respecto a la cual tendría que materializarse la garantía de audiencia.

También es necesario determinar si la inactividad de las partes, que conllevaría a la caducidad de la instancia, se refiere a un simple no-hacer, es decir, no efectuar ningún acto procesal dentro del procedimiento en cuestión, o bien a que no obstante que las partes actúen o promuevan dentro del proceso, ninguna de dichas actuaciones sea propiamente de impulso procesal, es decir, que insten al órgano jurisdiccional para arribar a una sentencia que dé por terminada la instancia, como pueden ser, por ejemplo, el señalamiento de nuevo domicilio para oír o recibir notificaciones, el nombramiento de un nuevo representante legal o abogado, entre otras. Al respecto, si bien los sistemas jurídicos latinoamericanos, de manera expresa o mediante jurisprudencia, se decantan por que dicha actividad procesal sea de impulso o activación del proceso, Mariano Azuela Güitrón, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, señala que si la ley no contempla esa exigencia, cualquier promoción o acto procesal interrumpiría el término de la caducidad.

Los requisitos para que opere la caducidad de la instancia son:

- a)* Existencia de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional.
- b)* *Inactividad procesal*, que se traduce en la falta absoluta de actos procesales o promociones de las partes dentro del procedimiento que tengan la finalidad

de excitar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie respecto al fondo del asunto a través de la sentencia. Al respecto, se requiere precisar que la inactividad debe provenir de la parte sobre la que recae precisamente esa carga procesal de incitar la actividad del órgano jurisdiccional, o bien de ambas partes, y ello en atención al principio dispositivo, de acuerdo con el cual, corresponde a las partes tanto la iniciación del proceso como el impulso del mismo hasta la etapa previa al dictado de la sentencia.

c) *Transcurso del tiempo* señalado legalmente para que opere la caducidad, mismo que debe contabilizarse desde la fecha de la última promoción o acto procesal, el cual, se entiende, tendría que cumplir con la característica exigida —para interrumpir el término de la caducidad— de impulsar o activar el proceso.

d) Que el órgano jurisdiccional se pronuncie, a petición de parte u oficiosamente, decretando la perención de la instancia (Argentina, Colombia). En otros casos (como el de México), la caducidad opera de pleno derecho, esto es, por el solo transcurso del tiempo y sin pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional que la decreta.

Se sostiene que la *justificación* o *fundamento* de la figura procesal en comento es evitar la acumulación o atiborramiento en los órganos jurisdiccionales de causas o procedimientos en los que ya no existe interés de las partes en su resolución; evitar la prolongación indefinida de los procesos, en pos de la seguridad jurídica, y que los órganos jurisdiccionales puedan avocarse al estudio de las nuevas causas o de aquellas en las que el interés de las partes por arribar a una sentencia es manifiesto. Por estas circunstancias se considera una institución de orden público, por lo que no admite renuncia o transacción entre las partes.

En relación con sus efectos:

a) La perención o caducidad en primera o única instancia tiene como consecuencia principal poner fin al proceso sin extinguir la acción o derecho respecto del cual se haya incoado el procedimiento, por lo que, en un principio, podrán las partes iniciar una nueva instancia con idéntica pretensión. No obstante, en algunos casos, como el de Colombia y Venezuela, la caducidad impide que el demandante inicie un nuevo proceso en los siguientes dos años, o nueve meses, respectivamente, contados a partir de que se notifique el auto que la decreta. Si en el segundo proceso entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión es decretada la perención, el efecto es la extinción del derecho pretendido (Colombia).

Asimismo, la caducidad en primera instancia implica que la demanda que la inicia se tendrá por no puesta, por lo que los efectos de la misma se retrotraerán, dejando las cosas en el estado en el que se encontraban hasta antes de su presentación, por lo que deja sin efecto, por ejemplo, la interrupción de la prescripción.

b) Por su parte, en tratándose de la caducidad en segunda o ulterior instancia, el efecto es el de dar fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida, es decir, aquella recaída en primera instancia y sobre la cual se interpuso la inconformidad o revisión en segunda instancia.

c) La determinación de caducidad de los incidentes no afecta el proceso principal, pero la caducidad de este último hace caducar aquéllos, y sólo en

tratándose de incidentes de previo y especial pronunciamiento, es decir, los que suspenden la tramitación del proceso hasta en tanto se resuelvan, sí producen la caducidad del principal.

Finalmente, cabe señalar que la caducidad o perención de la instancia es y será una figura controvertida, pues se afirma por algunos (entre ellos el ex ministro mexicano Mariano Azuela) que vulnera el derecho de los gobernados a que se les administre justicia, y a que ésta sea pronta, puesto que si se llega al extremo de la caducidad, que sobreviene luego de la inactividad procesal por más de 365 días (como señala el Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano), por más de seis meses en primera instancia (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina; Código de Procedimiento Civil colombiano), o por más de dos años en segunda instancia (Ley de Enjuiciamiento Civil española), ello significa, *a fortiori*, una dilación del órgano jurisdiccional en resolver los asuntos sometidos a su consideración, lo que implicaría la vulneración de dicho principio.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

CADUCIDAD DEL PROCESO

La caducidad o perención del proceso es una forma anormal de extinción o fenecimiento del proceso por actualizarse alguna de las hipótesis señaladas legalmente, entre las que se encuentran: la transacción, conciliación o convencción; el desistimiento o renuncia; el allanamiento, y la caducidad de la instancia. Así, sobrevendrá la caducidad del proceso cuando las partes arriben a un acuerdo o efectúen un *convenio* o *transacción* que extinga la materia del litigio; cuando se cumpla voluntariamente lo reclamado por alguna de las partes, con acuerdo o avenencia de la contraparte (*allanamiento*), o bien cuando el actor se desista de su pretensión antes de que la contraria haya sido emplazada a juicio (México, España), o en cualquier momento antes del dictado de la sentencia, ello con la conformidad del demandado, o incluso sin dicha avenencia (Argentina, Colombia, Venezuela) (*renuncia* o *desistimiento*).

Si bien el término “caducidad de proceso” es el que utiliza la legislación procesal mexicana para referirse a estos medios extraordinarios (en contraposición a la sentencia, que es la forma normal u ordinaria) de terminación del proceso, en Suramérica se los agrupa bajo el rubro “formas (o modos) anormales de terminación del proceso”, que parece a todas luces más adecuado en virtud de que el vocablo *caducidad* ha adquirido una connotación extintiva, relacionada con la inactividad procesal de las partes, que no se presenta en el allanamiento, la transacción y el desistimiento, los cuales implican, necesariamente, actividad procesal (allanarse, transigir, desistirse), y que de igual forma tienen como consecuencia el fenecimiento del proceso. Es por ello que estimo conveniente la sinonimia entre caducidad o perención del proceso y caducidad o perención de la instancia que se observa, por ejemplo, en la legislación procesal colombiana.

Por su parte, la expresión “formas anormales de terminación del proceso” se identifica, por lo general, con la *inexistencia* o *ausencia de sentencia* que dé por concluido el proceso, lo que no es del todo exacto, puesto que el allana-

miento, por ejemplo, tiene como uno de sus efectos que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria, por haberse allanado el demandado a las pretensiones del demandante; no obstante ello, se le considera como una forma anormal o extraordinaria de terminación del proceso debido a que la sentencia sobreviene antes de que se hayan agotado las fases procedimentales necesarias —en el transcurso normal de un proceso— para arribar a la misma.

La perención del proceso, cualquiera que sea la causa que la motive —excepción hecha de la caducidad de la instancia, que puede operar de pleno derecho— deberá ser decretada, a petición de parte o de oficio, por el órgano jurisdiccional ante el que se sustancia el procedimiento.

Por lo que respecta a sus *efectos*:

a) La *renuncia* o *desistimiento* extingue el proceso (en caso de “desistimiento del proceso” propiamente dicho) o el derecho respecto del cual dio inicio la causa (en caso de “desistimiento del derecho”). En la primera hipótesis podrá iniciarse un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto, puesto que el derecho que suscitó la instancia en la que se produce el desistimiento queda a salvo, aun cuando legalmente se exija el transcurso de cierto tiempo antes de que el demandante pueda accionarlo de nuevo. Por el contrario, en el caso de la segunda hipótesis no podría incoarse un nuevo proceso, por considerarse extinguido el derecho en el que se fundó la instancia que se desiste. También se le ha reconocido expresamente el efecto de anular todos los actos procesales verificados luego de la presentación de la demanda, así como sus consecuencias.

En los procedimientos constitucionales, por su parte, el desistimiento en tratándose de controversias constitucionales será improcedente cuando la demanda se haya presentado en contra de normas generales.

b) En relación con la *transacción*, el *convenio* o la *conciliación*, el acuerdo en el que conste deberá ser homologado por el órgano jurisdiccional, caso en el que se le equiparará a una sentencia, pondrá fin al proceso y adquirirá entre las partes calidad de cosa juzgada.

c) El *allanamiento* del demandado a las pretensiones del demandante, ya sea total o parcial (esto es, si comprende todas o sólo algunas de las pretensiones), podrá efectuarse en cualquier estado de la causa, hasta antes del dictado de la sentencia. En tratándose del allanamiento total, el juez dictará sentencia conforme a derecho, la cual tendrá como consecuencia la extinción del proceso; en tanto que en el parcial, deberá disponerse la continuación del proceso sólo en relación con las pretensiones no contempladas en el mismo.

d) Por lo que hace a la caducidad de la instancia, la tendencia actual se orienta hacia su eliminación en los juicios o procedimientos constitucionales. Así, por ejemplo, en la nueva Ley de Amparo mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se suprimió esta figura procesal como una de las causales de terminación anormal del juicio de amparo, que es, por antonomasia, el mejor y más bello “mecanismo de protección... para salvaguardar los derechos fundamentales” (véase amparo).

CALIFICACIÓN DE LAS ELECCIONES

La *calificación*, desde el punto de vista estrictamente gramatical, se refiere a la acción y efecto de apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa.

De acuerdo con la tradición francesa, se ha denominado a la calificación de las elecciones también como *verificación de poderes* o *certificación de actas*, lo que consiste en la facultad de resolver sobre la legalidad y validez de cada una de las etapas de una elección, así como de sus resultados. Como es posible deducir, la calificación de las elecciones presupone la existencia de un régimen político construido sobre el postulado democrático, lo cual, a su vez, implica que la renovación periódica de los integrantes de los poderes públicos será a través de elecciones libres, periódicas y auténticas, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo o indirecto.

Por tanto, la calificación de las elecciones constituye el acto jurídico a través del cual la autoridad determina si en las etapas de una contienda electoral se respetaron los principios constitucionales y legales que deben imperar en una elección democrática o si, por el contrario, se cometieron irregularidades que afectaron los bienes jurídicos y valores que las rigen, mismas que en caso de resultar determinantes afectan su validez.

Cualquier elección dentro de un Estado constitucional de derecho debe efectuarse siguiendo diferentes principios y reglas. Pronunciarse en torno a ellos implica analizar y declarar si los actos que en su conjunto rodearon a la elección y sus resultados, se ajustaron a aquéllos. Dentro de los requisitos más comunes que deben respetarse se encuentran: los de elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal y secreto; la equidad en la contienda, entre otros.

Tales directrices son el mínimo de condiciones que deben imperar en una elección que tiende a cumplir con el principio fundamental de que los poderes públicos se renueven a través del sufragio universal y libre, en donde la legitimidad de los que integran los poderes públicos derive de la propia voluntad ciudadana expresada en las urnas. Una contienda sin estas condiciones genera que se pongan en duda la credibilidad y la legitimidad de los comicios, de suerte que los resultados alcanzados no puedan considerarse aptos para renovar los cargos de elección popular.

Tales condiciones de validez se desprenden de los arts. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XX y XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando esencialmente coinciden en señalar que los ciudadanos deben gozar de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal y secreto, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, especialmente en los cuerpos legislativos.

La *calificación de las elecciones* tiene que ver, precisamente, con la facultad de constatar que tales procedimientos se ajustan a las condiciones y requisitos

para los cuales fueron creados según las convicciones que nutren a un régimen democrático, como son, entre otras, que las elecciones sean libres y competitivas, así como que la representación política se configura a partir de que los electos pueden ocupar esos cargos, así como que cuentan, efectiva, válida y legítimamente, con el respaldo mayoritario en una contienda electoral equitativa. Esto es, en donde las distintas opciones políticas tienen, sin simulaciones, una verdadera posibilidad de acceder al poder público.

I. SISTEMAS DE CALIFICACIÓN DE LAS ELECCIONES. Pueden distinguirse sistemas de autocalificación, heterocalificación, mixto y jurisdiccional.

La autocalificación se confiere esencialmente a los colegios electorales de los órganos legislativos para calificar la elección de sus integrantes con plena autonomía de los otros poderes públicos, pues se construye sobre los principios de autonomía y separación de poderes, siendo su nota esencial que se trata de un proceso político y no jurídico.

Con relación a la heterocalificación, dicha facultad se deposita en un órgano ajeno al poder público correspondiente, que puede ser un órgano de carácter administrativo-electoral o un tribunal.

Respecto al sistema mixto, combina el ejercicio consecutivo de esa función, ya que la resolución de un tribunal sobre la calificación de una elección podría ser modificada posteriormente por el respectivo órgano legislativo, con lo cual se advierte el predominio del órgano político sobre la decisión jurisdiccional.

Por su parte, el sistema jurisdiccional se construye sobre la supremacía de los principios de constitucionalidad y legalidad, de suerte que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales pueden ser impugnados, incluyendo, desde luego, los relativos a la *calificación de las elecciones*.

Otro modo de clasificar los sistemas de calificación de las elecciones, que tiene evidentes puntos de contacto con la anteriormente explicada, identifica la de carácter no contencioso. Es decir, que puede ejercerse de oficio por la autoridad competente sin que medie juicio o recurso alguno, y la de carácter contencioso, que implica la existencia de una resolución que recae ante la presentación de un medio de impugnación por presuntas irregularidades en la elección respectiva.

La calificación contenciosa puede, a su vez, dividirse en contenciosa política y contenciosa jurisdiccional.

Contenciosa política, de manera similar a la autocalificación, se edifica a partir del principio de “división de poderes”, manteniendo la independencia y autonomía de cada poder público frente a los otros. Busca evitar que el Judicial, a quien le corresponde resolver los litigios que se le planteen con exclusiva sujeción a la técnica jurídica, se contamine de las luchas político-partidistas. Por consiguiente, en esta modalidad cada poder público conoce de la elección de sus miembros.

La de carácter contencioso jurisdiccional se construye sobre la base de que la acción de juzgar, en este caso, sobre la calificación de las elecciones materialmente tiene una naturaleza jurisdiccional que necesariamente debe corresponder a un órgano de ese tipo. Ello porque, al evitar que el poder respectivo se convierta en juez y parte, es posible garantizar la autenticidad y regularidad de las elecciones y sus resultados. También evita que la mayoría

predeterminada resuelva la calificación de las elecciones, obedeciendo a intereses político-partidistas, subyugando consideraciones de tipo jurídico.

La calificación contenciosa jurisdiccional es factible diferenciarla según el tipo de tribunal en que se deposita, a saber: la jurisdicción ordinaria; la jurisdicción especializada; la jurisdicción constitucional; o una mixta de las anteriores. En este ámbito es posible diferenciar, a su vez, si la materia electoral es atribuida a órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial o a tribunales autónomos, pues este último diseño institucional pretende salvaguardar al Poder Judicial de las presiones partidistas.

II. BREVE PANORAMA DE LOS SISTEMAS DE CALIFICACIÓN EN AMÉRICA, EUROPA Y OCEANÍA. Una revisión comparada permite advertir el siguiente panorama:

Alemania encarga esa función en la *Bundestag* (Cámara del Parlamento). España la deposita en las juntas electorales. Francia encomienda esa función a su Consejo Constitucional. Italia hace recaer esa facultad en las respectivas cámaras legislativas. Reino Unido la deposita en una comisión cuyos miembros son designados por la reina.

Argentina encomienda la calificación de la elección del Ejecutivo en una Junta Nacional Electoral, mientras que lo relativo a las elecciones de legisladores corresponde a las cámaras legislativas federales. Brasil y Ecuador tienen un sistema de calificación inicialmente depositado en la autoridad que organiza las elecciones, cuya decisión puede ser revisada por un tribunal en la materia. Chile y Uruguay depositan la facultad de calificar las elecciones directamente en un órgano jurisdiccional. Colombia y Venezuela la hacen recaer en un órgano cuya naturaleza no es esencialmente jurisdiccional. Costa Rica encomienda la organización y calificación de sus elecciones al Tribunal Supremo de Elecciones. Estados Unidos presenta un sistema mixto de calificación político-jurisdiccional de las elecciones federales para la integración de las cámaras de Representantes y de Senadores, así como para los cargos de presidente y vicepresidente. Cada una de las cámaras (de Representantes y de Senadores) será el juez de las elecciones, designaciones y calificaciones de sus miembros.

Un caso extraordinario es Australia, cuyo Poder Ejecutivo es encabezado por el Reino Unido, quien designa a un gobernador general para que la represente en las tareas de gobierno, mientras que las elecciones son supervisadas por un órgano de carácter administrativo.

Finalmente, México presenta un sistema de calificación que puede ser calificado *sui generis* respecto de su elección presidencial. Ésta se deposita directamente en la máxima autoridad jurisdiccional electoral del país, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho Tribunal primero resuelve las impugnaciones enderezadas contra la referida elección que es organizada por el Instituto Federal Electoral. Posteriormente, ese órgano judicial realiza el cómputo final de la elección. A continuación, y en su caso, emite la declaración de validez de la elección (si se cumplen las formalidades del proceso comicial), y de ser procedente, y para terminar, emite la declaración de presidente electo (una vez analizado si el candidato que obtuvo el mayor número de votos es elegible).

María del Carmen Alanís Figueroa

CÁMARA DE DIPUTADOS

Órgano político colegiado integrante del Poder Legislativo, el cual tiene como función principal iniciar, discutir y aprobar las normas jurídicas de aplicación general, impersonal y abstracta.

En México, la Constitución federal (artículo 50) dispone que el Poder Legislativo se depositará en el Congreso de la Unión, el cual será de organización bicameral: Cámara de Senadores y Cámara de Diputados. El sistema bicameral vigente en México fue inspirado del establecido en Estados Unidos de América, que a su vez tuvo inspiración del Parlamento inglés, donde existía la Cámara de los Comunes, representante de la burguesía, y la Cámara de los Lores, que representaba a la nobleza y a los grandes propietarios. De manera distinta, en Estados Unidos de América el Poder Legislativo se dividió en la Cámara de Representantes, como ente representante de la población, y el Senado, que se estableció como representante de las entidades federativas.

En nuestro país, la Constitución Política Federal de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 (en las Siete Leyes y en las Bases Orgánicas, el Senado no estuvo integrado por representante de las entidades federativas, sino de miembros provenientes o designados por la Cámara de Diputados, por designación del presidente de la República y de la Suprema Corte de Justicia, así como de integrantes que hubieran sobresalido en el campo civil, castrense o eclesiástico, entre otros), y el Acta de Reformas de 1847 (que reinstauró la Constitución de 1824 con algunas modificaciones) establecieron un sistema bicameral; sin embargo, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo únicamente integrado por la Cámara de Diputados.

Conforme a los sistemas políticos y las disposiciones constitucionales vigentes, cada Estado elige la forma de integración de la Cámara de Diputados (en la mayoría de los casos son electos vía sufragio directo, universal, secreto y bajo los sistemas de mayoría relativa, representación proporcional o mixto), su organización y funcionamiento interno. Actualmente en México, la Cámara de Diputados está integrada por 500 diputados que son elegidos cada tres años por un sistema mixto; 300 diputados son electos conforme al principio de votación mayoritaria relativa, correspondiente a los 300 distritos electorales uninominales en que se divide el territorio nacional, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional. Los requisitos de elegibilidad son: edad mínima de 21 años; ser ciudadano mexicano por nacimiento y originario de la entidad en que se haga la elección o vecino de él; no estar activo en el ejército federal, policía o gendarmería, ni tener cargo de alto funcionario público en ejercicio; no ser ministro de algún culto religioso o diputado federal propietario o suplente.

Como anteriormente mencionamos, la función principal de la Cámara de Diputados es la legislativa, sin embargo las funciones de la Cámara de Diputados a los largo del tiempo se han ampliado; en México, este órgano legislativo realiza diversas actividades de carácter hacendario, financiero, presupuestal, de fiscalización y tiene intervención en la declaración de procedencia o desafuero de servidores públicos.

El funcionamiento de la Cámara de Diputados en México se realiza por medio de sesiones, las cuales pueden ser: *ordinarias*, celebradas en los días hábiles o feriados de los dos periodos constitucionales (del 1o. de septiembre al 15 de diciembre, salvo el año en que el presidente inicia su encargo, y del 1o. de febrero al 30 de abril), y las sesiones *extraordinarias*, que se celebran fuera de estos periodos y son convocadas por la Comisión Permanente. A su vez, las sesiones son *públicas* en aquellos casos que se permite la asistencia del público; *secretas* cuando sólo intervienen los miembros de la Cámara; *permanentes* las llevadas a cabo por determinación de la Asamblea General, y *prorrogadas* cuando una vez agotado el tiempo de una sesión ordinaria, ésta se extiende por voluntad de la Asamblea.

Respecto a la organización, todas las cámaras de diputados tienen órganos de gobierno, dirección y administración; los órganos de gobierno y dirección son la Asamblea General, la Mesa Directiva, los grupos parlamentarios y aquellos dedicados al trabajo de dictamen legislativo, denominados comisiones o comités, integrados por las diferentes corrientes políticas; los órganos de administración son aquellos que realizan funciones internas de control, gestión y comunicación como la Contraloría General, los comités de administración, Oficialía Mayor, Tesorería, Archivo y Biblioteca, entre otras unidades administrativas establecidas en la legislación de cada nación.

Es importante señalar que en México la Cámara de Diputados cuenta con autonomía reglamentaria, es decir, tiene la facultad de expedir las reglas que regula su estructura y funcionamiento interno.

Teresa Paulina Díaz García

CÁMARA DE SENADORES

Para poder hablar de la Cámara de Senadores es necesario entender la concepción básica de diversas cuestiones, como lo es el Parlamento (funciones, integración y atribuciones), desde un punto de vista y concepción general.

En este sentido, el Parlamento es un vocablo establecido comúnmente como un sinónimo de Poder Legislativo; según lo manifestado por Francisco Berlín Valenzuela, Parlamento es un órgano político colegiado de carácter representativo, en el que recaen las funciones más elevadas de la dirección de un Estado-nación, quien además de las funciones para crear leyes que regulen el desarrollo normal del Estado, efectúa acciones para controlar actos de los gobernados.

El Parlamento tiene y ha tenido a lo largo de su reconocimiento dentro de variadas culturas y Estados-nación, diversas funciones, entre las cuales encontramos a algunas de las más importantes, como son: *a)* función *representativa*, pues se erige como un representante de las necesidades del pueblo; *b)* función *deliberativa*, a partir de la función representativa se reflexiona y piensa respecto de los instrumentos más idóneos para hacer valer la voz y representación que se tiene del común popular; *c)* función *financiera*, pues comúnmente se le encomienda al Parlamento aspectos relacionados con la hacienda pública y la economía propia de un Estado-nación; *d)* función *legislativa*, esta atribución se desprende de la voluntad soberana del pueblo que se manifiesta

en una función representativa, misma que a su vez pasa a ser deliberativa, para finalmente establecer una normatividad que refleje las necesidades de los gobernados y las formas comúnmente aceptadas para el desarrollo de la convivencia armónica entre las personas, y e) función *de control*, a través del establecimiento de acciones de gobierno que permitan generar los mecanismos adecuados para el desarrollo común de las actividades del Estado-nación y de los ciudadanos, etcétera.

En relación con lo inmediatamente señalado, el Parlamento en lo general, para una adecuada representación de los intereses del pueblo y del Estado-nación, se puede dividir para su funcionamiento en estructuras unicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de sólo una cámara de representación de los intereses del pueblo y del Estado, para su debido funcionamiento) y en bicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de dos cámaras de representación popular y estatal, para su debido funcionamiento).

Los antecedentes del Senado como un órgano del Estado mexicano se pueden referenciar desde la Constitución Española de Cádiz, misma que rigió, durante algún periodo, al territorio de la Nueva España, estableciéndose en ella la idea de un cuerpo legislativo integrado por dos cámaras, en donde una haría las veces y se conduciría como la cámara alta, en términos semejantes al del modelo británico. Fray Servando Teresa de Mier puntualizó la importancia de un Senado, siendo Miguel Ramos Arizpe quien luchó y reconoció un órgano legislativo bicameral a través de la formulación del proyecto del Acta Constitutiva de la Federación, la cual establecía las bases a las que debía sujetarse el Congreso para redactar la Constitución. En este sentido, la Constitución mexicana de 1824 estableció una división y separación de los poderes públicos, previéndose la idea de un Poder Judicial, pero sobre todo Legislativo, que fuera fuerte y autónomo.

Por su parte, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo integrado de forma unicameral. Es de señalar que en el tiempo que fue presidente Benito Juárez García, propuso al Congreso (Poder Legislativo unicameral en el Estado mexicano) la inclusión de nueva cuenta del Senado para propiciar un equilibrio adecuado del poder en un sistema federalista, planteamiento que no prosperó. No fue sino hasta el 13 de noviembre de 1874 cuando se restauró en México al Senado de la República, iniciando sus trabajos a partir de la apertura del Congreso Federal el 16 de septiembre de 1875. En este sentido, también en México, fue a partir de la conformación del Congreso Constituyente de 1917 cuando se reafirmó la necesidad de contar con un Poder Legislativo bicameral, y con ello se validó plenamente la existencia del Senado de la República.

El Poder Legislativo en el Estado mexicano se establece en un Congreso general, mismo que se divide de forma bicameral, una de Diputados (cámara baja), con un total de 500 miembros, y otra de Senadores (cámara alta), con un total de 128 miembros. En ambas cámaras se analizan, discuten y aprueban las normas que constituyen el sistema normativo-jurídico de la nación.

La forma de elección del Senado en el Estado mexicano se prevé dentro del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

en su numeral 56, mismo que establece que se compondrá por un total de 128 senadores, de los cuales: *a)* 64 se eligen por el principio de votación mayoritaria relativa; *b)* 32 senadores se asignan por primera minoría, uno para cada uno de los estados, y *c)* 32 se asignan por el principio de representación proporcional. La duración en el cargo de senador es de 6 años. El lapso de tres años de funciones de las y los legisladores federales en el Estado mexicano (senadores y diputados) constituye una legislatura; para ello, el cómputo de un año legislativo se determina, comúnmente, desde el 1o. de septiembre del año respectivo al 31 de agosto del siguiente año calendarizado. Además, para poder ser electo senador, deben cubrirse de diversos requisitos, mismos que se encuentran contenidos en el numeral 58 de la Constitución mexicana.

En México, la Cámara de Senadores, o también denominado Senado de la República, tal y como ya se mencionó, se integra por 128 miembros elegidos de forma democrática, los cuales esencialmente ejecutan sus funciones con base en las necesidades que tiene el Estado en su conjunto, debido a que su representación es básicamente territorial, a *contrario sensu* de la Cámara de Diputados, la cual ejerce sus atribuciones con base en los intereses y necesidades de la representación soberana del pueblo.

César Bernal Franco

CAMBIO CLIMÁTICO (MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL)

La expresión cambio climático se utiliza comúnmente para describir dos fenómenos en el clima del planeta Tierra. Primero los cambios climáticos naturales, que pueden ser cortos o no muy cortos (entre estaciones, ciclos regulares anuales, algunas décadas, unos cuantos cientos de años), o los muy largos (fases glaciales e interglaciales). Segundo, el cambio climático inducido por los seres humanos como resultado de las crecientes concentraciones de gases de efecto invernadero que alteran la composición natural de la atmósfera, provocando una variación en el clima, y que abarca de los últimos 150 a 100 años hasta los próximos 50 a 100 años o más. Este segundo fenómeno es el que ha llamado la atención de la comunidad internacional que ha derivado en la creación de un régimen jurídico climático.

Aunque se atribuye al sueco Svante Arrhenius haber publicitado en 1896 que los gases de efecto invernadero producidos por los seres humanos tendrían una repercusión en el calentamiento del clima (lo que él asumía favorable), fue hasta la década de los setenta del siglo pasado que el cambio climático formó parte de las discusiones ambientales entre las naciones. A partir de la celebración de la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima en Ginebra, Suiza, en 1979, ha prosperado un marco jurídico internacional conformado por normas e instrumentos vinculantes (derecho duro o *hard law*) y no vinculantes (derecho suave o *soft law*).

El primer tratado de importancia global (vinculante pero con alto contenido *soft*) fue adoptado en mayo de 1992; se abrió a la firma en junio del mismo año en la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, Brasil) y entró en vigor en marzo de 1994. Se trata de la Convención Marco de las Naciones Unidas

sobre el Cambio Climático (en adelante, la Convención), cuyo objetivo último es el de lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.

La Convención inserta en su texto principios fundamentales del derecho internacional ambiental (*e.g.* el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el de precaución, el de desarrollo sustentable, etcétera) y establece dos tipos de compromisos para las partes contratantes. Primero, los compromisos genéricos, que aplican a todas las partes pero que son mínimos, y que bien podrían caracterizarse como disposiciones *soft law* por su contenido político, programático y de cooperación. Segundo, los específicos, que aplican, por un lado, a las partes enumeradas en el Anexo I de la Convención que son tanto los países desarrollados como los que están en proceso de transición a una economía de mercado y, por el otro, a los países desarrollados y a los países que figuran en el Anexo II.

La Convención establece la Conferencia de las Partes (en adelante, COP), que en su calidad de órgano supremo examina la implementación de la Convención y de cualquier otro instrumento jurídico conexo adoptado por la propia COP, y toma las decisiones necesarias relativas a su aplicación eficaz. Siguiendo lo establecido por la Convención, el Mandato de Berlín de 1995 (COP-1) y la Declaración Ministerial de Ginebra de 1996 (COP-2), se adoptó en Japón, en diciembre de 1997 (COP-3), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, PK). El PK, que precisa y desarrolla las disposiciones de la Convención y lo establecido en las COPs anteriores, entró en vigor en febrero de 2005 y es el segundo tratado multilateral de importancia global en materia climática.

Destacan dos cuestiones jurídicas en el PK. Primero, se establecen compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones de los gases de efecto invernadero enumerados en el Anexo A (emisiones agregadas expresadas en bióxido de carbono). Lo anterior para los países desarrollados, la entonces Comunidad Europea y sus miembros, y los de economías en transición según el listado del Anexo B del propio PK. El fin de estos compromisos, vinculantes, es el de reducir individual o conjuntamente el total de las emisiones por lo menos en un 5% para un primer periodo que abarca de 2008 a 2012, tomando como referencia los niveles de emisión de 1990. Algunos países pueden aumentar sus emisiones, otros quedarse en el nivel establecido, y otros reducirlas.

Segundo, se determinan tres mecanismos flexibles para lograr el cumplimiento de los compromisos asumidos: *a)* proyectos de aplicación conjunta (*joint implementation*); *b)* mecanismos para un desarrollo limpio (*clean development mechanism*), y *c)* comercio de los derechos de emisión (*emissions trading*). Con estos mecanismos se ha creado un marco jurídico de aplicación regional y bilateral en el que pueden participar las partes incluidas o no —según sea el caso— en el Anexo I de la Convención. Por ejemplo, en el caso del comercio

de derechos de emisión destaca a nivel regional la expedición de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que se aprobó en octubre de 2003 y entró en vigor en ese mismo mes y año. En el mecanismo para un desarrollo limpio, cuyo número de instrumentos bilaterales es muy amplio e incluye tanto tratados internacionales como tratados en forma simplificada, se puede hablar del acuerdo celebrado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Francesa (junio de 2005). Para el de aplicación conjunta, un buen ejemplo es el proyecto de protección forestal y de especies en peligro de extinción *Bikin Tiger Carbon Project* (enero de 2013), ubicado en Primorsky Krai, al sureste de Rusia.

En 2007, en Bali, Indonesia (COP-13), se acordó iniciar las negociaciones y una ruta crítica para un segundo periodo de cumplimiento. Se tendría un documento final en 2009 en Copenhague, Dinamarca (COP-15), pero ni en ésta ni en la siguiente conferencia donde también se tenía cierta expectativa en este sentido, *i.e.* la de Cancún, México (COP-16), se logró adoptar un régimen climático vinculante para después de 2012. No obstante, y tras la celebración de las conferencias siguientes, en Durban, Sudáfrica, en 2011 (COP-17), y en Doha, Qatar, en 2012 (COP-18), la comunidad internacional ha logrado ciertos acuerdos importantes. Entre ellos: *a*) el compromiso de las partes para mantener el aumento de la temperatura media mundial respecto a niveles preindustriales por debajo de 2° C; *b*) la creación y funcionamiento del Fondo Verde para el Clima; *c*) alcanzar el objetivo conjunto de los \$100,000 millones de dólares de los Estados Unidos de América anuales para el 2020 de las partes que son países desarrollados; *d*) la extensión por 8 años más (a partir de enero de 2013) del régimen vinculante existente para un segundo periodo de cumplimiento, y *e*) la adopción de un nuevo acuerdo climático universal *hard* para 2015, con aplicación (entrada en vigor) en 2020.

César Nava Escudero

CAPACIDAD PROCESAL

En virtud de que existe la fuerte tendencia por parte de un sector cada vez más numeroso de la doctrina contemporánea, esencialmente latinoamericana, que considera que la naturaleza del derecho procesal constitucional se debe entender a partir de la teoría general del proceso, entonces con base en su estudio es que se debe realizar el esfuerzo por tener la cabal comprensión de las categorías como la que nos ocupa, “capacidad procesal”, que es empleada en los procesos constitucionales y que utiliza la disciplina que se encarga de su estudio, en donde, obviamente, es necesario tener en cuenta sus peculiaridades e incluso crear categorías nuevas por su calidad de autónoma.

En efecto, un antecedente valioso para comprender los conceptos que se utilizan en el derecho procesal constitucional nos lo proporciona el derecho procesal civil, en donde existen abundantes estudios sobre la capacidad procesal, así como de otras categorías que se relacionan íntimamente con ella, tales como capacidad para ser parte, o bien el de legitimación, aunque debemos estar conscientes de las características propias de la materia que abordamos y los efectos que tenga en la práctica.

En el entendimiento de la capacidad procesal hay coincidencia en la doctrina de que se trata de un presupuesto procesal, es decir, supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*). También debemos tener en cuenta que esta rama del derecho se basa en categorías empleadas por el derecho civil, de ahí que hay quienes consideran que es reflejo del mismo, concretamente nos referimos a la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, por ello Guasp estima que la locución que estudiamos consiste en: “la capacidad para poder realizar con eficacia actos procesales de parte. Igual que la capacidad para ser parte era el paralelo de la simple capacidad jurídica, la capacidad procesal es el paralelo, aunque tampoco idéntica, a la capacidad para obrar en el derecho civil” (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*).

Ahora bien, aludimos *supra* al término “legitimación”, que es también esencial para comprender a cabalidad al derecho procesal constitucional, y lo traemos a colación, ya que un gran sector de la doctrina lo asemeja y otros lo identifican con la llamada legitimación *ad causam*, lo cual conviene detenerse a explicar.

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha diferenciado entre *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*; a la primera se le ha asignado el significado de ser la capacidad para comparecer a juicio, en tanto que a la segunda como una condición para obtener sentencia favorable. Entonces, hay quienes identifican la *legitimatio ad processum* con la capacidad procesal y la definen como “la aptitud para comparecer a juicio”. Por tanto, una corriente distingue entre los dos tipos de legitimación, mientras que otra se inclina por nombrar las categorías procesales como capacidad procesal y legitimación, de ahí que al referirse a la legitimación procesal, Guasp afirma que sea: “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas, que se hallan en una determinación relacional con el objeto del litigio y, en virtud de la cual exige, para que la protección procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso” (p. 185).

El empleo de estas categorías en el derecho procesal constitucional es esencial para comprender las diferentes etapas por las que transitan los procesos constitucionales; sin embargo, debemos tomar en cuenta el modelo de control de la constitucionalidad de que se trate y los medios a los que en concreto nos refiramos para identificar cuál es su aplicación práctica. Así pues, si hacemos equivalente la capacidad procesal con la *legitimatio ad processum*, es necesario reconocer en el texto constitucional los entes legitimados que están en aptitud para comparecer a juicio y a través de quienes actúan en el proceso, ya que en este tipo de legitimación los presupuestos procesales se refieren, precisamente, a la capacidad procesal y a la representación como condiciones a acreditar para comparecer a juicio (Gozainí Osvaldo, Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*).

En el modelo de control difuso quienes realizan la función de control de constitucionalidad son todos los órganos judiciales, lo ejercitan incidentalmente y con ocasión de la decisión de las causas de su competencia (Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*). Entonces supongamos que hay una controversia jurídica ante un juez ordinario y una

de las partes considera que una norma viola uno de sus derechos humanos reconocidos por la Constitución, quien puede hacer la petición que no se aplique es aquel que tiene un derecho propio (también de oficio el juez puede desaplicarla por considerar que es contraria a la Constitución).

En el modelo de control concentrado, “la legitimación está subordinada a la cuestión que atiende” (Gozainí, p. 113); por ejemplo, si se trata de una acción abstracta de inconstitucionalidad, los legitimados serán aquellos órganos que actúen como “defensores abstractos de la Constitución” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*), señalados por el texto constitucional. Este instrumento de control de constitucionalidad es utilizado por las minorías legislativas en determinado número o porcentaje; además de ellas, en cada sistema en particular se agrega a otros sujetos legitimados para promover la demanda respectiva, por ejemplo, en España, el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas; en México, en la acción de inconstitucionalidad, el procurador general de la República, los partidos políticos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; en Perú, en el proceso de inconstitucionalidad, el presidente de la República, el fiscal de la nación, el Defensor del Pueblo, los ciudadanos en número de cinco mil, los presidentes de región y los colegios profesionales. En los conflictos de competencia entre los órganos del poder público, pueden comparecer a juicio los entes que especifica la Constitución respectiva, que consideren que se ha invadido su esfera de competencia. Entonces, según sea lo que se atienda en el proceso, ello determinará quiénes tienen la aptitud para comparecer a juicio y qué tan amplia será la lista de ellos; de ahí que Néstor Pedro Sagüés, en su obra de *Derecho procesal constitucional*, clasifique la legitimación en restringida, amplia y amplísima.

En conclusión, al ser la capacidad procesal un presupuesto procesal, se convierte en una llave de acceso a la justicia que es un derecho reconocido por las diversas Constituciones y los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

CARGA PROCESAL

La locución “carga procesal” tiene más de un significado, pues puede referirse al volumen de asuntos que está conociendo un órgano jurisdiccional, pero también es una categoría fundamental para comprender la esencia del proceso, así como la situación que tienen las partes dentro del mismo que es la que aquí se abordará, pero se debe diferenciar de las obligaciones procesales, puesto que en la práctica en ocasiones se confunden, no obstante que su naturaleza jurídica es distinta, tal como lo explica la doctrina y la jurisprudencia.

Dicha expresión se debe al procesalista Goldschmidt, quien concibió al proceso como una situación jurídica en la que hay expectativas, posibilidades y cargas. Para explicar lo anterior utilizó la metáfora de la paz y de la guerra,

en la que, en la primera, la relación del Estado con su territorio y sus súbditos es estática, pero cuando la guerra estalla, “los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado toda ocasión o descuido de una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde...” (Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*).

En tal virtud, dentro del proceso las partes tienen cargas que no constituyen propiamente obligaciones, sino que tienen ciertos imperativos fijados normativamente que en caso de que no se lleven a cabo les ocasionará algún perjuicio, o como diría el jurista antes citado: “son imperativos del propio interés”.

Más aún, Couture explica claramente la diferencia entre obligaciones y cargas: “mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio. La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos” (*Fundamentos de derecho procesal civil*); de ahí que cuando se incumpla una obligación se establezca a favor del acreedor un derecho, en tanto que si la carga es insatisfecha sólo creará un perjuicio para el deudor.

En la jurisprudencia de las Cortes de diversos países se ha hecho la diferenciación entre deberes, obligaciones y cargas procesales; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia fijó criterio en tal sentido y dijo que los deberes son imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que se dirigen tanto al juez como a las partes y a los terceros, por tanto, en caso de que sean incumplidos se sancionarán en forma diferente; por lo que respecta a las obligaciones procesales estimó que son aquellas de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, verbigracia, las surgidas de la condena en costas, y en cuanto a las cargas procesales consideró que “son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso” (Sala de Casación Civil, M.P. Horacio Montoya Gil, auto de 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, *Gaceta Judicial*, t. CLXXX, No. 2419, Bogotá, 1985, p. 427).

La petición que reiteradamente se presenta ante los órganos de control de constitucionalidad en relación con las cargas procesales es en el sentido de que se declare la inconstitucionalidad de algún artículo de la ley que las fija de tal o cual manera y que tienen que ser cumplidas por las partes durante el proceso, y para ello se argumenta que están en contra de la Constitución por ser desproporcionadas, irrazonables e injustas.

Un ejemplo de lo anterior es la carga de presentar una demanda (hay otras cargas procesales, tales como la de impulso procesal y la de probar), ya que si no se hace dentro del lapso concedido por la norma jurídica se corre el riesgo de que surta efectos la caducidad o prescripción, según sea la regu-

lación de éstas por los legisladores, pues las leyes fijan límites temporales para ejercer acciones. Todo ello en aras de la seguridad jurídica y evitar la indefinición por tiempo indeterminado de los derechos sustanciales que argumenten las partes tener a su favor. Sin embargo, pudiera suceder que el demandante cometa el error de acudir a la jurisdicción que no le corresponde y, por tanto, el juez que conoce del asunto no es el competente para aplicar la ley al caso concreto, lo que pudiera generar que no se interrumpa la prescripción y se haga realidad dicha sanción procesal en contra del actor.

En casos como el antes relatado, los órganos de control de constitucionalidad, para determinar si lo dispuesto en la norma que se impugna carece de razonabilidad y de proporcionalidad, evalúan lo siguiente: “i) si la limitación o definición normativa persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional; ii) si la definición normativa propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado, y iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada con el fin de establecer los alcances de la norma demandada y sus implicaciones constitucionales” (sentencia C-662/04 de la Corte Constitucional de Colombia, Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, en la que, a su vez, cita la sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Cabe aclarar que para el empleo correcto de la categoría procesal que estamos tratando en el derecho procesal constitucional, es necesario tomar en cuenta las peculiaridades propias de esta materia que se ha consolidado como disciplina autónoma, de tal manera que, por ejemplo, en cuanto a la carga de la prueba, hay medios de control de constitucionalidad en los que no se prevé audiencia de desahogo de pruebas, ya que, como lo afirma Rubén Hernández Valle en *La prueba en los procesos constitucionales*, “cuando el objeto del proceso constitucional es verificar la constitucionalidad de una norma... no se requiere la demostración de hechos, pues en este caso basta con la confrontación de la norma impugnada con el parámetro de constitucionalidad”: incluso hay sistemas como el peruano en el que la regla general, salvo excepciones, es la ausencia de etapa probatoria, lo cual “no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso...” (art. 9o. del Código Procesal Constitucional de Perú). Lo cierto es que el juez constitucional juega un papel más activo en la adquisición de datos para resolver el asunto sometido a su conocimiento, y así tenemos que en ciertos procesos se nutre de información a través de los informes que solicita e incluso puede ordenar se desahoguen algunos medios probatorios que considere oportunos, según lo permita la naturaleza del medio de control de constitucionalidad.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

CARRERA JUDICIAL

La *carrera judicial* es la institucionalización de la selección y designación de los jueces y magistrados, así como del ascenso de los servidores públicos en los cargos vinculados a las labores jurisdiccionales, dentro de los poderes judiciales.

Tiene por objeto que se lleve a cabo adecuadamente la formación y capacitación de estos servidores públicos, a fin de que los mejor preparados puedan ascender a través de las distintas categorías que la conforman, hasta acceder a los cargos de juez o magistrado.

La incorporación de la carrera judicial en el sistema jurídico implica el reconocimiento y la salvaguarda de diversas garantías, dentro de las que se destacan:

a) *Objetividad en la selección y designación de jueces y magistrados.* Los aspirantes a cargos jurisdiccionales se tienen que encontrar en igualdad de condiciones de participar y demostrar su aptitud para acceder a los mismos, lo cual se alcanza con la implementación de concursos de oposición. En diversos sistemas jurídicos también se llevan a cabo cursos que se deben realizar ya sea de forma previa o bien de manera posterior a los concursos correspondientes, los cuales incluso pueden ser vinculantes para el acceso al cargo de juzgador, y tienen como objeto que los aspirantes perfeccionen sus conocimientos en diversas ramas vinculadas a la labor jurisdiccional.

b) *Acceso a la capacitación.* Dentro de la carrera judicial es necesario que existan programas de capacitación con el fin de que los integrantes de la misma fortalezcan sus conocimientos. Para llevar a cabo lo anterior, las escuelas judiciales cobran especial importancia, pues son órganos especializados en formación y actualización sobre temas jurisdiccionales, a través de cursos confeccionados con base en las necesidades de la impartición de justicia.

c) *Remuneración fija.* Una vez que los servidores públicos, y en particular los juzgadores, dejan de preocuparse de sus necesidades básicas, así como de las de su familia, se encuentran en un estado óptimo para desempeñar sus funciones; en esa medida se requiere que cuenten con una remuneración fija y suficiente a fin de que otros factores no distraigan su atención.

d) *Permanencia y ratificación en el cargo.* La permanencia y, en caso de que se encuentre prevista, la ratificación en el cargo de los juzgadores deben sustentarse en parámetros objetivos.

Aunado a lo anterior, la carrera judicial encuentra soporte en los principios que orientan la labor de los juzgadores; en el supuesto del sistema jurídico mexicano se reconocen a nivel constitucional los relativos a la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se desarrollan en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, y de los que a continuación se refiere su contenido.

e) *Independencia.* Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, lo que implica que debe juzgar a partir del derecho, y no de presiones o intereses extraños.

f) *Imparcialidad.* Consiste en juzgar con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.

g) *Objetividad.* Consiste en que el juez emita sus fallos por las razones que el derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir.

h) *Profesionalismo.* Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación.

i) *Excelencia*. El juzgador se perfecciona cada día para desarrollar las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

La carrera judicial implica la necesidad de que se defina el perfil que se requiere de los juzgadores, para lo cual los principios que la conforman proporcionan esta guía, y con base en esta definición se deben realizar tanto los concursos de oposición para acceder a los cargos de juez o magistrado, como la capacitación de los servidores públicos, a fin de que los poderes judiciales respondan a los requerimientos de la impartición de justicia.

Lo anterior es así, pues los órganos jurisdiccionales deben estar integrados por juristas con los conocimientos, experiencia y aptitudes que les permitan desempeñar de la mejor forma el cargo de juzgador, pues en última instancia sus determinaciones repercuten en valores tales como la libertad, la propiedad, la familia, e incluso en la vida de los justiciables.

Luis Fernando Angulo Jacobo

CASILLA ELECTORAL

Es el lugar donde los ciudadanos acuden a votar; lo anterior implica el espacio físico en el cual se instala la mesa directiva de casilla con sus respectivos funcionarios de casilla, ahí los funcionarios reciben y cuentan los votos de los ciudadanos, pero también comprende al espacio en donde se encuentra la mampara o compartimento diseñado para ejercer el voto de manera libre y secreta, así como la urna para que los ciudadanos depositen el voto.

De ahí que se pueda decir que se trata del recinto o lugar que se utiliza por las autoridades electorales que tienen la potestad que legalmente les es conferida para recibir y escutar los votos de los electores, y que frecuentemente es conocido como mesa electoral, a efecto de asegurar la libertad y el secreto en el acto de la emisión del derecho al sufragio.

Este receptor de la voluntad ciudadana es el elemento físico a través del cual se materializa el inicio de la votación y recepción de votos; es un componente indispensable del día de la jornada electoral, porque a ese espacio físico es al que acuden los ciudadanos, dependiendo de la ubicación geográfica, sección o distrito al que se encuentra inscrito un ciudadano, para acudir ante este centro de recepción de votación.

Puede ser identificada también como mesa electoral; en algunos países latinoamericanos se entiende por casilla electoral el compartimento o cuarto del centro de votación en el que el elector cuenta con las condiciones para ejercer en secreto y libertad su sufragio. En México este compartimento está construido con mamparas. Por lo que resulta importante acotar el concepto de casilla no sólo como aquel material electoral diseñado ya sea en forma de mampara o cancel electoral portátil, toda vez que para efectos jurídicos y en especial para los efectos de nulidad de votación recibida en una casilla, de las establecidas en el art. 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, una de las causales puede ser la instalación de casilla sin causa justificada en lugar distinto al señalado, por lo que el concepto no pue-

de restringirse al compartimiento. Hay legislaciones que permiten la emisión del sufragio a distancia, ya sea por urna electrónica, boleta electrónica o por Internet, de ahí que la casilla electoral no es en sí misma la caseta, el cubículo o mampara.

En nuestro país se ha clasificado a las casillas electorales de la forma siguiente: *a)* básica: se instala en cada sección para recibir la votación de los electores de hasta 750 votantes, cuyo orden es alfabético; *b)* contigua: se instala junto a la básica cuando la sección es mayor de 750 votantes y se instalan tantas casillas como resulte de dividir el número de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores entre 750; *c)* extraordinaria: se instala cuando las condiciones geográficas de una sección hacen difícil que todos los votantes que habitan en ella puedan llegar a un mismo sitio. Se puede acordar su instalación en lugares de fácil acceso para que atiendan a quienes viven cerca, y éstas a su vez pueden tener casillas continuas, y *d)* especiales: se instalan para recibir los votos de los electores que temporal y transitoriamente se encuentren fuera de la sección electoral que corresponde a su domicilio.

Asimismo, una de las clasificaciones más importantes se ha dado en tres distintas categorías: urbanas, rurales y mixtas (o de transición rural-urbana). Tal clasificación persigue fines operativos y logísticos, y la instalación de las casillas se basaba en el criterio de concentración de población, lo cual obedece al análisis de las condiciones locales, la infraestructura y los tiempos de traslado hacia las oficinas electorales, entre otros factores. En secciones electorales mixtas, algunas casillas pueden ser clasificadas como urbanas y otras como no urbanas, de acuerdo con las condiciones del lugar en el que se propone instalar la casilla.

Uno de los instrumentos indispensables para la ubicación de casillas es la división geo-referencial o cartografía distrital. Su revisión es necesaria para dimensionar el tamaño de la sección electoral, los límites con otras secciones, los puntos de referencia y el trazado de calles y avenidas en ésta. Adicionalmente, permite diseñar rutas para recorrer las casillas durante la jornada electoral. El número y la ubicación de las casillas electorales es decidido por ley conforme a la densidad poblacional y las condiciones y necesidades locales, con el fin de acercar las casillas a los electores y que todos los ciudadanos inscritos en la lista nominal puedan efectivamente votar. Los ciudadanos, funcionarios electorales y representantes de todos los partidos políticos participan activamente en la definición de las casillas a instalar.

Prohibiciones dentro y fuera de las casillas electorales: 1) los representantes generales de los partidos políticos podrán permanecer en ellas el tiempo necesario para cumplir con las funciones, pero no podrán interferir en el libre desarrollo de la votación ni tratar de adjudicarse las funciones que les son propias a los integrantes de la mesa directiva, en cuyo caso el presidente de la mesa directiva podrá conminarlos a cumplir con sus funciones y ordenar su retiro cuando éstos dejen de cumplir su función, coaccionen a los electores, o en cualquier forma afecten el desarrollo normal de la votación; 2) en ningún caso se debe permitir el acceso a las casillas a personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, ocultas o armadas. Y tampoco tendrán acceso, salvo para ejercer su derecho

de voto, miembros de corporaciones o fuerzas de seguridad pública, dirigentes de partidos políticos, candidatos o representantes populares; 3) no podrá colocarse propaganda electoral ni emblemas partidistas dentro o fuera (en los lugares de acceso) de la casilla electoral, y 4) los ciudadanos que desean sufragar deben permanecer formados afuera de la casilla y solo se permitirá el paso uno a uno de los electores en la medida en que vayan votando y saliendo del lugar; esto es, no deben permanecer dentro del lugar que ocupa la casilla una vez emitido el sufragio. El presidente de la mesa directiva podrá solicitar, en todo tiempo, el auxilio de las fuerzas de seguridad pública a fin de preservar el orden en la casilla y la normalidad de la votación, ordenando el retiro de cualquier persona que indebidamente interfiera o altere el orden.

Por otra parte, algunas leyes y reglamentos electorales en ciertos países han mostrado su preocupación en cuanto al proceso electoral, con un mayor o menor rigor en cuanto a las condiciones que debieran reunir las casillas electorales, entre las que destacan: *a)* que exista un acceso exclusivo y visible desde el lugar en que se encuentran los funcionarios de casilla que recibirán el voto, con la finalidad de que puedan cerciorarse que el sufragante entra solo en ella y sin acompañantes, salvo que se trate de personas con alguna discapacidad que requieran ser auxiliadas; *b)* que haya ausencia de huecos que pudieran quebrantar el objeto de proporcionar un espacio de soledad al votante en donde pueda con libertad absoluta y reserva discrecional seleccionar de entre los candidatos o partidos contendientes señalados en la boleta electoral, para marcar en ella, el de su preferencia, según sea el caso, sufragio que se deposita en la urna; *c)* que se cuente con una puerta o cortinilla, así como con una repisa o mesa que facilite la actuación del elector; *d)* que sea accesible para personas con discapacidad y de la tercera edad, esto es, que no se encuentre instalada en plantas altas de edificios o con entradas que impidan el ingreso de sillas de rueda; *e)* que tenga la infraestructura mínima necesaria para evitar las inclemencias del tiempo que puedan generar su reubicación, y *f)* que se localice en las cercanías de los domicilios de los electores para facilitarles su traslado.

En México, legalmente se ha señalado que las casillas deberán ubicarse en lugares que reúnan las siguientes condiciones: *a)* fácil y libre acceso para los electores; *b)* aseguren la instalación de cancelos o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; *c)* no ser casas habitadas por servidores públicos de confianza, federales, estatales o municipales, ni por candidatos registrados en la elección de que se trate; *d)* no ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos, y *e)* no ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares.

Debe darse publicidad a la lista de los lugares en que habrán de instalarse las casillas, de la integración de las casillas, así como un instructivo para los votantes en los llamados encartes en periódicos de circulación nacional y regional, así como fijarlos en los edificios y lugares públicos más concurridos de cada lugar y en los medios electrónicos de que disponga la autoridad electoral.

CASO MIGUEL VEGA VS. JURISDICCIÓN LOCAL

El punto de inflexión del juicio de amparo en su dimensión contemporánea se ubica en el paradigmático caso *Miguel Vega vs. Jurisdicción local*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos el 20 de julio de 1869, por la mayoría del tribunal pleno, y especialmente a través de la repercusión en la impartición de la justicia a nivel nacional, en específico en temas del control de legalidad, de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, del federalismo judicial y de la definición de dos sectores del propio proceso constitucional de la libertad: 1) el amparo contra leyes, y 2) el amparo contra sentencias o negocios judiciales. El contexto del caso Miguel Vega, juez de Culiacán, en el estado de Sinaloa, refiere a que promovió amparo en contra de la sentencia del Tribunal Superior de ese estado que lo condenó a la suspensión de un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Este asunto tuvo su origen en un proceso ordinario de naturaleza penal: un cargador, José Bañuelos, lesionó al jornalero Benito Pedro en la ciudad de Culiacán. El juez que conoció la causa fue Miguel Vega, quien determinó que el primero había actuado en legítima defensa en el contexto de una riña; en consecuencia, lo sancionó con dos meses y medio de prisión, y transcurrido este plazo tuvo por cumplida la pena.

La anterior decisión se recurrió en apelación, en la cual el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa consideró que por haber fallado en contra de ley expresa correspondiente a un Bando del 23 de diciembre de 1775, en la resolución que Miguel Vega emitió el 18 de diciembre de 1868, la sentencia del juez de letras de primera instancia debía estimarse ilegal, de manera que en el fallo del 18 de marzo de 1869, el tribunal de alzada revocó y sancionó al juez de acuerdo con las disposiciones legales que no eran de origen nacional sino español. Sin embargo, Miguel Vega interpuso amparo contra tal fallo, bajo el argumento de que el *ad-quem*, al suspenderlo en el ejercicio de su profesión, se había excedido en las facultades que le otorgaban los arts. 7o. y 8o. del Decreto de las Cortes de Cádiz de 1831, vigente en el estado de Sinaloa, México.

El juez de distrito al que le correspondió conocer del asunto desechó la demanda de amparo porque consideró que éste era improcedente debido a que se impugnaba una sentencia, ciertamente la resolución del tribunal de alzada, y que, por lo tanto, en el caso se actualizaba el supuesto del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869, que preveía: “Artículo 8o. No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales”, esto es, dicho precepto declaraba la improcedencia del “amparo directo” o “amparo casación”.

El desechamiento fue recurrido por el juez Vega ante la Corte Suprema de Justicia (actualmente, por disposición de la Constitución de 1917, Suprema Corte de Justicia de la Nación), la cual revocó la decisión del juez y ordenó que se abriese el juicio, y a pesar de la negativa del Tribunal Superior del Estado de Sinaloa para rendir el informe que le solicitó el juez de distrito, la referida Corte emitió los siguientes argumentos a fin de oponerse a la negativa de mérito: 1) que conforme al art. 9o. de la Ley del 20 de enero de ese año, en los juicios de amparo no era parte la autoridad cuya providencia había sido reclamada; 2) que el informe de que trataba el mismo artículo tenía el doble

objeto de esclarecer los hechos sobre que versara la queja, y abrir la puerta a la autoridad para que explicara y fundara la legalidad de sus procedimientos; 3) que la resistencia de dicha autoridad a rendir el informe debiese refluir en su propio perjuicio, pero no en el de los derechos del quejoso, ni mucho menos entorpecer la secuela del juicio, principalmente cuando por otros medios pudiese ser averiguada y conocida la verdad; 4) que en el caso esa verdad apareció, aun por los mismos conceptos del tribunal que se había negado a rendir el informe.

En seguida, la Corte Suprema, al analizar el conflicto constitucional materia del proceso, razonó: 1) que los tribunales de la Federación eran los únicos competentes para decretar si en tal caso debiese o no abrirse el juicio de amparo contra resoluciones judiciales; 2) que en el particular la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de sus facultades, había ordenado que se abriese el juicio, y 3) que decretada la apertura del juicio, oponerse a ello era tanto como resistir a la justicia, y discutirlo era tanto como disputar al Poder Judicial de la Federación el ejercicio de sus legítimas facultades, lo cual en ningún caso se debiese tolerar.

Finalmente, en la resolución del caso Miguel Vega, también conocido como el caso del Juez de Letras de Primera Instancia de Culiacán, se indicó que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, al incumplir las prescripciones legales que tuvo que observar, había violado clara y terminantemente el art. 4o. de la Constitución Federal de 1857, según el cual a nadie se le podía impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, esto es, si hubiese afectado los derechos de terceros u ofendido o los de la sociedad. En consecuencia, resolvió: 1) revocar la sentencia del 17 de junio de 1968, pronunciada por el juez de distrito, que declaró la improcedencia del amparo que solicitó Miguel Vega, y 2) amparar y proteger al quejoso contra la providencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa que lo suspendió por un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Conforme a lo anterior es posible inferir que en los argumentos de la sentencia constitucional se efectuó, por el órgano vértice en la impartición de justicia, la interpretación a la Constitución de 1857. Dicha interpretación indicó que para efectos del juicio de amparo, en el ámbito de cualquier autoridad se incluirían los actos de las autoridades locales, en el particular la sentencia que suspendió a Miguel Vega en el ejercicio de su profesión. Para esto, se declaró implícitamente la inconstitucionalidad del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869. En tal virtud, se encaminó a que el control de legalidad se efectuase con el juicio de amparo, lo que maximizó el ámbito de protección de este proceso constitucional de la libertad y delineó el federalismo judicial mexicano, a pesar de menoscabar el vigor, a través de la práctica y de la jurisprudencia, del mencionado art. 8o.; la norma jurídica que cabe destacar era nada menos que la derogación del artículo 14 constitucional, sustento de la aplicación exacta y con puntualidad de las leyes civiles y penales en los procesos, y que debido a su implícita derogación fue como inició el debate, aún existente, sobre la procedencia del juicio de amparo en contra de las sentencias de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, y en general en contra de la

jurisdicción local o estatal y de la jurisdicción federal, por lo que existe la propuesta de la creación de un tribunal de casación, quien conocería y resolvería de la exacta aplicación de las normas por medio de un recurso de casación, proceso *ex profeso* de control de legalidad.

Juan Rivera Hernández

CAUCIÓN

La caución proviene del derecho civil y puede consistir en depósito, prenda, hipoteca o fianza, lo cual implica una garantía real. Sin embargo, en materia penal el vocablo se combina con el de libertad, y entre ambos forman el concepto de libertad bajo caución, con lo cual se convierte en una medida cautelar de carácter real y personal a través de la cual la autoridad judicial puede dejar en libertad al probable responsable de la comisión de un delito que ha sido vinculado a proceso, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos previstos en la misma carta magna, la legislación procesal y otras normas aplicables, según el caso.

La libertad bajo caución llegó a ser contemplada como una garantía constitucional en los términos siguientes:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

Sin embargo, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 modificó el texto para quedar en los términos siguientes:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Es evidente la supresión de la libertad bajo caución en el nuevo texto constitucional. Empero, debemos recordar que las normas no sólo se interpretan gramaticalmente sino también de forma teleológica y sistemática.

Así, el derecho del imputado a la presunción de inocencia no sólo implica el considerarlo como inocente hasta que se demuestre lo contrario, sino también a tratarlo como tal mientras dura el proceso, lo cual implica garantizarle su libertad hasta que haya sido oído y vencido en juicio, de tal suerte que la libertad caucional debe ser una de las medidas cautelares que el juez de control de garantías debe utilizar al vincular a proceso al indiciado y dejar como última opción la prisión preventiva para aquellos supuestos que marca el art. 19 de la carta magna y de los que ya me he ocupado en la voz “Ministerio Público”, en la cual analizo también sus implicaciones y alcances. Por ello, consideramos que la libertad bajo caución sigue siendo una garantía constitucional del imputado.

Será el juez de control de garantías quien podrá determinar la procedencia y monto de la caución a imponer, pero debemos recordar que ésta debe ser asequible a la capacidad económica del imputado, pues su único objetivo es garantizar que no se sustraiga de la acción de la justicia, por lo cual el juez no debe fijarla en función de la reparación del daño, dado que todavía no está comprobado que el indiciado es responsable del delito, y por tanto se debe presumir su inocencia hasta que se demuestre lo contrario y sea condenado.

Ahora, con la reforma a la fr. XXI del art. 73 de la CPEUM del 8 de octubre de 2013, tendremos que esperar a la regulación de la caución en el Código de Procedimientos Penales que regirá para toda la República, motivo por el cual no podemos avanzar más en el desarrollo de esta voz.

Enrique Díaz-Aranda

CAUSAS DE INADMISIÓN DE LA DEMANDA (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

Bajo el término causas de inadmisión de la demanda entendemos una categoría muy amplia, caracterizada por la ausencia de las condiciones necesarias por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para considerar una demanda como admisible. Se trata de una categoría jurídica además muy heterogénea, que, queriendo esquematizar, incluye a su vez, dentro de ella, tres subcategorías: *a)* inadmisión por razón del procedimiento; *b)* inadmisión por razón de la competencia del Tribunal, y *c)* inadmisión por razón del fondo del asunto.

1) Las causas de inadmisión por razón del procedimiento incluyen, a su vez, seis causas de inadmisión: *a)* no agotamiento de las vías internas de recurso; *b)* demanda ya sometida a otra instancia internacional; *c)* incumpli-

miento del plazo de seis meses; *d*) demanda anónima; *e*) demanda reiterativa, y *f*) demanda abusiva. Todas estas causas de inadmisibilidad responden, esencialmente, a dos propósitos: por un lado (causa *a*), concebir la protección otorgada por el Tribunal Europeo como subsidiaria tanto respecto a las vías internas de recurso como a la protección proporcionada por otros organismos internacionales (causa *b*) y, por otro lado, que la demanda presente los elementos de seguridad jurídica necesarios para identificar al demandante (causa *d*) y considerar la validez de su solicitud (causas *c*, *e* y *f*). Analizamos a continuación las seis causas de inadmisión.

a) *No agotamiento de las vías internas de recurso*. De acuerdo con el art. 35 del Convenio, “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”. La obligación de agotar las vías de recurso internas desde el punto de vista de la comparación se encuentra también en el art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales sobre los derechos humanos, por ejemplo en los arts. 41.1.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 50 y 56.5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. La aplicación de esta regla, que puede sufrir algunas excepciones (*Icyer c. Turquía*), tiene un carácter flexible (*Kozacioglu c. Turquía*), pero no se puede separar del respeto de las normas internas (*Ben Salah, Adraqui y Dhaimé c. España*). El demandante tiene la obligación de plantear el derecho afirmado por el Convenio, si no explícitamente, al menos desde un punto de vista sustantivo (*Castells c. España*), a través de los recursos disponibles (*Sejdovic c. Italia*) y efectivos (*Scordino c. Italia*, núm. 1) en la práctica (*Akdivar et autres contra Turquía*), y en el caso en el que existan varias vías de recurso solo debe utilizar una de ellas (*Moreira Barbosa c. Portugal*). La carga de la prueba de la falta de agotamiento de las vías internas de recurso incumbe al gobierno del Estado parte del Convenio, que puede invocar al respecto una excepción de no agotamiento.

b) La causa de inadmisión de la demanda por haber sido sometida a otra instancia internacional es afirmada en el art. 35.2.b; y requiere algunas características para que haya coincidencia y, por consecuencia, identidad entre la solicitud presentada ante el Tribunal y el recurso introducido frente a otra instancia internacional. La instancia debe ser independiente, judicial, pública e internacional; debe ser respetado el principio de contradicción y sus decisiones deben ser motivadas, notificadas a las partes y publicadas (*Peraldi c. Francia*).

c) Al Tribunal podrá recurrirse “en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. La pérdida del derecho a acudir al Tribunal una vez expirado el plazo de seis meses responde a un principio de seguridad jurídica y se computa a partir de la fecha en la que el demandante y/o su abogado tuvieron un conocimiento “suficiente” de la resolución interna definitiva (*Koc y Tosun c. Turquía*).

d) Es inadmisibles una demanda anónima, que carezca de los elementos aptos para identificar al solicitante (*Blondje c. Países Bajos*): una demanda no firmada, presentada indicando nombres ficticios o incluso presentados por una asociación con fines religiosos y filosóficos de la que no se revela la identidad

de sus miembros. No es considerada como anónima si el solicitante es identificable por un número suficiente de indicios (*Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia*).

e) Una demanda se considera “reiterativa” y es una causa de inadmisión del procedimiento, en virtud del art. 35.2.b, cuando es idéntica a otra demanda examinada anteriormente porque coinciden los demandantes, las quejas y los hechos denunciados (*Pauger c. Austria*).

f) Constituye una causa de inadmisión por razón del procedimiento, por último, según el artículo 35 §3, una demanda abusiva. Se puede entender como tal una demanda presentada con una finalidad contraria al derecho de recurso establecido por el CEDH (*Mirolubovs y otros c. Letonia*). Las hipótesis que son indicativas del carácter abusivo de una demanda no pueden ser enumeradas de forma exhaustiva, pero el Tribunal ha reconocido como abusiva una queja manifiestamente fraudulenta o carente de veracidad; formulada para engañar al Tribunal, o presentada con un lenguaje abusivo, así como un recurso formulado en violación de la obligación de confidencialidad del arreglo amistoso.

2) Los motivos de inadmisión de una demanda por razón de la competencia del Tribunal reproducen las “clásicas” causas de falta de competencia previstas en el derecho interno de los Estados miembros de la Convención: a) la incompatibilidad *ratione personae*; b) la incompatibilidad *ratione loci*; c) la incompatibilidad *ratione temporis*, y d) la incompatibilidad *ratione materiae*.

a) La incompatibilidad *ratione personae* se produce cuando la demanda no está dirigida contra un Estado contratante parte del Convenio (*X. c. Checoslovaquia*) o que haya ratificado sus protocolos (*De Saedeleer c. Bélgica*) o en caso de que el demandante no tenga la cualidad para actuar (*Section de commune d'Antilly contra Francia*).

b) Una demanda es inadmisibile *ratione loci* cuando la violación alegada del Convenio no haya tenido lugar en la jurisdicción del Estado demandado o en territorio bajo su control (*Drozdz et Janousek c. Francia y España*).

c) La incompatibilidad *ratione temporis*, según cuanto afirma el mismo principio general del derecho internacional, excluye la posibilidad de que pudieran caer en el marco de aplicación del Convenio hechos anteriores a su ratificación (*Köpecky c. Eslovaquia*).

d) La incompatibilidad *ratione materiae* determina la inadmisibilidad de la demanda cuando ésta se basa en un derecho que no esté cubierto por el Convenio (*X. c. República Federal de Alemania*) o, y esta es la hipótesis más frecuente, cuando el derecho invocado en la demanda se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los artículos del Convenio o de sus protocolos.

3) Las causas de inadmisión por razón del fondo del asunto son dos: a) la carencia manifiesta de fundamento, y b) la ausencia de un perjuicio importante.

a) La demanda carece manifiestamente de fundamento cuando ésta no presenta ninguna apariencia de violación de los derechos garantizados por el Convenio, de manera que se la puede declarar inadmisibile sin esperar el examen formal del fondo del caso. La jurisprudencia del Tribunal ha identificado cuatro tipos de casos de carencia de fundamento: 1) las quejas dichas de “cuarta instancia”; 2) las quejas respecto a las cuales hay una ausencia

manifiesta o evidente de violación; 3) las quejas no probadas y, finalmente, 4) las quejas confusas y fantasiosas. La expresión quejas de “cuarta instancia” procede de la jurisprudencia (*Kemmache c. Francia*) e identifica la carencia de fundamento a través de un razonamiento a contrario, basado en lo que el Tribunal Europeo no es: este no es un tribunal de apelación ni de casación ni de reexamen ni tampoco de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados miembros. Por lo tanto, si el solicitante no ha entendido bien cuál es la función del Tribunal, su demanda será declarada inadmisibles porque carece manifiestamente de fundamento. La misma suerte puede tocar a las quejas no fundamentadas o inventadas o a aquellas que no están basadas sobre una violación de un derecho afirmado por el Convenio, lo que se produce cuando no hay ninguna apariencia de desproporción entre los fines de un derecho protegido por el Convenio y la injerencia del Estado (*Mentzen c. Letonia*).

b) La ausencia de un perjuicio importante es un criterio de admisibilidad que ha sido introducido en el año 2010 con la finalidad de disminuir la carga de trabajo del Tribunal, en aplicación del principio *de minimis non curat praetor*. Para su examen por el Tribunal, entonces, la presunta violación del Convenio debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad para justificar su examen (*Korolev c. Rusia*). La salvaguarda de los derechos humanos prevé, sin embargo, que se cumplan dos cláusulas: el Tribunal no puede declarar inadmisibles una demanda y tampoco puede inadmitir un asunto si el respeto de los derechos humanos exige el examen del fondo (*Tyrer c. Reino Unido*), o en el caso en el que la demanda no haya sido examinada de forma adecuada por un tribunal nacional (*Ionescu c. Rumania*).

Eloisa Denia Cosimo

CHECKS AND BALANCES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En toda democracia existen poderosas razones que sustentan la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres, a través de la creación de nuevos órganos de naturaleza constitucional, frente a las autoridades pertenecientes tanto a los tres clásicos poderes del Estado como a los poderes privados, hoy tan o más poderosos que los poderes públicos. De ahí que el ejercicio por parte del Tribunal Constitucional de la función de control de las normas legales y resoluciones judiciales, así como de los actos particulares que afectan los derechos fundamentales, haya conllevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

En los orígenes del constitucionalismo moderno, la experiencia norteamericana fue un espacio fecundo para las deliberaciones sobre el sistema de control entre poderes que debía adoptarse en la Constitución por el nuevo gobierno de los Estados Unidos. En ese sentido, la Constitución se concibió como un pacto que buscaba el equilibrio entre los poderes públicos para el logro de los objetivos de la nación y el resguardo de las libertades ciudadanas. De este modo, la integración del poder —en tanto orden jurídico supremo— y la libertad —entendida como derechos fundamentales— cimentaría las bases del quehacer del derecho constitucional y de los procesos constitucionales contemporáneos.

Sin embargo, aun cuando la división del poder como garantía de libertad sea constitutiva del Estado democrático moderno, no se puede afirmar que actualmente el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones —legislativa, ejecutiva y judicial—. Antes bien, este sistema de división tripartita del poder que se originó por razones históricas y políticas concretas ha ido evolucionando en función de nuevos desafíos y alternativas, como las que originaron, más de un siglo después del establecimiento del Estado de derecho, la tardía creación de los tribunales constitucionales en el contexto del juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes, así como en la búsqueda de la unidad constitucional sobre la base de respetar la diversidad política.

Asimismo, la legitimidad judicial del Tribunal Constitucional sólo es posible de alcanzar en el proceso de control constitucional de los diversos actos y decisiones de los poderes públicos y privados en aras de tutelar los derechos fundamentales. En una democracia, el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial no son organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional. Por el contrario, presentan a menudo conflictos de diferente envergadura que ponen de manifiesto la difícil tarea que debe desempeñar dicho Tribunal para ocupar un lugar en el sistema político tripartito de división de poderes.

Ahora bien, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos y actos privados la causante de conflictos institucionales. Por ello, son los peligros fundados contra la libertad, provenientes de las propias autoridades, los que ocasionan dichos conflictos que han tenido incluso, en no pocas oportunidades, profundas repercusiones políticas.

A este respecto, la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales del Congreso o del Poder Ejecutivo no busca sustituir la división del poder, pero sí procura mediante el control jurisdiccional asegurar el balance y la cooperación entre los poderes. Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Congreso no es más el antiguo poder absoluto, lo que significa que los actos parlamentarios son justiciables; y en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no cuestiona el balance de poderes, sino que lo afirma, aun cuando ello no sea óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces.

En relación con lo anterior, aun cuando siempre existe el peligro de hacer política con la justicia (lo que supone terminar politizando la justicia), debe tenerse presente que en las sociedades avanzadas no existen conflictos contrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos o privados. Por el contrario, la actuación judicial, unas veces moderada y otras veces *activista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos que hacen, en todo caso, discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad, lográndose así la afirmación de su legitimidad constitucional gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública.

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes

democráticos, sin perjuicio de que se hayan presentado algunos problemas institucionales durante el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no debe ser entendida como un concepto uniforme.

En cambio, en sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran básicamente dos formas distintas de comprender dicha incorporación. Así, se tiene una posición dogmática que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político, basada en un absolutismo de la mayoría numérica parlamentaria, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad mediante la justicia constitucional es consustancial al sistema político. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean sólo instrumentos de sus fines y objetivos. Mientras que, para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se entiende como una obra abierta y en movimiento, orientada a limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.

En el actual proceso democrático, la posición del Tribunal Constitucional no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral frente a la democracia, sino desde una perspectiva de defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición. Para ello, la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, por cuanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites dentro del régimen político del presidencialismo, así como el papel de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial.

Desde dicho enfoque, es necesario que el Tribunal Constitucional construya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes (*check and balances*). Esto último requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica dado que pone en tensión las relaciones entre el derecho y la política.

César Landa Arroyo

CIERRE DE INSTRUCCIÓN

La palabra “instrucción” proviene del latín *instructio*, *-ōnis*, la cual tiene diferentes significaciones. Es una forma de enseñanza que consiste en la impartición de conocimientos o datos necesarios para realizar una actividad, ya sea a una persona, un animal o un dispositivo tecnológico. También se le llama así al conjunto de conocimientos que tiene una persona. En informática, se le llama instrucción a una serie de datos e informaciones colocados en una secuencia para que un procesador los interprete y los ejecute. En el sentido jurídico, la palabra instrucción se utiliza procesalmente. Su acepción quiere decir ilustrar al juez; enseñarle con sujeción a las reglas procesales el conjunto de actuaciones, diligencias, pruebas y promociones de las partes, que son necesarias para

poner el proceso en estado de sentencia. En un primer acercamiento, cerrar la instrucción equivale a tener en el expediente los elementos necesarios para resolver una controversia jurídica.

Todo proceso jurisdiccional tiene carácter temporal, tiene un principio y un fin; está dividido en una serie de fases o etapas sucesivas que van transcurriendo y que una vez concluidas no permiten, por regla general, que se regrese a etapas ya superadas.

Santiago Barajas Montes de Oca señala que la instrucción es la fase o curso que sigue todo proceso o el expediente que se forma y tramita con motivo de un juicio. El fin específico de todo proceso es esclarecer lo que se denomina verdad histórica. La verdad, en resumen, es lo que ha de encontrar el juzgador durante la instrucción de cualquier proceso para estar en condiciones de dictar sentencia. Termina la instrucción en el proceso cuando el juzgador estima que fueron practicadas todas las diligencias necesarias para encontrar la verdad buscada, incluidas las dictadas para mejor proveer.

Si bien las diversas ramas del derecho tienen características propias, en todo proceso existen, por regla general, dos etapas: la instrucción y el juicio. En la primera se producen las actuaciones, diligencias, pruebas, promociones y se reciben los alegatos de las partes, a fin de poner el proceso en estado de sentencia. Por su parte, la instrucción se subordina a diferentes modalidades dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el derecho civil se divide en tres fases: postulatoria, probatoria y preconclusiva.

En el derecho penal la instrucción es el procedimiento que inicia después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción al proceso y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción; esto es, antes de que el Ministerio Público concrete la acusación en su escrito de conclusiones. Abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculcado, así como la probable responsabilidad penal o su ausencia.

Durante la fase de instrucción en el derecho mercantil se presentan tres etapas, que son: la fijación de la *litis*, pruebas y alegatos. Durante estos tres periodos se desarrolla la demanda, la contestación, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, y la formulación de alegatos. Al término de estas etapas el juzgador estará en condiciones de dictar sentencia que corresponde a la etapa del juicio mercantil.

En los procesos constitucionales como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad el proceso presenta dos fases: instrucción y juicio. En ambos procesos la fase de instrucción tiene como propósito la fijación de la *litis* constitucional. Recibida la demanda, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designará, según el turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución. En las controversias la instrucción inicia con el auto de radicación de la demanda y concluye cuando se da por terminada la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas. En tanto que en las acciones inicia con dicho auto y concluye una vez formulados los alegatos respectivos o concluido el plazo concedido para ello.

Por lo que respecta a los procesos constitucionales en materia electoral que conforman los medios de impugnación de la competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el proceso se divide en tres fases: trámite, sustanciación o instrucción, y resolución o sentencia.

La fase de trámite se lleva a cabo ante la autoridad u órgano partidario que haya emitido el acto impugnado; en esta fase se integra la *litis* con la demanda, el informe circunstanciado y, en su caso, con el escrito del tercero interesado, así como con los medios probatorios que cada una de las partes ofrezca y aporte.

Recibida la documentación que remita la autoridad u órgano partidario responsable del acto controvertido, el magistrado presidente de la Sala respectiva ordena integrar y turnar el expediente al magistrado en turno, quien realizará los actos y ordenará las diligencias que sean necesarias para la sustanciación o instrucción de los expedientes.

La fase de instrucción tiene por objeto dictar los autos, acuerdos o proveídos, relativos a la promoción, recepción y admisión del respectivo medio de impugnación, así como de la comparecencia de los terceros interesados y coadyuvantes, además de realizar cuantas diligencias fueren pertinentes o indispensables, hasta poner el juicio o recurso en estado de dictar sentencia, incluidas las vistas, requerimientos o diligencias que dicte el magistrado instructor para mejor proveer. Esta fase se desarrolla en la Sala competente del Tribunal Electoral; está a cargo fundamentalmente del magistrado instructor en turno.

Una vez sustanciado el expediente y puesto en estado de resolución, esto es, que no hubiese prueba pendiente por desahogar ni diligencia que practicar, se declarará cerrada la instrucción, pasando el asunto a sentencia, y se ordenará fijar copia de los autos respectivos en los estrados de la Sala. La instrucción, por tanto, inicia con el auto de radicación en la ponencia respectiva y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

Con el cierre de instrucción, el magistrado instructor formulará el proyecto de sentencia, según el caso, de sobreseimiento o de fondo, y lo someterá a la consideración de la Sala.

Así, el “cierre de instrucción” constituye un acto jurisdiccional que emite el juzgador que lleva la causa, una vez sustanciado y puesto en estado de resolución el expediente de la controversia jurídica o litigio, previo a resolver o proponer a sus pares un proyecto de resolución, según se trate de un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado. El cierre de instrucción por regla general tiene tres principales efectos: *a)* poner fin a la instrucción; *b)* marcar el principio de la fase de resolución o sentencia, y *c)* citar a las partes para sentencia.

María del Carmen Alanís Figueroa

CIRCUITOS JURISDICCIONALES

Se ha entendido, por lo general, como circuito jurisdiccional un territorio, una zona o una demarcación geográfica que comprende varias comunidades o ciudades o distritos, o partes de uno o varios estados o provincias, según sea

la organización política y administrativa del país de que se trate, donde ejerce jurisdicción un juez o un tribunal.

Para la comprensión de la locución distrito jurisdiccional, tal como se emplea en la actualidad, es menester partir de la conformación histórica del Estado, que surgió cuando un poder centralizado tuvo la facultad de *imperium*, el monopolio de la capacidad de imponer normas jurídicas dentro del territorio que comprende y de garantizar su cumplimiento. Previamente a dicha etapa, en la Edad Media faltó “un poder público rígidamente institucionalizado, capaz de ejercer el monopolio de las facultades de *imperium* y normativas de un territorio a él subordinado” (Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*).

En cuanto a la división del territorio en diferentes porciones para poder ser gobernadas, encontramos que Europa, en el siglo XIII, hace una reordenación de su territorio, además, con antelación, en textos como la Biblia se hace mención de “distritos jurisdiccionales”; sin embargo, como ya se aclaró con antelación, nos enfocaremos al Estado como lo concebimos actualmente, es decir, como la forma de organización política de la sociedad a través de la norma jurídica que otorga facultades a los funcionarios públicos, que a la vez constituyen límites, para hacer realidad el orden constitucional.

Entonces, al haber un poder centralizado es menester adoptar una forma de organización para gobernar a la población que habita en el territorio que forma parte de un determinado Estado, pero la realización de dicha actividad no únicamente se enfoca a aspectos de tipo normativo o administrativo, sino que también juega un papel de suma importancia lo jurisdiccional, por tanto, se debe hacer un diseño organizacional de los órganos de impartición de justicia encargados de aplicar la ley a casos concretos dentro del territorio en que ejercen jurisdicción.

Ahora bien, vistos los circuitos jurisdiccionales como una forma de organización de los órganos de poder que tienen la función de impartir justicia, acercan a éstos a las personas que demandan tener acceso a la misma, por tanto, son un factor que contribuye a hacer realidad el derecho humano de acceso a la justicia, además de que permiten manejar con más eficiencia la carga de trabajo o, como unos la denominan, “carga procesal” (expresión que tiene más de un significado), pues bien pueden estar diseñados para recibir asuntos de igual o similar naturaleza.

Entonces, el aparato encargado de aplicar la ley se puede organizar de diferentes maneras, dependiendo de varios factores; por ejemplo, la similitud de los problemas a atender en distintos territorios que comparten diversos aspectos, como pudiera ser el caso que constituyeran una unidad geográfica. Lo más conveniente para organizarse en circuitos jurisdiccionales y hacer un diseño adecuado es utilizar el enfoque de políticas públicas para solucionar los problemas que se presentan en los diferentes Estados, con base en diversas opciones, como puede ser la desconcentración de servicios públicos o incluso la descentralización, según lo que sea más viable desde el punto de vista técnico y factible políticamente para su implementación y operación.

Para llegar a tomar la decisión correcta, el enfoque de políticas públicas contempla una serie de pasos para resolver los problemas, que es a lo que téc-

nicamente se conoce como ciclo de las políticas públicas, que según Parsons comprende: problema, definición del problema, identificación de alternativas, evaluación de las opciones, selección de una de ellas, implementación y evaluación. Daremos un ejemplo al respecto tomando como base uno de los componentes del ciclo citado.

Cuando se detecta que hay un problema en el ámbito de la justicia es necesario recopilar información para definirlo correctamente y hacer un diagnóstico de la situación, verbigracia, es menester conocer cuál es la forma de organización, recabar estadísticas, interrogar a las personas que forman parte del propio sistema que puedan proporcionar opiniones calificadas.

En cuanto a la forma de organización, que es en lo que nos centraremos, es ineludible saber el tipo de despacho judicial que ha estado en vigor, que doctrinalmente toma diferentes nombres, según sea la característica o las características que se están mirando, de manera que es necesario saber si el mismo es funcional al sistema y a los cambios que se operan; por ejemplo, el aumento de la demanda de los servicios de los órganos jurisdiccionales debido a la presión demográfica o de otro tipo o que genera una carga de trabajo que dificulta que los asuntos se resuelvan dentro del tiempo que fija la ley, entonces habrá que buscar la forma de que el despacho judicial sea más eficiente; o bien, si es que algunas personas no tienen acceso a la justicia debido a que está muy retirado el juzgado de donde viven o trabajan, lo que desincentiva que acudan en demanda de justicia, podría tomarse la decisión de desconcentrar la prestación de los servicios o llegar hasta su descentralización.

En conclusión, la organización en circuitos judiciales es un factor que permite el acceso a la justicia, que es un derecho humano reconocido por las diversas Constituciones e instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

CIRCUNSCRIPCIÓN PLURINOMINAL

El vocablo circunscripción es la parte georreferenciada que establece los límites territoriales en que se divide un país para efectos electorales. Tal expresión, vinculada a la materia electoral, se refiere a aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos o partidos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral; de igual modo, se refiere a la demarcación geográfica que contiene determinado número de habitantes, integrada por entidades federativas colindantes, cuyos electores inscritos en el padrón electoral elijen a sus gobernantes, con el objeto de ofrecer una representación a los partidos en función del número de votos recibidos, independientemente de los triunfos o derrotas en otros distritos electorales.

Actualmente, casi la totalidad de los países distribuyen los escaños en circunscripciones electorales y generalmente éstas son plurinominales, y cuya estructura de distribución varía según la organización interna que cada país adopta, y en donde un antecedente decisivo para ello es la división político-

administrativa y geográfica de cada Estado. Casi toda la división territorial de las circunscripciones electorales se hace a través de la división en departamentos o provincias, o estados, territorios o distritos.

Aunque puede haber circunscripciones o distritos sin base territorial alguna, generalmente la delimitación de éstas se realiza atendiendo a ese criterio; como ejemplo tenemos a Portugal, en donde existe una circunscripción para los ciudadanos portugueses residentes en el extranjero, o Nueva Zelanda, donde existen los llamados distritos personales (no territoriales) que permiten la representación de los aborígenes de alguna raza de esa región del mundo, así como algunos otros países, en donde se reserva alguna circunscripción electoral para la representación de las minorías étnicas.

Las circunscripciones electorales se han dividido, según el número de escaños en disputa, en uninominales y plurinominales; tratándose de las primeras, se disputa un escaño en la circunscripción, y de las segundas, más de un escaño en la circunscripción. En las llamadas circunscripciones plurinominales se ha realizado una distinción más precisa, ya que por su dimensión y efectos, generalmente las circunscripciones plurinominales se clasifican en pequeñas (entre 2 y 5 escaños), medias (entre 6 y 10 escaños) y grandes (más de 10 escaños).

Dichos tipos de circunscripciones electorales son compatibles, en principio, con todos los sistemas electorales, sean de representación mayoritaria o proporcional, ya que como lo señala Nohlen: “el tamaño de las circunscripciones está referido al número de escaños que se asignan y no a la extensión territorial que ocupan”.

Es de gran importancia para los efectos del sistema electoral el tamaño de la circunscripción; primero para la relación entre votos y escaños, y segundo, para las oportunidades electorales de los partidos políticos contendientes. En el tamaño de las circunscripciones es válida la regla de decisión proporcional; se dice que cuanto más pequeña la circunscripción electoral, menor el efecto proporcional del sistema electoral, y generalmente también las posibilidades de que partidos pequeños accedan a cargos.

Así, se dice que en el tamaño de las circunscripciones influye la relación entre elector y electo, ya que en una circunscripción uninominal la relación entre elector y candidato se basa en el conocimiento de éste, la confianza y la responsabilidad; en tanto que en las circunscripciones plurinominales el elector otorga su voto por lo general a una lista de partido que la mayoría de las veces no le es conocida.

En el trabajo “La circunscripción electoral: una visión conceptual y comparada de la región andina”, de Fernando Tuesta, de una revisión global respecto de las circunscripciones en el mundo se observa que se han dividido de la forma que a continuación se presenta:

Países que utilizan todo el territorio nacional como circunscripción. Esto se refiere a aquellos países donde no existe división territorial para fines electorales, esto es, el tamaño de la circunscripción incluye a todos los puestos en contienda y su número es 1. A estos países se les suele denominar como sistemas electorales con circunscripción o distrito electoral único, lo cual generalmente ocurre en países pequeños en cuanto a su población.

Países que utilizan circunscripciones especialmente delimitadas. Esto se da en los sistemas mayoritarios con distritos uninominales, porque de lo que se trata es de delimitar las circunscripciones atendiendo al principio de mantener una relación igual entre representantes y población (un hombre = un voto). Es requisito para este tipo de circunscripciones contar con conocimientos exhaustivos de la geografía y demografía del país de que se trate; además, en estos casos, debido a los procesos migratorios, los ajustes de los límites de la circunscripción suelen ser de forma permanente.

Países que utilizan la delimitación política-administrativa. Generalmente utilizado en sistemas proporcionales en circunscripciones plurinominales. Se trata de asignar un número de escaños a la unidad político-administrativa (provincia, departamento, estado, región o distrito), de acuerdo a su tamaño poblacional. Pese a los esfuerzos, difícilmente se logra mantener la relación representantes y población (un hombre = un voto) de manera igual en todas las circunscripciones.

Con base en lo anterior, las circunscripciones electorales son divisiones del territorio de un Estado en las que se elige a representantes populares por medio del voto para distintos cargos públicos, con la finalidad de que un área geográfica pueda ser organizada en delimitación de distritos, lo cual se vuelve primordial para la representación de las fuerzas políticas hacia la población y la ciudadanía. Debe tenerse presente que la actualización de la división del territorio en circunscripciones puede ser objeto de ajustes y valoraciones en el procedimiento conocido como redistribución.

En México, la distritación es un ejercicio de reordenamiento que deviene por mandato constitucional, pues da cumplimiento a lo establecido en el art. 53 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece que a partir del último censo de población efectuado en el país, en este caso el Censo de Población 2010, la distribución de la demarcación territorial de los 300 distritos electorales uninominales será la que resulte de dividir la población total del país entre los distritos señalados.

La referencia geográfica electoral no es estática, debe ajustarse a las nuevas realidades demográficas, como los procesos migratorios, y también requiere ajustarse en ocasiones a los accidentes geográficos; de ahí que las leyes de cada país determinen la periodicidad de este procedimiento de demarcación.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME

La incorporación de una cláusula de interpretación conforme de las normas de derechos humanos con respecto a los tratados internacionales, prevista en los ejercicios constitucionales contemporáneos, es consecuente con todo un conjunto de aproximaciones que surgen a partir de la vinculación con el derecho internacional para obligarse en los términos de un tratado que contenga normas protectoras de la persona. Estas notas, que contribuyen a la armonización en sede interna de la norma internacional, van conformando una secuencia de pasos que permiten una mejor y más amplia aplicación de los instrumentos. Por ejemplo, su incorporación al orden jurídico nacional, o

bien la relevancia constitucional de aquellos relativos a la materia de derechos humanos.

En términos generales, podemos encontrar tres distintos modelos para optar por un reconocimiento de la relevancia constitucional de ese tipo de tratados en la práctica comparada.

a) *Jerárquico*. Se ubica a los tratados internacionales que contienen normas protectoras de la persona al mismo nivel de la Constitución. Por ejemplo, en las Constituciones de Guatemala (1985) o Argentina (reforma integral de 1994).

b) *Interpretativo*. A través de una cláusula de interpretación conforme de los derechos reconocidos en las Constituciones con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Portugal (1976), España (1978) y Perú (1993).

c) Un *modelo mixto*, que adopta tanto la relevancia constitucional de los tratados como una cláusula de interpretación conforme. Se trata de un diseño presente principalmente en algunas de las últimas Constituciones de América Latina, en el que se asumen las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales como un marco normativo de índole constitucional (lo que deriva en el llamado “bloque de constitucionalidad”), pero que incluye también una cláusula de interpretación conforme, así como el principio *pro persona* en algunos casos. Por ejemplo, las Constituciones de Colombia (1991), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011).

La remisión interpretativa de los derechos constitucionales a los tratados es lo propio de la figura en la práctica comparada de los países que han acompañado este modelo, especialmente en América Latina y Europa —que además claramente tiene dos importantes y obligados referentes interpretativos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— aunque sin descartar otros contextos, como el de algunos países en el Sistema Africano de Protección a los Derechos Humanos.

En el modelo comparado esta cláusula se ha implementado como una forma de remisión de las normas sobre derechos fundamentales presentes en la Constitución a los tratados internacionales para efecto de aplicar el instrumento internacional, privilegiando su eficacia protectora. No implica únicamente la consideración interpretativa hacia los derechos sustantivos, sino al instrumento en su conjunto, lo que incluye también a la propia dimensión hermenéutica presente en los tratados, y —a mi juicio— también a la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones emitidas por los organismos establecidos para su garantía, primordialmente las sentencias de los tribunales.

En la práctica, la aplicación de esta norma de conexión va directa y claramente hacia la jurisprudencia internacional, como puede acreditarse probadamente con respecto al caso español, que a través del art. 10.2 constitucional ha ejercido una interpretación conforme directamente vinculada al intérprete convencional, particularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta implicación es muy clara desde fases incipientes de los desarrollos normativos que han asumido la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos; de manera que es posible afirmar que la interpreta-

ción conforme lo es con respecto a la propia interpretación que se desarrolla en relación con la norma convencional.

De ahí que en el contexto latinoamericano exista un grado de compatibilidad muy importante entre la interpretación conforme y el control difuso de convencionalidad mandatado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso en las implicaciones de la propia interpretación conforme, que se presentan en el control de constitucionalidad; un ejercicio complementario con el primero; como lo advirtió la Corte Interamericana en la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*.

El acento de la cláusula de interpretación conforme es el reconocimiento de que las normas sobre derechos humanos constituyen estándares normativos de mínimos susceptibles de un necesario envío interpretativo hacia otros ordenamientos para efecto de su ampliación. Es el diseño constitucional que corresponde a normas que buscan expandirse al presentarse como sedimentos mínimos de ampliación progresiva.

Esta idea es deudora del hecho de que el desarrollo sobre derechos humanos va cobrando fuerza normativa en la medida en que se van obteniendo pisos más altos a partir de alcances normativos identificables de menor a mayor protección. De ahí que cobren relevancia en la aplicación de las normas sobre derechos humanos principios como el de integralidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. De esta forma, las cartas sobre derechos humanos, sean Constituciones o tratados internacionales, establecen un estándar mínimo de obligado cumplimiento para los Estados, y que por vía jurisprudencial puede ser ampliado, al remitirse a ordenamientos más protectores: otros tratados internacionales; o bien, incluso, a otras normas nacionales.

Regularmente la cláusula de interpretación conforme se ha desarrollado para efectos de efectuar una remisión interpretativa de los derechos fundamentales presentes en las Constituciones a los tratados internacionales, según el diseño incipiente de Portugal o España. Sin embargo, puede haber diseños como el implementado en México, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, que favorecen mayores posibilidades de su empleo, ya que la remisión interpretativa de las normas sobre derechos humanos presentes en cualquier ley, se dirige a un par de referentes conformados por la Constitución y los tratados internacionales; remisión ante la que prevalece el sentido de aplicación normativa o interpretativa más favorable, por lo que esta cláusula se encuentra íntimamente vinculada al principio *pro persona*, que otorga el sentido final del ejercicio interpretativo.

El diseño particular adoptado por la Constitución mexicana en el art. 1o., párrafo segundo, establece que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad: “*con esta Constitución y con los tratados...*”; se trata de un par de referentes que actúan de conjunto, porque en la redacción del texto constitucional nos encontramos ante una conjunción copulativa, no disyuntiva (Ferrer, 2011).

De esta manera, es posible advertir las siguientes modalidades de interpretación conforme:

a) De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales*.

b) De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*.

Una posibilidad interpretativa que además se encuentra respaldada en los criterios contenidos en los instrumentos sobre su propia interpretación en relación con otras normas que sean más favorables.

c) De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*.

Esta última remisión es la que refleja la construcción de un bloque de derechos; un bloque de constitucionalidad no entendido únicamente como un solo catálogo de derechos, sino un contenido ya interpretado e integrado de conformidad con el material normativo referente, y que sirve de parámetro a la legislación y a los actos de autoridad.

José Luis Caballero Ochoa

CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. LOS MERCADOS DE LA CODIFICACIÓN. La codificación procesal constitucional es un proceso concretado en varios países, con la sanción de “códigos procesales constitucionales” (en orden cronológico: provincia de Tucumán, estado federado en Argentina, Ley 6944; Perú, Ley 28.237; Bolivia, Ley 254 de 2012), o “leyes de jurisdicción constitucional” (Costa Rica, Ley 7135), de “procedimientos constitucionales” (El Salvador, decreto legislativo 2996, de 1960; provincia de Entre Ríos, en Argentina, Ley 8369), o bajo el rótulo de “ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad”, en Ecuador. Este listado es meramente ejemplificativo.

Existen comunidades poco afectas a este proceso de codificación: en ellas no hay “mercado”, sea simplemente porque no hay una “demanda” forense o académica de tal fenómeno, o porque no existe “oferta” que la satisfaga. Este es un tema que interesa a la sociología jurídica, y que se explica por tradiciones, idiosincrasias, prevenciones, experiencias poco felices, o simplemente desinformación.

II. SOLES Y BEMOLES DE LA CODIFICACIÓN. En teoría, la codificación procesal constitucional debería cumplir ciertas metas muy atractivas. Así, brindar *seguridad* en la materia, al evitar respuestas normativas disímiles, que son frecuentes cuando los procesos constitucionales son tratados de manera dispersa, aluvional y asistemática. La codificación también puede procurar *perfeccionamiento* y *eficacia*, al evitar redundancias, pulir las contradicciones y mejorar los institutos preexistentes. De paso, la codificación *robustece* y *consolida* a la disciplina procesal constitucional, reforzando su autonomía y su calidad jurídica.

Pero también la codificación procesal tiene sus problemas. Uno de ellos es la *regresión*, si el codificador repliega los avances legales o tribunales habidos y retrae la vigencia y la eficacia del derecho procesal constitucional. Otro riesgo es el *conflicto*, cuando la empresa codificatoria reaviva viejas disputas o provoca otras nuevas, acerca, por ejemplo, del rol supletorio o directo de algún proceso constitucional, su radio de cobertura o la legitimación procesal para promoverlo. Finalmente, no cabe descartar la *esclerotización* que puede provocar, al coagular, *v. gr.*, tendencias jurisprudenciales aperturistas en cier-

nes, o iniciativas doctrinales que terminan arrinconadas ante el nuevo cuerpo legal codificado.

III. LAS RUTAS DE LA CODIFICACIÓN. El proceso que comentamos puede plasmarse de dos modos, como cualquier empresa codificatoria. Uno, más modesto, es la *consolidación*, que consiste en el aglutinamiento de textos legales preexistentes, bien que de manera más orgánica, pero respetando el diseño y el contenido básico anterior. El otro, más ambicioso, es la *codificación* propiamente dicha, que puede alcanzar toda una reelaboración de la magistratura y de los procesos constitucionales en vigor, más la programación de otros nuevos y el reemplazo o la extinción de otros, incluso de antigua data.

IV. LOS TOPES DE LA CODIFICACIÓN. La codificación es una tarea que asume el legislador. Como tal, tiene sus límites y condicionamientos.

Desde luego, hay bordes materiales o físicos, como las partidas presupuestarias para organizar juzgados especializados en lo procesal constitucional o el número de funcionarios y magistrados necesarios para asumir roles jurisdiccionales más ambiciosos y activos.

Pero también existen topes normativos, provenientes, en primer lugar, de la constitución nacional, que cuando se ocupa de definir los procesos constitucionales básicos y sus alcances (como la del Perú, art. 200, *v. gr.*), ello circunscribe la capacidad imaginativa del codificador. Hay otras Constituciones, en cambio, más amplias y permisivas, incluso generosas, que al revés, demandan al legislador la instrumentación de órganos tribunales ágiles y cuantitativamente numerosos. Una Constitución, desde esta perspectiva, puede ser una cárcel o una pista de despegue para el proceso codificadorio.

Para los estados o provincias miembros de una Federación, la capacidad del operador de la codificación se ve también restringida por la Constitución local, de vez en cuando más detallista que la nacional. Y en ciertas circunstancias extremas y raras, por la prohibición de regular legislativamente ciertos institutos, como ha ocurrido en Salta y Jujuy, Argentina, por ejemplo en relación con el hábeas corpus o el amparo.

A lo dicho cabe añadir las exigencias propias del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica ha establecido reglas precisas sobre el “amparo latinoamericano”, como se lo llama con frecuencia, las que resultan obligatorias para cualquier codificador del área suscriptor del Pacto. Es de advertir que ese amparo sirve no solamente para tutelar derechos emergentes del Pacto de San José, sino también derechos constitucionales y legales, y que se encuentra complementado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de seguimiento obligatorio para los estados del área que han aceptado su jurisdicción, de acuerdo con su doctrina del “control de convencionalidad”.

V. EL DESTINO DE LA CODIFICACIÓN. La suerte de una codificación depende de dos variables esenciales. Una, de su mérito intrínseco, que no consiste solamente en la sanción de normas pulcramente redactadas, sino también de reglas sensatas, respetuosas del medio y de la sociedad donde van a aplicarse, de su justicia y de su factibilidad. El delirio legislativo es tan pernicioso como la impericia o el desconocimiento.

Pero, junto a lo dicho, el éxito de una codificación va a concluir en la voluntad de los operadores posteriores de cumplirla leal y adecuadamente. Si ellos se confabulan para retacearla, pervertirla, corromperla o simplemente ignorarla, el código procesal constitucional, por más méritos que tenga, concluirá ineficiente. Cabe asumir aquí que muchos actores de ese drama forense intentarán, al día siguiente de promulgarse la codificación, de interpretarla y hacerla funcionar con los viejos cánones formalmente modificados o sustituidos. Tal inercia es connatural al ser humano. No cabe, por cierto, desconocerla, aunque corresponda —por supuesto— superarla.

Néstor Pedro Sagüés

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo mandato es promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y actuar como órgano consultivo de la OEA en la materia, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 106 de la Carta de la OEA y 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La organización, estructura y funcionamiento actual de la Comisión Interamericana se rigen por el Estatuto de la CIDH, aprobado por la Asamblea General de la OEA a propuesta de la propia Comisión, y el Reglamento de la CIDH que, con base en aquél, ella misma expide. El 1o. de agosto de 2013 entró en vigor una nueva e importante reforma que adelantó la CIDH a su Reglamento, políticas y prácticas, después de un amplio y participativo mecanismo de consulta a Estados, víctimas, organizaciones defensoras de derechos humanos, expertos y otros sectores de la sociedad civil, en el marco de un proceso de fortalecimiento.

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, y empezó a funcionar en 1960. Tiene su sede en Washington, Estados Unidos. Junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979 y con sede en San José, Costa Rica, son los dos órganos base del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Mientras que el mandato de la Comisión Interamericana comprende todos y cada uno de los 35 Estados miembros de la OEA, el de la Corte Interamericana abarca aquellos países que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, han reconocido la jurisdicción de la propia Corte (en la actualidad 20 Estados, de los 23 que son parte de la Convención). Lo anterior es así en virtud de que la Comisión Interamericana es, como se indicó, un órgano de la propia OEA, previsto en la Carta respectiva, en tanto que la Corte Interamericana es un órgano creado por decisión de los países parte de la Convención Americana.

I. INTEGRACIÓN Y ESTRUCTURA. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título individual, debiendo ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. El pleno de la Comisión repre-

senta al conjunto de Estados miembros de la OEA, por lo que sus miembros no representan a sus países de origen o residencia; incluso, sus miembros no pueden participar en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto sometido a la consideración de la Comisión que involucre al Estado del cual son nacionales. La duración del periodo de sus miembros es de cuatro años, renovables una sola vez por otro periodo. Si ocurriera alguna vacante antes de la conclusión del periodo, la misma es cubierta por el Consejo Permanente de la OEA.

La directiva de la Comisión está compuesta por un presidente o una presidenta; un primer o primera vicepresidente, y un segundo o segunda vicepresidente, con un mandato de un año, quienes pueden ser respectivamente reelegidos o reelegidas una sola vez en cada periodo de cuatro años.

Para adelantar sus labores de promoción y protección de los derechos humanos, la CIDH se organiza en relatorías de país y de carácter temático, cada una a cargo de sus diferentes miembros en lo individual. La consolidación de los enfoques especializados de sus diferentes relatorías temáticas, varias de las cuales derivan de resoluciones emitidas por la Asamblea General de la OEA, ha permitido a la Comisión identificar, estudiar y emitir recomendaciones a los Estados miembros en los principales temas que conforman la agenda internacional en la materia, algunos de los cuales, si bien permanecían invisibles en las políticas públicas y el ámbito normativo de los Estados, afectaban una variedad de derechos fundamentales de poblaciones, comunidades, grupos y personas históricamente sometidos a discriminación. Para febrero de 2014 existen las siguientes ocho relatorías temáticas: Derechos de los pueblos indígenas; Derechos de las mujeres; Derechos de las y los migrantes; Derechos de niñas, niños y adolescentes; Derechos de defensoras y defensores de derechos humanos; Derechos de las personas privadas de libertad; Derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial, y Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. Asimismo, hay una Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, hay una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, a cargo de una persona de tiempo completo seleccionada a través de concurso público por la CIDH.

Para el cumplimiento de sus funciones, la CIDH cuenta con el apoyo legal y administrativo de su Secretaría Ejecutiva, la cual se encarga de coordinar al personal profesional y de apoyo, así como preparar los proyectos de informes, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomiende la Comisión o quien la presida. Asimismo, la Secretaría Ejecutiva recibe y da trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión.

II. FUNCIONES. En cumplimiento de su mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas, la CIDH:

a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana y que les es aplicable, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado, a los cuales se les aplica primordialmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Hasta diciembre de 2013 ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en más de 20,000 casos procesados

o en sustanciación. Sus informes de admisibilidad y fondo pueden consultarse en la página *web* de la Comisión, así como una referencia a los mismos en sus *informes anuales*.

b) Recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del hemisferio, ya sea con motivo de sus informes de fondo en casos individuales o a través de sus informes temáticos o de país.

c) Presenta casos ante la Corte Interamericana, con base en el art. 61 de la Convención, cuando determinado Estado, habiendo reconocido la jurisdicción de la propia Corte, no cumple con las recomendaciones de la Comisión en los respectivos informes de fondo, compareciendo ante la Corte durante la tramitación y consideración de los casos.

d) Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, en conformidad con lo dispuesto en el art. 64 de la Convención Americana.

e) Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, en conformidad con el art. 45 de dicho instrumento.

f) Solicita a los Estados miembros que adopten medidas cautelares con base en lo dispuesto, entre otros, en los arts. 106 de la Carta de la OEA, 41.b de la Convención Americana, 18.b del Estatuto de la CIDH y 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes (al efecto, la Comisión recibe generalmente más de 450 solicitudes de medidas cautelares cada año). Asimismo, en conformidad con lo dispuesto en el art. 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

g) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en alguno de ellos, cuando lo considera apropiado; ha publicado al 31 de diciembre de 2013 más de sesenta.

h) Celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo con Estados, víctimas, organizaciones defensoras, expertos y otros sectores de la sociedad civil (generalmente, más de cien cada año) en el marco de sus periodos de sesiones, ya sea que se encuentren relacionadas con alguna petición o caso individual, o bien para abordar alguna situación de carácter general, además de emitir comunicados de prensa (aproximadamente, más de 100 cada año).

i) Realiza observaciones *in loco* en el marco de alguna visita a un Estado miembro, previa anuencia o invitación del gobierno respectivo, para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o investigar una situación específica (al 31 de diciembre de 2013, la Comisión había realizado 93 visitas). En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

j) Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. Al efecto, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos, además de rendir su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

k) Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, organizaciones defensoras de derechos humanos y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

Al respecto, es frecuente distinguir entre las funciones de promoción y las de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión Interamericana, si bien ambas funciones se encuentran interrelacionadas en la práctica. En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos humanos con los que cuenta la Comisión, cabe distinguir, por una parte, entre el sistema de peticiones y casos individuales, el otorgamiento de medidas cautelares o la solicitud de medidas provisionales a la Corte, a través de los cuales se protege a personas individuales que hayan sido víctimas de alguna violación a sus derechos humanos o estén en riesgo de que se les violen, y, por otra, la labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos en los países de la región que realiza la Comisión, mediante la cual se protege generalmente a un conjunto de personas que encuadran en algún tipo de situación. Entre los mecanismos específicos de protección al ejercer su labor de monitoreo, la Comisión celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo; formula observaciones *in loco*, con motivo de visitas realizadas a alguno de los países miembros de la OEA; solicita información a los Estados; elabora informes anuales, temáticos o de país, y emite comunicados de prensa.

J. Jesús Orozco Henríquez

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (RECOMENDACIONES DE LA)

De conformidad con lo dispuesto por el inciso b), del art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene la atribución de formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Esta disposición es reproducida por el inciso b), del art. 18 del Estatuto de la CIDH, añadiendo que las medidas progresivas a favor de los derechos humanos deben ser también adoptadas por los gobiernos de los Estados dentro del marco de sus compromisos internacionales. En la Opinión Consultiva 13/93 del 16 de julio de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) señaló que “la función principal de la Comisión es la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos”. Los arts. 50 y 51 de la CADH establecen etapas sucesivas en las que se generan dos documentos llamados “informes”, y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo,

y que no pueden subsumirse en uno solo, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar.

1. En la primera etapa, regulada por el art. 50, la CIDH, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la CIDH y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo, ni tampoco la CIDH.

2. Una segunda etapa está regulada por el art. 51, y en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la CIDH está facultada, dentro de dicho periodo, para decidir si somete el caso a la Corte-IDH por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto, decisión que no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la CADH. Los tres meses se cuentan desde la remisión del informe del art. 50 al Estado interesado, y la Corte-IDH ha aclarado que dicho plazo, aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales, por lo que respecta al sometimiento del caso a la Corte-IDH, con independencia de aquel que la Comisión señale al Estado para el cumplimiento de sus primeras recomendaciones. La Comisión puede elaborar un segundo informe, siempre que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte-IDH, dentro del plazo dispuesto (art. 51, CADH). En caso contrario, la CIDH posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes, haciendo las recomendaciones pertinentes y dándole un plazo adicional al Estado para que tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la CADH. Como se dijo, se trata de dos informes separados cuyo contenido puede ser similar, el primero (preliminar) no puede ser publicado y el segundo (definitivo) si puede serlo, previa decisión de la CIDH adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.

3. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo, cuando haya vencido el plazo que la CIDH ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el informe definitivo, decisión que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.

En varias ocasiones, la Asamblea General de la OEA ha alentado a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, como lo hizo mediante su resolución AG/RES. 2672 (XLI-O/11) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH (punto resolutorio 3.b). Asimismo, la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) sobre Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el

seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutivo 3.d).

En su Informe Anual 2012, la CIDH distingue las tres categorías en torno al cumplimiento de sus recomendaciones:

— Cumplimiento total (aquellos casos en que el Estado ha cumplido a cabalidad con todas las recomendaciones formuladas por la CIDH. Dado los principios de efectividad y reparación integral, la CIDH considera como cumplidas totalmente aquellas recomendaciones en las que el Estado ha iniciado y concluido satisfactoriamente los trámites para su cumplimiento).

— Cumplimiento parcial (aquellos casos en los que el Estado ha cumplido parcialmente con las recomendaciones formuladas por la CIDH, ya sea por haber dado cumplimiento solamente a alguna/s de las recomendaciones o por haber cumplido de manera incompleta con todas las recomendaciones).

— Pendientes de cumplimiento (aquellos casos en los cuales la CIDH considera que no ha habido cumplimiento de las recomendaciones, debido a que no se han iniciado ninguna gestión encaminada a tal fin; a que las gestiones iniciadas aún no han producido resultados concretos; a que el Estado explícitamente ha indicado que no cumplirá con las recomendaciones formuladas o a que el Estado no ha informado a la CIDH y esta no cuenta con información de otras fuentes que indique una conclusión contraria).

Uno de los temas de mayor trascendencia para el sistema interamericano y que ha dado lugar a un arduo debate en la doctrina es el referido a si las recomendaciones efectuadas por la CIDH, tanto en el informe preliminar como en el definitivo, resultan obligatorias para los Estados. Con el fin de reforzar el cumplimiento de sus recomendaciones, la CIDH planteó ante la Corte-IDH que la sola inobservancia de sus recomendaciones por parte de los Estados acarrearía la responsabilidad internacional de estos en aplicación del principio *pacta sunt servanda*. La Corte-IDH, en consecuencia, se refirió a la naturaleza y alcances de las recomendaciones de la CIDH, en los siguientes casos:

— Caballero Delgado y Santana (sentencia del 8 de diciembre de 1995). La Corte-IDH resolvió en lo conducente: “67... el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”.

— Genie Lacayo (sentencia del 29 de enero de 1997). La Corte-IDH confirmó el criterio que ya había emitido (párr. 93).

— Loayza Tamayo (sentencia del 17 de septiembre de 1997). La Corte-IDH reiteró el criterio formulado anteriormente, agregando nuevos elementos: “80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el

caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111). 81. Asimismo, el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte ‘para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes’, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”.

— Blake (sentencia del 24 de enero de 1998). La Corte-IDH confirmó el criterio sostenido en Loayza Tamayo (párr. 108).

Al analizar los alcances del caso Loayza Tamayo, Pedro Nikken sostiene que una obligación de “realizar los mejores esfuerzos” es, en términos jurídicos, una típica obligación de comportamiento que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la Comisión, que implique una completa omisión de medidas encaminada a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe. En síntesis —concluye Nikken—, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la CIDH en aplicación del art. 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte-IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

Si se atiende a la línea interpretativa conforme a la cual los Estados parte del Pacto de San José “tienen el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole; y que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”; puede afirmarse que las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, máxime que estos gozan del derecho de recurrir ante la Corte-IDH el informe emitido por la CIDH, cuando lo estime infundado (art. 50, CADH).

Por tanto, las recomendaciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo, son obligaciones que los Estados deben cumplir no solo porque deben obrar de buena fe de acuerdo con la costumbre internacional, sino, principalmente, porque al ratificar la CADH han asumido abiertamente, ante sus ciudadanos y la comunidad internacional, obligaciones claras y precisas para la protección y garantía de los derechos humanos allí reconocidos (*cf.* art. 1o., párrs. 1 y 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

COMISIONES DE INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA

Las comisiones de investigación o comisiones de encuesta son órganos especiales y temporales del Parlamento —bien de una de sus cámaras, o de ambas—, cuya finalidad es la inspección de un determinado asunto de interés público, para lo cual gozan de potestades extraordinarias —de las que se desprende su carácter especial—. Los resultados de la investigación, como los de otros controles parlamentarios, no producen principalmente efectos jurídicos, sino más bien de carácter político.

Aun cuando existieron prácticas parlamentarias anteriores, los primeros textos constitucionales en los que se puede encontrar esta facultad parlamentaria son la Constitución de Bélgica (1830), el texto constitucional de Prusia (1850) y la Constitución de la República de Weimar (1919). Estas comisiones pasaron a formar parte de la mayoría de las Constituciones de la posguerra de 1945 o se incorporaron a otras mediante reformas, a partir de ese momento.

En los sistemas romano-canónico-germánicos la institucionalización de las comisiones de investigación tiene, en general, un carácter de órganos *ad hoc*, de tal manera que se constituyen específicamente para indagar un asunto en concreto y sólo es a ellas a quienes se encuentran otorgadas potestades extraordinarias para la consecución de sus objetivos, aun cuando no se prohíbe la atribución de poderes de investigación a una comisión permanente.

En el modelo anglosajón del *Common Law* la situación es diferente. En Inglaterra, independientemente de la existencia de comisiones especiales que se encuentran diferenciadas de las comisiones permanentes, la realidad es que dentro de las de carácter especial se incluyen a las comisiones relacionadas con los departamentos gubernamentales que permanecen a lo largo de toda la Legislatura —no por un tiempo específico— y que poseen las potestades especiales de investigación para citar personas y requerir documentos e informes.

En Estados Unidos, en un principio, el Congreso condujo investigaciones sólo a través de comisiones especiales, pero en 1827 una de carácter permanente fue habilitada para requerir testigos y documentación. El que aquellas de carácter especial hubieran sido preferidas por muchos años para esta actividad, se explica en parte por la sensación de que, al menos en algunas instancias, se podían esperar resultados más objetivos y profundos, a que si la investigación la llevara una de carácter permanente, por las relaciones cercanas que estas últimas mantienen con el Ejecutivo o con las organizaciones privadas a investigar.

En la práctica, existen aspectos claves que determinan en mayor o menor proporción el éxito de las indagaciones.

Así, en la mayoría de los ordenamientos se establece como derecho de la oposición gubernamental la solicitud de conformación de estos órganos, estableciendo como requisito que sea presentada por un porcentaje específico de parlamentarios. Ello permite el acceso en primera instancia de los grupos minoritarios, que no es lo mismo que de todos los grupos minoritarios, pues en algunos casos tendrá que existir un acuerdo entre los mismos para poder alcanzar dichos porcentajes.

La segunda etapa de estas comisiones se presenta al acordar la creación de las mismas. En casi la totalidad de los ordenamientos queda en manos de la mayoría aprobar la conformación de las comisiones investigadoras, siendo únicamente Alemania, Grecia y Portugal los países en donde las minorías poseen el poder de decisión.

Respecto a la composición de estos órganos parlamentarios de investigación, la regla general se basa en los principios de proporcionalidad y representación, procurando que se encuentren representados todos los grupos parlamentarios, pero conservando estos representantes el peso que poseen en los Plenos para la toma de decisiones.

Así, si bien el derecho a solicitar la constitución de comisiones investigadoras corresponde a las minorías, éste se ve mermado por la facultad de las mayorías a negarse a conformarlas. Si bien en la composición de las mismas se encuentran representados todos los grupos parlamentarios, las fórmulas para la toma de decisiones deja ésta en manos de la mayoría.

Derivada de su carácter excepcional, la función de investigación del Parlamento no es considerada de carácter permanente y continuada, sino temporal.

Aspecto esencial de las comisiones de investigación es el relativo a su objeto, es decir, al asunto que se investigará, así como los límites materiales que tendrán. Como primer punto, la investigación se debe dirigir hacia hechos ciertos y concluidos; es decir, se trata de un control *ex post facto*.

Nuevamente las legislaciones presentan un abanico de posibilidades, que van desde el silencio constitucional respecto al objeto, hasta una amplitud tal como “cualquier asunto que la Asamblea les encomiende” (Costa Rica). Es el modelo italiano, relativo a que el objeto es cualquier asunto de interés público, el que tiene mayor aceptación dentro de la doctrina.

Si bien ya se ha señalado el carácter especial de las comisiones de investigación, debido a su propia naturaleza, así como delimitado el objeto que podrá abordarse en sus trabajos, todo ello se materializa en el funcionamiento de las mismas. A lo largo del procedimiento se cristalizan los enfrentamientos mayorías-minorías; el dilema respecto a la publicidad de sus sesiones o el secreto de éstas; las colisiones entre facultades de investigación-derechos fundamentales, así como los acercamientos y erróneas confusiones entre Poder Legislativo-Poder Judicial.

Estos órganos parlamentarios son el medio extraordinario con el cual cuentan las cámaras para realizar la supervisión respectiva, y este carácter especial se apoya en los poderes que les son otorgados.

En este sentido, los legisladores han determinado a nivel constitucional las facultades que, en su caso, podrán desarrollar los órganos parlamentarios de investigación. Nuevamente, la decisión de los legisladores en el derecho comparado ha seguido diversos caminos. Se considera que un grado mínimo de facultades estaría representado por la capacidad de hacer comparecer para declarar a cualquier persona involucrada en el asunto (España, Dinamarca, Islandia, Costa Rica, Venezuela) —aunque, claro está, existen ordenamientos constitucionales como el mexicano que no alcanzan este grado mínimo—, y

el grado máximo se alcanzaría en aquellos ordenamientos que equiparan las facultades de estos órganos a las que posee la autoridad judicial (Alemania, Brasil, Italia, Portugal) —peritajes, inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, registros domiciliarios, intervención de correspondencia o comunicaciones, entre otras—.

Las conclusiones de las comisiones de investigación no pueden establecer sanciones; el resultado no es vinculante para el gobierno ni para alguna otra autoridad o individuo, ya que carecen de consecuencias jurídicas.

Como control parlamentario, su principal efecto resulta en el mismo desarrollo de la investigación, no en sus consecuencias formales, del que se desprenderá la responsabilidad difusa de los involucrados.

Lo que sí cabe, y de esta manera la mayoría de los ordenamientos lo regula, es la comunicación del resultado de la investigación al órgano involucrado, o a su superior cuando lo tenga, para que tome las medidas correctoras que procedan; así como al Ministerio Público cuando de los hechos indagados se puedan desprender probables acciones ilícitas para que, en su caso, las valore y tome en cuenta. Además, en materia de responsabilidad política, el mismo Congreso es el encargado de desplegar los mecanismos de *impeachment*, juicio político, moción de censura o acusación constitucional, por lo que perfectamente podría desprenderse de las conclusiones aprobadas de una comisión de investigación el accionar de alguno de estos mecanismos.

Pablo Abreu Sacramento

COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consiste en la jurisdicción de este tribunal internacional para conocer los casos que le someta a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o, en su caso, el Estado parte.

Para que la Corte IDH pueda ejercer su jurisdicción contenciosa con carácter obligatorio y general, se requiere que el Estado concernido haya ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, asimismo, haya declado que reconoce la competencia de dicha Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

La competencia contenciosa de la Corte IDH tiene cuatro presupuestos determinantes: en razón de la materia (*ratione materiae*), en razón del tiempo (*ratione temporis*), en razón del lugar (*ratione loci*), y en razón de la persona (*ratione personae*). En este sentido, la Corte IDH es competente en razón de la materia, en general, en casos relativos a las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH o en cualquier otro tratado que le refiera dicha comoetencia (por ejemplo, Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de “Belém do Pará”). En razón del tiempo, la Corte IDH sólo es competente para conocer de los hechos que po-

tencialmente constituyan violaciones a derechos humanos ocurridos a partir del momento de la ratificación de la CADH y, en general, hasta el momento en el que se materialice la denuncia de dicho instrumento. En cuanto a la razón del lugar, la Corte IDH es competente para conocer de las violaciones imputables a la jurisdicción del Estado, ya sea dentro de su territorio o fuera de él. Finalmente, la competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos se refiere a las personas naturales (humanas) determinadas o determinables, incluidas las violaciones a personas jurídicas que repercuten en personas humanas (por ejemplo trabajadores de un sindicato, integrantes de un partido político, directivos y accionistas de una empresa, miembros de una cooperativa, etcétera).

La competencia contenciosa de la Corte IDH requiere que previamente una petición presentada ante la CIDH sea decidida mediante un informe de fondo con las conclusiones sobre las violaciones a la CADH y las recomendaciones reparatorias. Si dentro de los tres meses siguientes la situación no se ha solucionado en el mejor interés de la víctima, la CIDH podrá enviar el caso a la Corte IDH. En esta nueva etapa judicial internacional, las víctimas se incorporan con legitimación propia mediante un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual, a su vez, debe ser respondido por el Estado demandado. Luego de las pruebas, la audiencia y las conclusiones, el proceso ante la Corte IDH termina con una sentencia definitiva e inapelable mediante la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado y dispondrá, asimismo, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima.

La competencia contenciosa se distingue de la competencia “consultiva” de la Corte IDH, la cual no tiene por objeto la resolución jurisdiccional de un caso relativo a la presunta violación a un derecho humano de la víctima, sino que con ella se pretende una opinión consultiva sobre la interpretación abstracta: *a)* de alguna o algunas disposiciones de la CADH u otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, o *b)* la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado miembro de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales.

Carlos Ayala Corao

COMPETENCIA POR CUANTÍA

En virtud de la poca importancia de los litigios a resolver, casi todas las jurisdicciones estatales cuentan con juzgados de mínima cuantía, también denominados juzgados de paz, los cuales resuelven las controversias bajo procedimientos más sencillos y rápidos, privilegiando la economía procesal. El juez goza de facultades para actuar como un amigable componedor y se puede convertir en un juez de equidad, más que un juez de derecho. La competencia se determina con base en el valor económico del asunto planteado. En el orden local, como en el federal, se regula por las leyes orgánicas del Poder Judicial, dentro de las que se encuentra determinada y actualizada la cantidad mínima de un asunto

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

litigioso para ser sometido ante los jueces del orden común de primera instancia. Si dicha cantidad resulta menor del mínimo fijado en las leyes orgánicas el asunto deberá someterse ante los jueces de mínima cuantía.

La competencia por cuantía también se utiliza para las materias penales y se determina por la naturaleza de la pena (no privativa de libertad) o por un máximo en años (pena máxima) de las sanciones privativas de libertad.

Carina X. Gómez Fröde

COMPETENCIA POR GRADO

Este criterio presupone los diversos escalones o instancias del proceso en razón de que los tribunales se encuentran organizados jerárquicamente. Ante el juez del orden común se promueve el proceso jurisdiccional, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva, con lo cual concluye la primera instancia. La segunda instancia o segundo grado se desarrolla ante magistrados de mayor jerarquía ante los cuales se revisa la legalidad del proceso. La determinación de competencia por grado significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (E. Pallares), o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia al “grado de jurisdicción” como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (De Pina); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia.

El sector mayoritario de la doctrina procesal se ocupa de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer de los pleitos en primera —órganos inferiores— o en ulterior instancia —órganos superiores— (desde Wach, pasando por Kisch, Carnelutti, Calamandrei, Rosenberg, Devis Echandía, E. Pallares).

Carina X. Gómez Fröde

COMPETENCIA POR MATERIA

Las materias clásicas del derecho subjetivo contenido en nuestras legislaciones eran proyectadas hacia las jurisdicciones estatales encargadas de resolver litigios civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos y de amparo. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado han emergido con fuerza nuevas ramas del gran árbol que constituye la teoría general del proceso. Éstas son, entre otras, las siguientes: derecho procesal constitucional, derecho procesal internacional, derecho procesal electoral, derecho procesal fiscal, derecho procesal familiar, derecho procesal militar, derecho procesal marítimo o aéreo, derecho procesal agrario o derecho procesal ambiental, derecho procesal de las telecomunicaciones, derecho procesal del deporte. Una razón poderosa para explicar este fenómeno radica en el hecho de que nuestras sociedades contemporáneas tienen un mayor reto al tratar de resolver, cada vez con mayor frecuencia, controversias con un alto grado de complejidad, que requieren de una mayor especialización y capacitación, tanto de jueces como de abogados. El criterio para determinar la competencia por materia ha sido consecuencia

del desarrollo y evolución de las jurisdicciones del Estado, en virtud de la aparición de tribunales especializados.

La especialización lleva a determinar los diversos ámbitos o esferas de competencia jurisdiccional, los cuales dependen de la estructura del régimen político, del lugar en donde dicha función jurisdiccional se desenvuelva. En un régimen federal coexisten, junto con órganos judiciales federales, órganos judiciales locales cuyas competencias por materia se distribuyen dependiendo de la rama del derecho material de que se trate, ya sea controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, amparos, litigios penales, civiles, familiares, administrativos, fiscales, laborales, fiscales, militares, de derecho burocrático, agrarios. La división de la competencia se da en función de la materia, es decir, en razón de las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para dirimir o solucionar la controversia, conflicto o litigio, presentado a la consideración del órgano respectivo.

La competencia por materia es el criterio que se establece en razón de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, de las cuestiones jurídicas que forman parte del litigio que será sometido a proceso (E. Pallares, Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (Becerra Bautista).

Carina X. Gómez Fröde

COMPETENCIA POR TERRITORIO

La competencia de los tribunales con base en su territorio implica una división geográfica del trabajo determinada por circunstancias y factores de tipo geográfico, demográfico, económico y social. En los estados de la Federación se encuentran distribuidas las circunscripciones territoriales; por ello, la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada estado de la República y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación organizan y distribuyen dentro del territorio los partidos judiciales, las fracciones judiciales o los distritos judiciales. La cabecera del partido, distrito o fracción se encuentra situada en la población más importante y mejor comunicada del grupo de municipios que integran dicho partido, distrito o fracción.

Existen órganos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en materia territorial gozan de competencia sobre todo el territorio de la República. Por el contrario, en un orden jerárquico descendente, dentro del Poder Judicial existen juzgados que sólo tienen esa competencia territorial dentro de un pequeño municipio o delegación de policía. Son los jueces de mínima cuantía o importancia, también denominados jueces de paz.

Para Fernando Flores García el concepto de territorio no se restringe a la “costra terrestre”, sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites de los recientes descubrimientos astronáuticos. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino. Existe el denominado principio de extraterritorialidad; cuando el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero; así como el de naves y aeronaves nacionales.

La competencia en razón del territorio puede ser modificada por motivos que determinan la conveniencia de que el proceso se promueva ante un juez distinto, al que primeramente se consideraba competente en razón del territorio. Dichos casos se presentan cuando hay litispendencia, conexidad o por voluntad y acuerdo de las partes en someterse a un juez dentro de un territorio distinto al que legalmente les pudiera haber correspondido.

Carina X. Gómez Fröde

CONCEPTO DE VIOLACIÓN (AMPARO MEXICANO)

Los conceptos de violación constituyen un requisito esencial para la presentación de la demanda de amparo (arts. 108, frac. XVIII, y 175, frac. VII, de la Ley de Amparo), pues son las manifestaciones razonadas que el quejoso debe exponer en contra de los motivos y fundamentos del acto reclamado; es decir, en los conceptos de violación se deben expresar las contravenciones que existen entre el acto desplegado por la autoridad responsable, que se considera inconstitucional o inconvenional, y los derechos fundamentales contenidos en la Constitución o el tratado internacional.

Históricamente, la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró que el concepto de violación debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor el acto de autoridad reclamado, y la conclusión las razones que consideraban inconstitucional dicho acto.

En la actualidad la propia Corte abandonó ese criterio, y en una nueva reflexión consideró que la elaboración de los conceptos de violación no requiere de una actividad tan rígida y solemne como el silogismo jurídico, pues basta que en la demanda de amparo se establezca la causa de pedir, para que el juez de amparo proceda a analizarlo; esto es, solamente es necesario señalar cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada, y los motivos que originaron ese agravio, para que el juez proceda a su estudio.

En razón de las violaciones en las que puede incurrir la autoridad que emite el acto reclamado, la doctrina procesal constitucional ha desarrollado una clasificación trifásica de los conceptos de violación, siendo éstos de carácter procesal, formal y de fondo.

Los *conceptos de violación procesales* son aquellos en los que se plantean infracciones relacionadas con la ausencia de presupuestos procesales, o bien infracciones de carácter adjetivo que se hayan cometido en la sustanciación del proceso que originó el acto reclamado. Por su parte, *los conceptos de violación formales* plantean violaciones de índole adjetiva, cometidas en todos los casos, al momento de pronunciarse la determinación reclamada, sea ésta una determinación interlocutoria, un auto, una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio; estas violaciones se refieren a vicios concernientes al continente de dicha resolución. Finalmente, *los conceptos de violación de fondo* son aquellos en los que se combaten las consideraciones del acto reclamado relacionadas con las cuestiones sustanciales objeto de la litis principal.

La técnica del juicio de amparo obliga a realizar el estudio de los conceptos de violación con la prelación establecida en el párrafo que antecede, es decir, primeramente se deben analizar los conceptos de violación relacionados con cuestiones procesales, después las formales y, finalmente, los relacionados con el fondo del asunto; así, dependiendo de cuál de ellos resulte fundado, serán los efectos que deban darse a la protección constitucional.

No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial mexicana ha considerado que en el estudio y valoración de los conceptos de violación debe prevalecer el principio de mayor beneficio; esto implica analizar en primer orden el concepto de violación que sea de mayor trascendencia para el sentido del acto reclamado, porque de resultar fundado, los efectos del amparo le producirían mayores beneficios al quejoso, evitando con ello el estudio de otros conceptos de violación que aunque sean fundados no superan el beneficio que obtendrá el promovente, independientemente de que éstos sean procesales o sobre constitucionalidad de normas generales (debe precisarse que en México, a través del amparo, se permite la impugnación a *posteriori* de normas de carácter general).

Por ejemplo, si en un juicio de amparo en materia penal resultan fundados conceptos de violación de tipo formal (indebida preparación de una prueba pericial) y de fondo (no acreditación de uno de los elementos del cuerpo del delito), el juez de amparo deberá conceder la protección constitucional por considerar fundado el concepto de violación de fondo, por otorgarle mayores beneficios al quejoso, dado que en este supuesto la concesión del amparo implicará que el juez de la causa considere no acreditado uno de los elementos del cuerpo del delito y, en consecuencia, una inminente absolución del acusado; caso contrario sería si se otorgara el amparo por la violación de tipo formal, pues en este supuesto los efectos serían una eventual reposición del procedimiento.

La finalidad del principio de mayor beneficio es satisfacer en su integridad el derecho fundamental de acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia previsto en el art. 17 de la Constitución mexicana, pues se busca dejar de retardar la satisfacción de ese derecho fundamental con apoyo en tecnicismos legales, de tal suerte que se resuelva en menor tiempo y en definitiva el fondo de los asuntos.

Existen algunos casos de excepción en los que no se exige la formulación de conceptos de violación. Dichos casos se actualizan siempre y cuando, de conformidad con la Ley de Amparo, sea procedente la suplencia de la queja.

Daniel Álvarez Toledo

CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS ESTATALES

A diferencia de otras normas, la Constitución pretende la regulación del poder político en cuanto elemento fundamental del Estado. Tal ordenación se traduce en los aspectos siguientes: organización, limitación y justificación. El primero atiende a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye la tarea estatal —estructura, atribuciones y competencia—. El

segundo refiere las esferas de libertad que se reconocen al individuo (derechos fundamentales) que no pueden afectarse por la autoridad. El tercero se vincula con los objetivos del poder, no *per se*, sino en función del cumplimiento de los fines estatales (Fernández Ruiz). Los tres pilares básicos de la estructura constitucional. Si el poder constituyente fija la competencia de los poderes constituidos, éstos se encuentran imposibilitados para actuar fuera de los límites estrictos que se les imponen. De ahí que la competencia sea la medida de la jurisdicción del Estado —poder que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas: el espacio de la titularidad de la función pública que corresponde a cada órgano, asignado en la propia Constitución—. Sin embargo, como examinan los especialistas: no todas las asignaciones de competencia, hoy día, parten y se establecen en la Constitución. Si bien todas deben ser congruentes con ella.

La congruencia o no con la Constitución será el parámetro a partir del cual se juzgue la validez de una norma o de un acto. La incongruencia que da lugar a que una norma o acto sea inválido puede ser formal o material. En el primer caso, significa que la norma o acto no se produjo de acuerdo con los procedimientos previstos. En el segundo, que el contenido de la norma, la conducta ordenada o prohibida, o bien el acto, son contrarios al contenido de la Constitución (Schmill Ordoñez). Para el análisis formal es necesario revisar que el órgano sea competente para emitir el acto o la norma que se reclama, *a la luz* de la división de competencias establecidas en el pacto federal y el “principio de división de poderes”, para después examinar si, siendo competente, en la emisión de la norma o en la ejecución del acto se cumplieron los procedimientos previstos para tales efectos, y así, finalmente, analizar si el contenido de la norma o la conducta realizada son congruentes con las disposiciones constitucionales.

En esta medida, sólo a través de actos positivos se puede configurar una invasión de competencias, ya que una abstención u omisión podrán tener efectos indeseables, pero nunca implicarán que un órgano de un nivel de gobierno o poder ejercite atribuciones que son propias de otro. Más aún, la invasión o restricción de competencias debe producir un grado de afectación, de rango constitucional, para que sea susceptible de impugnación (Gudiño Pelayo). Si bien la Suprema Corte mexicana, mediante criterio interpretativo, sostiene una opinión diversa. Ésta se comparte por autores de otras latitudes, que afirman que la indebida asunción de atribuciones, producto de la pasividad de un órgano, puede producir un conflicto negativo de competencias (Nogueira Alcalá).

La amplitud o anfibiaología en la determinación y asignación de competencias de las cortes supremas o tribunales constitucionales obedece tanto a lo complejo del sistema de distribución de algunas cartas constitucionales, como a la vigencia de fórmulas genéricas de contenido indeterminado, principios, valores e incluso aspiraciones que en ellas se incorporan, los que de forma constante se actualizan y reformulan según los parámetros de interpretación de los tribunales o cortes, por virtud de los cuales atribuyen significados mudables a los contenidos constitucionales. Y es que como encargados de la interpretación constitucional de última instancia, sostienen que ellos fijan y am-

plían su ámbito de competencia, postura que no se comparte (Huerta Ochoa, en sentido similar). En un Estado constitucional de derecho todas las facultades de los órganos están limitadas; las normas fundamentales establecen los procedimientos y competencia para delimitarlos, para racionalizar el poder.

Si la competencia constituye la esfera de atribuciones y facultades que la Constitución señala para cada órgano originario del Estado, ninguno puede producir actos de afectación con mandamientos que correspondan a la esfera de otro, pues de hacerlo así se produciría un conflicto competencial en cualquiera de los diversos órdenes jurídicos parciales: federal, estatal, del Distrito Federal o municipal —en contraposición al orden constitucional total—. De ahí que toda trasgresión al esquema de distribución de competencias sea, por definición, “un conflicto constitucional”. Y si el conflicto es de esta índole, es porque se ha subvertido la regularidad constitucional, por lo que se necesita otro órgano dotado de competencia para resolverlo. A tal fin sirve la controversia constitucional en México, que tiene como finalidad la defensa de las esferas competenciales de los órganos frente a otros órganos, del mismo o de distinto orden normativo.

Sin embargo, resulta determinante establecer si un conflicto entre órganos afecta o no un ámbito competencial previsto en la Constitución federal para determinar si corresponde su atención y resolución a la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, o si es un conflicto competencial entre órganos que corresponda resolver al Senado de la República por medio de la *cuestión política*, mecanismo de control que deriva de la tesis norteamericana de las *political questions* o cuestiones políticas no justiciables, que las define esencialmente como juicios de competencia y no de fondo. Vale recordar que en México, el control político de la Constitución se ha atribuido al Senado de la República mediante la resolución de “cuestiones políticas” y la “desaparición de poderes”, y al Congreso general por conducto de sus dos cámaras tratándose del “juicio político”. El control de la regularidad constitucional, en tanto, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a otros tribunales federales mediante garantías constitucionales de índole jurisdiccional.

Así, los conflictos competenciales de orden constitucional en general se resolverán por órganos jurisdiccionales o políticos, acorde con el sistema de control constitucional imperante en cada país, que puede ser *concentrado*, *difuso* o *mixto*, en sede política o en sede jurisdiccional, y en cuanto a sus efectos: de índole concreta (de actos) o abstracta (de normas) y con efectos particulares o generales.

Cuando la Suprema Corte mexicana se erige en tribunal constitucional, en términos similares al “sistema europeo o español”, para conocer de conflictos competenciales en controversias constitucionales sobre actos y normas generales, y de leyes en acciones de inconstitucionalidad (mención genérica), el mismo se concentra, pues tanto la interpretación de la Constitución como las declaratorias generales de inconstitucionalidad le están reservadas como facultad exclusiva. Sin embargo, los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Federación también pueden decretar inconstitucionalidad de leyes y actos con efectos particulares, por lo cual el sistema de control se convierte en *mixto*, dada la multitud de órganos que lo ejercen. Aunado a este esquema,

hoy día, el sistema observa mayor amplitud protectora que antes, pues el resto de los jueces del país, de forma incidental, pueden inaplicar normas inferiores durante los procesos ordinarios en los que son competentes, y dar preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia, en términos similares al “sistema difuso o norteamericano”.

Eréndira Salgado Ledesma

CONFLICTOS SOCIO-AMBIENTALES

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, y según el *Diccionario de la Lengua Española* significa —entre diversas acepciones— combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, problema, cuestión, materia de discusión. Diversos autores lo describen como un proceso o una situación donde intervienen diferentes entes (dos o más) que están opuestos o que se confrontan. Paralelamente, una considerable cantidad de trabajos académicos que abordan esta noción se enfocan a analizar la participación del Estado como el ente que *a)* crea directa o indirectamente el conflicto o simplemente no lo previene al interior de su territorio; *b)* participa en la resolución de los mismos a través de diferentes figuras jurídicas e instancias diversas, ya sea desde el gobierno mismo o desde sus instituciones u órganos jurisdiccionales (administrativos o judiciales); *c)* defiende su territorio y soberanía ante confrontaciones o agresiones externas, y *d)* coopera o colabora con otros Estados para enfrentar conflictos derivados de temas globales o regionales de interés común para la humanidad en el ámbito internacional.

Aunque en la expresión compuesta de *conflicto socio-ambiental* también se examina la participación del Estado, no siempre se alude a este último. Es lógico suponer que por definición todo conflicto social esté constituido por un elemento de este tipo que le es inseparable y cuya materialización tiene lugar sólo en el ámbito de lo público. Sin embargo, cuando se agrega la dimensión ambiental, además de la controversia entre dos o más actores sociales y de la participación del Estado, si es el caso, también se incluye un componente de tipo privado: disputa entre particulares o empresas privadas. Así, el objeto de la confrontación socio-ambiental se refiere a la naturaleza, a los recursos naturales o, en general, al medio natural, en la que pueden intervenir todos los protagonistas arriba mencionados. De aquí que se haya argumentado que la disciplina jurídica que regula los conflictos ambientales —*i.e.* el derecho ambiental— pertenezca al mismo tiempo al derecho público, al derecho privado y al derecho social.

Independientemente del número de tipologías o aproximaciones que se han elaborado desde distintas disciplinas (*e.g.* ciencia política, sociología política, economía ecológica, etcétera) para comprender el significado y alcance de lo que representan los conflictos socio-ambientales, es fundamental que éstos se inserten en un concepto más amplio que es el de crisis ambiental. Éste se define como una situación crítica del ambiente derivada de una serie de alteraciones producidas por los *homo sapiens sapiens* al medio natural, al medio construido y a la salud, bienestar y calidad de vida de los seres humanos como consecuencia de ciertos acontecimientos ocurridos a partir de la relación de

interdependencia recíproca que guardan con el ambiente. Tanto la crisis ambiental como el conflicto socio-ambiental poseen una doble naturaleza: son idea y fenómeno a la vez.

Derivado de lo anterior, las controversias o disputas entre diversos actores pueden ser, por un lado, ideológicas o conceptuales, donde prevalecen cuestiones científicas y ético-filosóficas contrapuestas, y por el otro, por sucesos que han ocurrido y que impactan en el ambiente. De modo que, según corresponda, el Estado, los partidos políticos, las organizaciones, los grupos, las comunidades, los pueblos, las naciones, las instituciones públicas, los particulares, las empresas privadas, los individuos (entre otros), pueden actuar como entes exógenos y también como entes endógenos ante las alteraciones al ambiente que se pudieran producir (idea) o las ya producidas (fenómeno). Por ejemplo, para el primer caso —entes exógenos— un grupo ambientalista puede oponerse al interés de un gobierno por elaborar políticas públicas que impulsen los desarrollos turísticos en zonas costeras (idea), o bien luchar junto a una comunidad indígena por las aguas a las que ya no tienen acceso ante la construcción de una presa hidroeléctrica (fenómeno). Para el segundo caso —entes endógenos— las familias de una zona urbana de tipo habitacional pueden objetar o impugnar a un gobierno local un programa en el que se pretenda construir en dicha zona vías rápidas para “agilizar” el tránsito vehicular como única opción al problema de congestionamientos viales (idea), o bien pueden combatir los permisos otorgados por un gobierno local por la construcción de un rascacielos dentro de esa misma zona habitacional que está ocasionando contaminación visual, auditiva, por olores, vibraciones, tránsito vehicular, cortes de agua, etcétera, afectando directamente a los habitantes de dicha área urbana y zonas contiguas (fenómeno).

César Nava Escudero

CONSEJO DE LA JUDICATURA LOCAL

La denominación *Consejo de la Judicatura*, tanto a nivel federal como local, ubica su significado en la necesidad de lograr la consolidación del Poder Judicial, fortalecido en sus atribuciones, independencia, autonomía y eficacia en la función de impartir justicia.

La impartición de justicia, a su vez, como derecho fundamental, exige la búsqueda de mecanismos que garanticen la eficacia del derecho al acceso a la justicia, con los principios que se derivan del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), que demanda por tanto se diferencie el desempeño de las funciones administrativas de los tribunales superiores de justicia para facilitar la efectividad de ambas instituciones.

Influenciada por esta idea de pensamiento, mediante Decreto Legislativo 358, publicado en el *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí* el 26 de julio de 2005, la Diputación Permanente de la Quincuagésima Séptima Legislatura reformó la normativa constitucional y legal para crear el *Consejo de la Judicatura* como un órgano del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones,

encargado de las atribuciones administrativas en lo que corresponde a todo tipo de recursos materiales, económicos y humanos; ejerce el presupuesto del propio Poder; tiene a su cargo la carrera judicial, elevar el nivel profesional y garantizar, bajo el más estricto respeto a la dignidad humana, la solvencia moral de jueces; busca que éstos obtengan los beneficios de la carrera judicial y la inamovilidad, con remuneración adecuada a su delicada función. A través del establecimiento de concursos por oposición busca, como método idóneo, la designación, ascenso y adscripción de los funcionarios judiciales, con el único objeto de garantizar la efectividad en la impartición de la justicia. La vigilancia y disciplina son otras de las facultades que desempeña, revisando y supervisando diversos procesos administrativos, como el uso de los recursos, su aplicación, su ajuste a programas y al presupuesto, y vigila el ejercicio de la tarea fundamental de los jueces y el tribunal, que es la de impartir la justicia pronta y expedita al servicio de los gobernados justiciables.

Sin embargo, la función del Consejo de la Judicatura no tiene el alcance de examinar el sentido de las resoluciones jurisdiccionales, aunque sí el desempeño de los jueces, secretarios y actuarios, lo cual sólo puede evaluarse a través de la valoración que se haga de sus actuaciones cotidianas y sustantivas en la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales de los procesos de competencia del supremo tribunal de justicia y de los juzgados.

La función de vigilancia y disciplina respecto de los magistrados sólo tiene el alcance y contenido que, por regla general, no pugne con la independencia y autonomía de los miembros del Poder Judicial, y particularmente con la jerarquía de unos y otros como servidores públicos.

El Consejo de la Judicatura se integra con cuatro miembros, de los cuales uno es el presidente del supremo tribunal de justicia, quien también lo es del Consejo; uno designado por el Congreso del estado; otro por el supremo tribunal de justicia del estado y uno más por el Poder Ejecutivo. Los integrantes designados por los poderes Judicial y Ejecutivo requieren ratificación del Congreso. La duración en el cargo de los consejeros, salvo el del presidente del Consejo, es de cinco años; son sustituidos de manera escalonada y pueden ser reelectos por una sola vez. Los consejeros no representan a quien los designa, por lo que sus funciones son ejercidas con independencia e imparcialidad.

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones, que pueden ser permanentes o transitorias. Su composición y número son determinados por el Pleno del propio Consejo y en todo caso existen las de administración y presupuesto, carrera judicial, disciplina, la de adscripción y la de administración del Tribunal Electoral. Sus decisiones plenarias se toman válidamente por mayoría calificada de tres votos.

Para otorgarle firmeza y respetabilidad, las decisiones del Consejo son definitivas e inatacables, salvo las que se refieren a la designación, adscripción, remoción y no ratificación de jueces, las cuales pueden ser recurridas ante el Pleno del supremo tribunal de justicia del estado.

Para ocupar el cargo de consejero, además de cumplir con los requisitos exigidos por el art. 99 de la Constitución Política del Estado, a saber: a) ser mexicano por nacimiento, y ciudadano potosino en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; b) tener cuando menos treinta y cinco años

de edad el día de su nombramiento; *c)* tener al día de su nombramiento, título profesional de licenciado en derecho con una antigüedad mínima de diez años, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello y acreditar el ejercicio profesional por el mismo tiempo; *d)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que haya ameritado pena privativa de libertad de más de un año; pero si se tratara de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; *e)* haber residido en el estado durante los dos años anteriores al día de su nombramiento, y *f)* no haber ocupado el cargo de secretario de despacho o su equivalente, procurador general de justicia, diputado local o presidente municipal en el año inmediato anterior al día de su nombramiento.

Es indispensable que su elección sea entre aquellas personas que se hayan distinguido por su eficacia, capacidad, experiencia, honorabilidad y probidad en la impartición de justicia.

Bajo esta perspectiva, resulta de trascendental importancia que quienes son llamados a integrar el Consejo de la Judicatura deben ser profesionales del derecho que cumplan con dichos postulados, porque con independencia de que resulte ser requisito de designación, representa el mecanismo para garantizar que la selección y nombramiento de jueces, secretarios y actuarios recaiga en personas idóneas por haberse distinguido por su capacidad profesional, experiencia y honorabilidad en la impartición de la justicia, lo que a su vez será garantía de que el establecimiento del Consejo de la Judicatura fue el instrumento más adecuado para hacer efectiva la protección al derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, exigida por el art. 17 constitucional, y en particular, garante principal en la consolidación al sustento de la misma, basada en el respeto del principio rector del derecho humano a la dignidad de todos sus integrantes, cuya instrumentación ahora encuentra su fundamento en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en el nuevo sistema constitucional y convencional bajo el cual debe regirse todo acto de autoridad, que finalmente redundará en pro del objeto y fin de su creación, *una adecuada impartición de justicia*.

Adriana Monter Guerrero

CONSTITUCIÓN BREVE/LARGA

La diferencia entre una “Constitución breve” y una “larga” radica no tanto en el número de artículos, sino en la “cantidad” y “calidad” de la materia constitucional disciplinada. Las Constituciones breves abordan las competencias y las relaciones entre los órganos constitucionales (por ejemplo, entre el rey y el Parlamento en las Constituciones decimonónicas liberales) y las primeras libertades fundamentales. Las Constituciones largas, constatando la evolución de la sociedad, incluyen también otras formas posteriores de tutela (de las minorías, de las autonomías) y la disciplina de los derechos (tanto de los derechos sociales como de los derechos de tercera generación). Las Constituciones breves (ya superadas, excepto en los Estados Unidos), consideradas más comprensibles para los ciudadanos, que podían llevarlas siempre consigo, según el

pensamiento de T. Paine, se prestaban a interpretaciones opuestas. Las Constituciones largas (sobre todo las más recientes) tienden a ser más completas, pues incluyen proclamas ideológicas y normas programáticas

Giorgia Pavani

(traducción de Mercedes Iglesias Báñez)

CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA

I. INTRODUCCIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. No son siempre pacíficas las conexiones entre una Constitución nacional y la doctrina del “control de convencionalidad”, en particular en su versión exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pertrechada bajo el principio de “supremacía constitucional”, la Constitución clásica pretendía ser superior a los tratados y convenciones internacionales, de tal modo que si emergía algún conflicto entre éstos y aquella, primaba la Constitución. El panorama cambia sustancialmente al declinar el siglo XX, dándose ciertas variables diferentes:

a) Por un lado, algunas Constituciones, como las de Guatemala y Venezuela, explicitan que los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno (incluyéndose en tal situación a la Constitución), aunque siempre se aplica la cláusula más favorable a la persona, sea constitucional o convencional.

b) Otras Constituciones, como la de Argentina (según su reforma de 1994), confieren rango constitucional a algunas convenciones, como el Pacto de San José de Costa Rica, con lo que parte del conflicto queda disminuido. No todo el problema desaparece, sin embargo, ya que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que la convención sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución, que no debe efectivizarse en cuanto se oponga a esa Convención (salvo que sea más favorable para la persona).

c) Un grupo de Constituciones siguen el esquema tradicional: se afirma el principio de supremacía constitucional y se otorga a las convenciones internacionales, según los casos, rango igual o superior al de las leyes, pero bajo la Constitución.

En el caso que denominamos *Gelman 2*, del 20 de marzo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que si un Estado ha ratificado soberana y constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tal decisión implica incorporar al derecho interno aquel tratado, reconociendo la competencia de sus órganos de control (como la Corte Interamericana), por lo que el control de convencionalidad demandado por ésta pasa a perfilarse como una obligación de los Estados, tanto en la emisión como en la aplicación de normas. Más todavía: por lo dicho, el control de constitucionalidad que hacen los jueces nacionales implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria (párrafos 87 y 88).

II. LOS ROLES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, RESPECTO DE LAS CONSTITUCIONES. Conviene recordar que el control de convencionalidad cumple

distintos papeles. Uno, *repressivo*, exige inaplicar las reglas constitucionales opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en verdad, respecto de cualquier otra convención análoga) y a la doctrina de la Corte Interamericana vertida sobre aquella convención. Otro, *constructivo*, procura rescatar las cláusulas constitucionales que parecen opuestas a la Convención y a aquella jurisprudencia. Para ello, recurre a varias técnicas: una, de *selección de interpretaciones* (si una norma constitucional admite varias exégesis, se preferirán las compatibles con la Convención y la doctrina de la Corte Interamericana), y otra, de *construcción de interpretaciones* (mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas) respecto de las reglas constitucionales, para tornarlas compatibles con las referidas Convención y doctrina de la Corte Interamericana. Nos remitimos a la voz “control constructivo (positivo) de convencionalidad”, en este mismo tomo.

III. UNA EJEMPLIFICACIÓN CONCRETA. EL CASO ARGENTINO. Interesa proyectar lo dicho a una situación puntual, como es la Constitución federal argentina.

a) *Rol repressivo*. El art. 55 de la Constitución demanda, para ser senador, presidente de la nación, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, un ingreso anual de dos mil pesos fuertes, o renta equivalente. Ello, actualizado (el texto es de 1853), equivaldría a varios miles de dólares mensuales. Naturalmente, esa exigencia es absolutamente incompatible con el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, por lesionar el principio de igualdad en general, y las regulaciones electorales que admite dicho artículo. No cabría otra alternativa que descartar tal recaudo, por inconvencional.

b) *Rol constructivo. Selección de interpretaciones*. El art. 14 de la Constitución confiere a todos los habitantes el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. La cláusula admite una interpretación restrictiva, arcaica, congelada en 1853, que limita el concepto de “ideas” solamente a ellas en sentido muy preciso, sin incluir imágenes o informaciones, por ejemplo. Además, la “prensa” aludida, si la interpretación es retrógrada o puramente originalista, ceñida al momento histórico donde se redactó el precepto, comprendería exclusivamente a la prensa escrita. Otra interpretación, en cambio, evolutiva y amplia, incluiría en la voz “ideas” también a imágenes, programas humorísticos, novelas, trabajos de ciencia ficción, informaciones de cualquier tipo, etcétera, y abarcaría bajo el término “prensa” también a la oral y audiovisual. A todas luces, cabe adoptar esta segunda exégesis, que es la compatible, *v. gr.*, con la doctrina de la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa*.

c) *Construcción de interpretaciones. Interpretación mutativa por adición*. El art. 75, inciso 17, de la Constitución argentina reconoce a los pueblos originarios ciertos derechos, entre ellos, al de la propiedad comunitaria de las tierras “que tradicionalmente poseen”. La Corte Interamericana, sin embargo, ha sido más amplia, reconociendo a tales grupos derechos a la devolución de las tierras que les fueron sustraídas, poseídas ahora por terceros (caso *Yakye Axa vs. Paraguay*). También ha señalado que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas (caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*). En resumen, el operador nacional tendrá que leer la referida norma constitucional con un sentido más indulgente que

el previsto por el texto constitucional, comprensivo de las situaciones atendidas por la Corte Interamericana.

d) *Interpretación mutativa por sustracción*. El art. 75, inciso 21, de la Constitución enuncia como facultad del Congreso “conceder amnistías generales”, y el art. 99, inciso 5, respecto del Poder Ejecutivo, “indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”. Estas reglas, no obstante, deben restringirse en el sentido de que no pueden comprender delitos de lesa humanidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalada en varios casos, entre ellos *Velásquez Rodríguez*, *Loayza Tamayo*, *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano*, etcétera.

e) *Interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición (sustitutiva)*. El art. 115 de la Constitución, con referencia a los fallos del Tribunal de Enjuiciamiento de jueces federales inferiores a la Corte Suprema, determina que sus veredictos serán “irrecurribles”. Dicho órgano es de tipo político. En el caso “Brussa” se planteó la incompatibilidad de dicha regla constitucional con el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que autoriza un trámite ante autoridad judicial (llamado comúnmente “amparo interamericano”) para discutir actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley. La Corte Suprema de Justicia, para evitar la declaración de inconvenionalidad del referido art. 115, realizó por un lado una operación reductora (limitó la irrecurribilidad a la esfera administrativa o política, del fallo del jurado de enjuiciamiento) y, por otro, una ampliatoria, al permitir una vía judicial (en el caso, el recurso extraordinario federal ante la misma Corte), para discutir la sentencia destitutoria adoptada por el jurado.

IV. CONCLUSIÓN. LA CONSTITUCIÓN “CONVENCIONALIZADA”. En síntesis, la doctrina del control de convencionalidad produce una metamorfosis en el concepto mismo de la anterior noción de Constitución nacional, que pasa a ser una Constitución “convencionalizada”.

La *Constitución convencionalizada* es la Constitución nacional, pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el control de constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad.

Néstor Pedro Sagüés

CONSTITUCIÓN DE 1814 (APATZINGÁN)

Desde el inicio de la insurrección armada en 1810, ésta contó con el respaldo de juristas que comprendieron la necesidad de dotarla con un fundamento jurídico que le permitiera definir sus objetivos y fijarlos en principios que la orientaran y se tradujeran en instituciones que permitirían dar una estructura permanente y viable a la nueva sociedad que se pretendía construir, situación

que se fue definiendo conforme el movimiento se consolidaba (véase *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 2009).

En palabras de Manuel Ferrer, otra “importante peculiaridad, perceptible ya desde que se inició la revuelta de Hidalgo, es la fe en el constitucionalismo y en el régimen parlamentario como instrumentos para elevar el derecho sobre el poder, instaurar el Estado y prevenir el abuso de autoridad: baste recordar las propuestas de aquel caudillo, que abogaba por la convocatoria de un congreso; los esfuerzos de Ignacio López Rayón para dotar al país de una Constitución política; el anuncio del Congreso de Chilpancingo en 1813, o el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814” (Ferrer, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México*).

De hecho, resulta paradójico del parlamentarismo antes mencionado, lo establecido en los arts. 44 y 103, de los cuales claramente se puede advertir la supremacía del órgano legislativo respecto del Ejecutivo y el Judicial, al punto de que se establece que permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano, creándose —“además”— dos corporaciones: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia, señalándose que será facultad del Supremo Congreso elegir los individuos del Supremo Gobierno, los del Supremo Tribunal de Justicia y los secretarios de estas corporaciones.

Es por ello que en 1811 el licenciado Ignacio López Rayón, jefe del movimiento, una vez muertos Hidalgo y sus jefes militares, integró la Junta Suprema Nacional Americana en Zitácuaro, a la que siguió, también por las circunstancias de la guerra, el Supremo Congreso Nacional de América (o de Anáhuac) en septiembre de 1813 en Chilpancingo, bajo el mando de José María Morelos y Pavón. Este Congreso suscribió el 6 de noviembre de ese año un Acta de Declaración de la Independencia de la América Septentrional (acta de independencia previa a la suscrita en 1821) y el 22 de octubre de 1814, ya instalada en Apatzingán, promulgó la primera Constitución propiamente dicha, emitida en la entonces Nueva España: el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, también conocida como Constitución de Apatzingán. Este documento tendría como constituyentes a personajes como José María Liceaga, José María Morelos y José María Cos, entre otros.

Es por ello que, más allá de la vigencia real o no de la Constitución de Apatzingán, sobre lo cual se discute vivamente, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* debe considerarse un documento constitucional de nuestra historia debido a que fue expresión de los anhelos constitucionales de los insurgentes. Así, Manuel Ferrer, parafraseando a González Oropeza, señala que “la elaboración de una Constitución fue identificada con el nacimiento del Estado mexicano y se deseaba tanto una Constitución como la consolidación de nuestro Estado nación”. No por nada, en su preámbulo se afirmaba como una finalidad fundamental el “substituir al despotismo de la Monarquía de España [por] un sistema de administración que reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos”.

Aunado a lo anterior, en dicho documento se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, tales como la independencia, las libertades y derechos individuales, el gobierno republicano y la soberanía (popular o nacional), presentes aun variando el tipo de Estado, federal o unitario y viceversa, y la orientación político-económica prevaleciente en el momento histórico correspondiente.

En la Constitución de Apatzingán, la cual consta de dos apartados y 242 artículos, se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, siendo sus características principales las siguientes: *a)* intolerancia a otras religiones (art. 1o.); *b)* forma de Estado republicano y colegiado, estableciéndose un Ejecutivo pluripersonal (art. 132); *c)* sistema de organización estatal unitario (art. 43); *d)* forma de gobierno parlamentario (arts. 44 y 103); *e)* soberanía con residencia originaria en el pueblo y cuyo ejercicio recaía en representantes de la nación (art. 5o.); *f)* principio de igualdad en materia de ciudadanía, señalando que se reputarían ciudadanos de la América mejicana a todos los nacidos en ella (art. 13); *g)* indefinición del territorio de la América mejicana (art. 42), y *h)* reconocimiento a determinados derechos que se constituían en el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas, tales como la felicidad del pueblo, la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad (art. 24).

No obstante, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* no pudo cristalizar la constitución de un Estado nación, debido a que —afirma Virginia Guedea— “el establecimiento del Supremo Congreso no resolvió totalmente los conflictos surgidos desde hacía tiempo entre los principales dirigentes de la insurgencia y tampoco logró coordinar del todo a los diversos grupos insurrectos, todo lo cual afectaría gravemente a la insurgencia”. Es por tal motivo que en la historia constitucional de nuestro país debe hablarse de una segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, misma que corrió de 1820 a 1824.

Por lo que hace a instituciones o mecanismos que pudieran hoy catalogarse como procesos o garantías constitucionales, quizá podría citarse —guardando las debidas proporciones— el mecanismo establecido en el art. 107 como una institución similar a la controversia constitucional contemporánea, toda vez que se le otorgaba al Supremo Congreso resolver las dudas de hecho y de derecho que se ofrecieran en orden a las facultades de las supremas corporaciones, es decir, resolver los conflictos competenciales entre el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

La palabra “Constitución”, aun en el lenguaje jurídico, es utilizada en sentidos diversos a pesar de que en principio refiere el documento fundante de un Estado de carácter jurídico-político. El significado de este término depende de su contextualización histórica, temporal e incluso cultural, además de que el constitucionalismo, entendido como conjunto de factores que pretenden

calificar una Constitución, es un conjunto de ideas o principios que se basa en determinada filosofía política. No obstante, se puede decir que en términos generales este vocablo, en un sentido amplio, se utiliza para referirse a la Constitución como la norma jurídica que establece las bases organizativas de un Estado.

El Estado constitucional aparece como consecuencia de la Revolución Francesa y reacción a la supremacía del legislador; por lo que la ley era considerada como la norma superior; en esta época prevalece la teoría de la Constitución rígida, la codificación y el derecho escrito, a efectos de que sólo el poder constituyente pudiera modificarla. Por estas razones se produjo un largo debate entre elaborar una Constitución o un conjunto de leyes fundamentales, eligiendo la primera opción debido a la posibilidad de realizar una interpretación sistemática.

El estudio del derecho constitucional tiene sus orígenes en la teoría del Estado, en virtud de la existencia de una sociedad que se organiza en torno al fenómeno del poder. Se puede hablar de Estado solamente a partir del siglo XVI, pero de la Constitución, en su calidad de fenómeno jurídico que organiza el poder, sólo con posterioridad. Por lo que para explicar el significado formal de Constitución es conveniente comenzar por recordar que originalmente las Constituciones son concebidas como documentos fundacionales de carácter político apenas a partir del siglo XVIII, tras la independencia de las colonias inglesas del Norte en América y del triunfo de la Revolución Francesa. En Francia se producen históricamente dos documentos diversos, uno que organiza el ejercicio del poder y otro que reconoce derechos fundamentales; no obstante, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentra la base del concepto formal de la Constitución, cuyo art. 16 establece que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución”.

El sentido político de la Constitución proclama su finalidad política, la ideología política a la que sirve, lo que evoca ideas como libertad, democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder. Este significado responde al sentido histórico del constitucionalismo como movimiento político e ideológico, por lo que se puede afirmar que el fin de la Constitución es la estabilidad, establecer un orden, limitar el poder público, y se identifica con el programa del poder público. El concepto formal de Constitución surge a partir de la reflexión acerca de la misma como ley, pero como ley especial dotada de peculiaridades formales que desempeña un papel fundamental en el sistema jurídico.

De modo que toda Constitución tiene un cierto carácter político, y dado que en un principio no se le consideraba como norma jurídica, el sistema jurídico iniciaba con el Código Civil, notorio en la época del imperio de la ley y sujeción del juez a la letra de la ley para su interpretación. El cambio de concepción se produce en Europa con la creación de los tribunales constitucionales austriaco y checo a principios del siglo XX, cuyo fundamento es la teoría de las nulidades de Hans Kelsen. En América, en cambio, se produce a raíz de la sentencia del juez Marshall al caso *Marbury vs. Madison* en 1803, en que resuelve que la ley contraria a la Constitución debe inaplicarse.

El sentido jurídico de Constitución resulta del examen de las formas y de la estructura interna de la Constitución, y su consideración como norma. De tal forma que la Constitución se concibe como norma que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción es antijurídica, pero sólo puede ser considerada así, si el sistema jurídico establece que su cumplimiento es obligatorio. Como norma suprema, además, presupone determinada estructura del orden jurídico y puede ser identificada por la relación que tiene con la legislación. Esta supremacía no solamente refiere su posición en el sistema jurídico, sino también, y sobre todo, su eficacia y su fuerza derogatoria.

Esto implica considerar a la Constitución como norma suprema; los presupuestos de la supremacía son que la función legislativa como función de crear normas se sujete a las normas constitucionales que son fundamento y límite de su validez; y que prevea una cierta estructura del orden jurídico, lo que determina la relación entre las normas del sistema, así, la Constitución se identifica por su relación con la legislación como creación normativa. Por lo que en el sentido formal, la Constitución, como señala De Otto, “es el conjunto de normas a las que está sujeta la creación normativa por los órganos superiores del Estado”.

La concepción formal de la Constitución hace énfasis en su carácter de conjunto de normas jurídicas sin establecer cuál es el contenido de las mismas. Las concepciones formales de la Constitución desde el punto de vista jurídico giran en torno a tres aspectos relevantes: que la Constitución es una norma o un conjunto de normas escritas; de un tipo especial, elaborada mediante un procedimiento especial, y es norma suprema porque establece los órganos y los procedimientos de creación de las normas, prevé sus competencias y funciones, así como la fuerza y rango de las normas creadas. Por lo que la validez de las normas del sistema jurídico depende de su conformidad con la Constitución. La Constitución se configura, así, como norma suprema y norma de normas.

En su origen, las concepciones formales de la Constitución se asocian a un concepto liberal de Constitución que, además de garantista, es racional y normativo, en tanto determina la existencia de un documento escrito y solemne cuyo objeto es garantizar los derechos de los ciudadanos y la organización del poder político del Estado. Actualmente, la Constitución en sentido formal se diferencia del resto de las normas de un Estado por su superioridad, de modo que las demás normas del sistema jurídico no deben contravenirla, pues de hacerlo pueden ser declaradas inconstitucionales y no ser aplicadas, o incluso llegar a ser anuladas. La Constitución además está protegida por un procedimiento especial de reforma agravado y de mayor solemnidad que el previsto para las leyes y otras normas.

Las Constituciones modernas tienen, entre otras funciones, las de prever y regular el funcionamiento de los controles de poder políticos. La Constitución es el elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento, así como los derechos de los individuos que sanciona y protege. Hablar de Constitución en sentido jurídico significa asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, queda sujeta a las normas constitucionales que se configuran como su fundamento y límite de su

validez. Por lo tanto, la Constitución se identifica más bien por su relación con la legislación, es decir, como creación normativa.

La Constitución en sentido formal es un conjunto de normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado, cuya validez se determina en el aspecto formal por su conformidad con los procesos de creación normativa establecidos en la norma superior y de la competencia del órgano que la emite, y en el material por la adecuación del contenido de la norma inferior al contenido de la norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada, así como a la norma suprema.

En síntesis, en sentido formal, la Constitución es la norma fundamental y suprema del sistema jurídico, lo que refiere su posición y fuerza en el orden jurídico. Loewenstein menciona que en el sentido formal la Constitución es “...un documento escrito y unificado por normas fundamentales” y “dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

Carla Huerta Ochoa

CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

La palabra “Constitución” se utiliza en el lenguaje ordinario con distintos significados. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española ofrece varias acepciones distintas del término, unas propiamente jurídicas, otras vulgares en cambio. Por una parte, la define como la “esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás”. En este sentido es que se puede identificar con la Constitución material, porque refiere los elementos necesarios para poder considerar un texto jurídico como la norma fundamental de un Estado.

El término “Constitución”, por lo tanto, se refiere a las disposiciones o decisiones de carácter fundamental que resultan de la organización del ejercicio del poder. Se puede sugerir un primer significado de Constitución en sentido material como “el conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen”. A este primer sentido se le denomina material o sustantivo porque se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas. Es por ello que se puede decir que toda Constitución cuenta con un modelo fundacional que se integra por las instituciones que se consideran fundamentales para el Estado.

La concepción material de la Constitución se entiende como distinta a la jurídica, por lo que, en general, las explicaciones de este concepto se han elaborado por oposición al concepto formal de Constitución. El sentido material se puede entender como el contenido de la Constitución, esto es, la función de las normas constitucionales, que consiste en delimitar los derechos que deben ser protegidos y conformar el sistema jurídico y los órganos de poder. En ese sentido, Jellinek propone una definición según la cual se concibe a la Constitución como “el conjunto de normas jurídicas que regulan los supremos órganos del Estado, su formación, su relación recíproca y competencia, así como la posición del individuo frente al Estado”. Esto hace referencia a su

contenido tanto desde la perspectiva orgánica y funcional, como en relación con las libertades y derechos de los individuos.

La Constitución en sentido material debe establecer los principios generales respecto de los órganos, los procedimientos y los contenidos, elementos que integran el contenido de la Constitución como sostiene Kelsen, ya que su función es controlar el ejercicio del poder. La Constitución es norma suprema con eficacia práctica, y para asegurar su aplicación existen medios de control de la constitucionalidad y tribunales constitucionales, intérpretes últimos de la Constitución. La Constitución establece los principios básicos de la producción de las demás normas jurídicas del sistema que se subordinan a la Constitución, éste es su sentido jurídico. En los sistemas jurídicos que se desarrollan en el marco de un Estado de derecho se puede afirmar que una Constitución posee una estructura común, formada por una o varias instituciones básicas. A esta estructura corresponden en primera instancia los derechos fundamentales y la distribución funcional que se expresa mediante el principio de división de poderes, así como el control de la constitucionalidad.

Desde finales del siglo XVII, y sobre todo a lo largo del siglo XIX, se llevó a cabo la tarea de positivizar, de forma completa y ordenada, las normas que habían de regular las relaciones de poder y de libertad, es decir, la Constitución material. Pero el derecho no es tan solo el texto normativo, sino también la interpretación que el juez hace del mismo. Las primeras interpretaciones de la Constitución fueron políticas, lo que pone de manifiesto que la Constitución en sentido material se entiende tomando en cuenta los aspectos sociológicos, antropológicos, morales y valorativos, entre otros que subyacen a ella.

Lassalle hace explícita la tensión entre la Constitución formal y la material, al proponer un concepto sociológico de Constitución que determina la existencia de dos Constituciones: la escrita y la real. La Constitución real se integra por los factores reales y efectivos de poder, por lo que, en su opinión, la Constitución escrita sólo tiene valor si realmente expresa los factores de poder que rigen en el país, pues de lo contrario la Constitución escrita sería una mera hoja de papel en blanco.

Según Loewenstein los elementos fundamentales mínimos de una Constitución en sentido material, que garantizan el libre desarrollo político de un Estado, son la diferenciación y asignación de funciones estatales a diferentes órganos para evitar la concentración de poder; los mecanismos de cooperación de los órganos de poder; la distribución y limitación del poder político mediante dispositivos e instituciones en forma de frenos y contrapesos; los mecanismos que eviten bloqueos entre los órganos de poder autónomos para impedir que en caso de no cooperar, se resuelva el *impasse* por sus propios medios; un método de reforma racional que evite la ilegalidad, la fuerza o la revolución, y el reconocimiento a la autodeterminación individual, es decir, a derechos individuales y libertades fundamentales, y su protección frente a quienes ejercen el poder.

Para Kelsen, la Constitución es normativa, un “deber ser”, es norma, y en el sentido material su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento; el derecho regula su propia creación en la Constitución. La Constitución es la norma fundamen-

tal, una regla según la cual son creadas las normas jurídicas y de la cual deriva el principio mismo de su creación; es norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Se considera que las normas que establecen los órganos que ejercen el poder, los límites que los gobernantes deben respetar, esto es los derechos y libertades de las personas, y la forma en que la Constitución los garantiza son parte de la Constitución material de un Estado. Por lo que la Constitución material de una sociedad política puede entenderse como el conjunto de normas que determinan quiénes ejercen el poder y la forma en que lo hacen. Las normas que establecen estas cuestiones se consideran materialmente constitucionales, aun si sólo se trata de costumbre jurídicamente aceptada o de interpretación jurisprudencial.

Aunque la Constitución en sentido formal, el texto concreto, recoge la Constitución material de un Estado, su contenido, se considera posible que algunas normas materialmente constitucionales no se encuentren expresadas en dicho texto; no obstante, son consideradas formalmente superiores a las ordinarias, como parte de la Constitución, como algo añadido a la Constitución formal. Como puede ser el caso de los tratados internacionales, que por disposición expresa de una Constitución adquieren rango constitucional, por ejemplo.

Carla Huerta Ochoa

CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUSTANCIAL

Se entiende por *Constituciones en sentido sustancial* todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución formal, también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal (Spagna Musso). El concepto debe mantenerse separado tanto de aquel de Constitución material, entendida como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que integran el texto constitucional, como del de “Constitución viviente”, que es la Constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos-instituciones.

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1824

Precedida por el “Acta Constitutiva de la Federación”, del 1o. de abril al 3 de octubre de 1824 el Congreso discutió el proyecto de norma fundamental, que publicó el cuarto día del mismo mes, con la denominación de “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos”, que no fue simple copia de los patrones que le sirvieron de modelo, sino que en su articulado se percibe un esfuerzo por acoplar el funcionamiento de ciertas instituciones a la realidad de la época, de manera que se advierte una combinación de procesos y proce-

dimientos para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance.

En este orden fundamental nace el precedente de la jurisdicción del amparo federal a través del art. 123. También esta Constitución crea el precedente de la jurisdicción del amparo local, por medio del art. 160. En conjunto, ambos preceptos instituyen una doble jurisdicción, sustento del federalismo judicial. Asimismo, ella instaaura el precedente del control de constitucionalidad y legalidad, de conformidad con el art. 137, frac. V, inciso 6. Además, contiene en los arts. 137, frac. I, y 38, un par de garantías constitucionales objeto de estudio del actual derecho procesal constitucional mexicano. Inclusive el nombre oficial de tal ley suprema verifica que el calificativo “federal” ha sido la estructura adoptada (con excepción del periodo de centralismo) por nuestra nación hasta la actualidad.

La tradición jurídica la ha considerado como la primera Constitución mexicana, la cual estuvo vigente hasta 1836, año en que se expidieron las “Siete Leyes Constitucionales” de corte centralista. En tal virtud, el Congreso Constituyente expresó en el preámbulo de ese documento fundacional que éste se expedía para fijar la independencia política, establecer y afirmar la libertad, y promover la prosperidad y la gloria de la nación mexicana; y en el singular marco histórico de un país recién emancipado que daba los primeros pasos en el camino de su organización jurídica, y con la esperanza de un pueblo que había derramado sangre, en once años de insurgencia El referido Congreso Constituyente dio término a sus labores el 4 de octubre, fecha memorable en la que envió al Poder Ejecutivo, ya debidamente aprobada, la primera Constitución que tuvo vigencia.

En esta misma Constitución Federal, y debido a la influencia del orden jurídico norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad para resolver los conflictos de carácter constitucional. En primer término las llamadas “controversias constitucionales”, inspiradas en el art. III, sección 2, de la ley fundamental norteamericana, ya que en el art. 137, frac. I, del orden fundamental de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso, en su parte conducente: “Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un estado y uno o más vecinos de otro”.

También en dicha Constitución Federal se introdujo la garantía del “juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los estados”, con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el art. 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos cámaras del Congreso General, en calidad de gran jurado. Aunque no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las cámaras del Congreso de la Unión, pero se apartaba del propio modelo en cuanto el proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del

enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia Corte, lo que influyó de cierta manera en el sistema del juicio político y penal de los funcionarios en la Constitución Federal de 1857.

A pesar de que no existe en la Constitución de 1824, a la cual está incorporada el Acta Constitutiva, precedente del juicio de amparo, esto es, no hay más que aquel artículo del Acta en el cual se dice que los derechos del hombre y del ciudadano serán protegidos por leyes sabias y justas; no obstante, dicha norma suprema sí previó una institución común a todas las ramas de enjuiciamiento del derecho procesal o una categoría procesal: la *jurisdicción*. Justamente en la última parte del inciso sexto de la frac. V del art. 137, que al mismo tiempo sobre el particular se inspiraba en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, se descubre una facultad con la que se investió a la Suprema Corte de Justicia para “conocer de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley”, atribución que, podría suponerse, pudiera implicar un verdadero control de constitucionalidad y de legalidad, según el caso, ejercitado por dicho cuerpo jurisdiccional. Lo anterior constituye un precedente legislativo de la categoría procesal de la *jurisdicción* tanto para las controversias constitucionales como para el juicio de amparo, puesto que al encomendarse al más alto órgano jurisdiccional del país las violaciones constitucionales, se tutelaba la configuración del poder y se salvaguardaban los derechos fundamentales estatuidos por la propia Constitución; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte conociera de dichas cuestiones. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el art. 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, anuló varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

Más aún, con base en el art. 137 de la Constitución Federal de 1824 se crea también el precedente de la *jurisdicción* del amparo local, ello debido a la existencia de instituciones duales en la impartición de la justicia. Precisamente, en México, la doble jurisdicción federal y local fue implantada desde los arts. 123 y 160. El primero dispuso: “El Poder Judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito, y en los juzgados de distrito”. El último previó: “El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia”. Estas normas supremas instituyeron el dogma del federalismo judicial, el que con motivo del reconocimiento contencioso que el Estado mexicano ha hecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amplía su horizonte de la adecuada relación entre los tribunales federales y locales a la adecuada relación entre éstos y la jurisdicción internacional.

No es ocioso mencionar que la Constitución de 1824 adoptó la forma federal, y su evolución histórica puede describirse, en su etapa originaria, a partir de esta norma fundamental. Ciertamente, la referida evolución se

circunscribe en las distinciones siguientes: 1) se establece un sistema federal basado en “estados” y “territorios” de la Federación; 2) no se instaure una fórmula de distribución de competencias específica; 3) se establece el bicameralismo, con una Cámara de Diputados y una de Senadores; 4) se define por el Congreso general, la residencia de los poderes federales, establecida en un distrito en el cual el propio Congreso ejercería las atribuciones del Poder Legislativo de un estado; 5) se previó un presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como titular del Poder Ejecutivo Federal; 6) se creó un Poder Judicial de la Federación, organizado en una Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito, y 7) se instauró un Poder Judicial de cada estado, estructurado con los tribunales que establezca o designe la Constitución respectiva.

Conviene mencionar que el acceso a la justicia fue un derecho contenido en el art. 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, que disponía: “Todo hombre que habite el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia”. Sin embargo, a pesar de su estrecha relación con la norma fundamental de 1824, ésta lo omitió, y no fue sino hasta el art. 17 de la Constitución de 1857 cuando se estableció este derecho de carácter programático, que viene a constituir la categoría procesal de la *acción* de los procesos y procedimientos para la defensa de la Constitución.

Juan Rivera Hernández

CONSTITUCIÓN FLEXIBLE/RÍGIDA

Sobre la base de la superioridad de la Constitución con respecto a las otras fuentes, son “rígidas” las Constituciones para cuya modificación se requiere un procedimiento agravado (en el tiempo, en los quórum, con la participación de órganos ad hoc o mecanismos como el referéndum, etcétera) con respecto a la tramitación normal prevista para las leyes ordinarias (procedimiento suficiente, en cambio, para la modificación de las Constituciones flexibles), al efecto de ofrecer una mayor garantía y defensa de la propia Constitución y de los valores y principios en ella contenidos. La mayor parte de las Constituciones actuales son rígidas, con algunas excepciones (la Constitución del Reino Unido es un caso típico de Constitución flexible), mientras que flexibles eran por ejemplo las Constituciones liberales decimonónicas.

Giorgia Pavani

(traducción de Mayte Salvador Crespo)

CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Las visiones historicistas de la Constitución ponen el énfasis en el sedimento que el paso del tiempo y las circunstancias del comportamiento humano van imprimiendo en las instituciones, principios, valores y regulaciones fundamentales de una sociedad política y jurídicamente organizada. Interpretaciones y adherencias excesivas del y al concepto han generado ideas no exentas de falacia, como las que colocan a la historia en calidad de potestad constituyente,

si bien no cabe duda de que un sano acercamiento con perspectiva histórica al concepto de Constitución permite interpretaciones realistas y sólidamente fundadas.

A decir de Maurizio Fioravanti, las libertades han podido ser fundamentadas historicistamente merced a los análisis que hacen depender de la historia la configuración procesal del goce efectivo de los derechos. Así, en la tradición anglosajona, el *Rule of Law* hace referencia a prerrogativas de carácter fundamental e indisponible que dan lugar, al paso de los siglos, a sociedades que se oponen radicalmente al desconocimiento de las tradiciones que han hecho de sus miembros seres libres e iguales. Existe en la concepción de “Constitución histórica”, pues, una animadversión muy marcada hacia soluciones voluntaristas que puedan poner en entredicho tradiciones y costumbres que se han conquistado con los siglos, entre ellas principalmente, acaso en razón de una superlativa influencia de la Carta Magna (1215), las que componen el proceso debido. Detrás de la discusión del *No taxation without representation* de los colonos angloamericanos en la Revolución de Independencia de las Trece Colonias podemos hallar un ejemplo muy claro de reivindicación de derechos fundamentales que la categoría de *Englishmen* les concedía desde tiempos, si no inmemoriales, ciertamente muy lejanos.

Las tradiciones continentales, con ser también bajomedievales, se fundan por contraste en un *ordo iuris* indisponible y dado, integrado por un conjunto de leyes fundamentales preconfigurado que, sin embargo, requiere de la labor cotidiana del jurista para adaptarse a las cambiantes condiciones del medio social. Esta suerte de *Ius Commune*, que no debe confundirse con el *Common Law* anglosajón, entrará en conflicto al momento de las revoluciones atlánticas con la dogmática jurídica del racionalismo que pretendió expresarse ante todo en Constituciones escritas, emanadas de la voluntad de un todopoderoso Poder Constituyente, y en códigos derivados de la voluntad de un legislador no sólo imbatible sino imposible de criticar, con soberana capacidad de disposición sobre un *Ordo iuris* en acelerado trance de abandono respecto de su calidad de “ordenamiento”. De ahí que Edmund Burke expresara su célebre crítica a la pretensión de la Francia revolucionaria en el sentido de expedir Constituciones como si de la cocción de un *pudding* se tratara.

Y es que, en efecto, la Francia posterior a 1789 manifestará una enemiga antihistoricista que, con la sustitución de la labor jurisprudencial del *Ius Commune* por la legislativa propia de un “Estado de derecho” que los alemanes sistematizarán, no sin vacilaciones como las de la Escuela Histórica del Ochocientos, como *Rechtsstaat*, vendrá a robustecer el carácter individualista y estatalista de la fundamentación teórica de las libertades en la Europa de la restauración, para la cual “Constitución histórica”, en el más aventurado de los casos, resultaría ser poco más que el rescoldo cultural y tradicional de una Constitución-ley expedida por la nación reunida en Parlamento.

En Iberoamérica, las concepciones históricas del fenómeno constitucional se hallarán marcadas por las Cortes Constituyentes de la Monarquía española reunidas en Cádiz entre 1810 y 1813 (con una extensión ordinaria hasta 1814), en las que la mayoría peninsular apeló a una “Constitución histórica de España” que, en concepto de Martínez Marina, habría contenido a las

libertades visigóticas manifestadas, ante todo, en los ámbitos municipales, y desconocidas en forma definitiva al advenimiento del absolutismo austracista de la mano de Carlos V (derrota de las Comunidades en Villalar, 1519). Los insurgentes americanos, tanto como los diputados de los reinos y provincias de ultramar que se desempeñaron en Cádiz, basarán sus alegatos independentistas en argumentaciones constitucionales historicistas (como las de Servando Teresa de Mier en el libro XIV de su *Historia de la revolución de Nueva España antiguamente Anáhuac*, publicada en Londres en 1813). Pretendiendo que sus naciones recuperaban las soberanías prehispánicas perdidas en razón de la acefalía de la Monarquía causada por el cautiverio de Fernando VII se darán, sin embargo, a la tarea de expedir Constituciones escritas de signo racionalista y voluntarista, alejadas en ocasiones casi totalmente de las realidades históricas de sus pueblos. Algo muy semejante a lo que, para la península, obtuvieron los diputados constituyentes en 1812: pretexto historicista, Constitución como acto legislativo, constitucionalidad prácticamente incontrolable.

Y es que una de las principales características del modelo histórico de Constitución radica en la importancia que se concede al aparato judicial, desarrollado en Inglaterra casi sin solución de continuidad desde la baja Edad Media y que en los Estados Unidos dio lugar a la célebre *judicial review* apenas alboreaba el siglo XIX, con un acento muy perceptible en las interpretaciones originalistas de la Constitución, esto es, en la búsqueda de lo que los *founding fathers* de Filadelfia quisieron realmente establecer. En los países de tradición continental, en cambio, la voluntarista adscripción de poderes legislativos no justiciables a la nación, al pueblo o a la voluntad general trajo consigo un recelo bastante marcado hacia los jueces y la imposibilidad de establecer tribunales de constitucionalidad auténticamente operativos hasta bien entrado el siglo XX.

Rafael Estrada Michel

CONSTITUCIÓN LOCAL

La locución es utilizada en los países definidos por la forma federativa en el continente con sistemas legales diferenciados, basados en un doble nivel constitucional, siguiendo la influencia de los Estados Unidos de América, siendo ellos Argentina, Brasil, México y Venezuela, aunque en este último la organización de los poderes públicos locales, municipios y la administración de bienes es regulado por la Constitución de la República.

Las cuatro naciones erigidas bajo la forma federal de Estado en Latinoamérica tienen como característica la existencia de una división política y administrativa en estados, provincias, distrito federal y municipios, cuya autonomía es reconocida mediante un sistema representativo y democrático de la organización política del país. En los mencionados países prevalece el modelo de federalismo residual o de origen a favor de los estados miembros, por medio del cual sus autoridades conservan las facultades que no estén expresamente delegadas a las autoridades federales, de manera tal que se organizan y rigen por Constituciones propias que, si bien se expiden sin intervención de ningún poder de la Federación, no pueden ser contrarias a la Constitución federal.

A diferencia de América Latina, el federalismo norteamericano se crea al concurrir las soberanías originarias de los estados miembros, suficientemente autónomos para determinar su gobierno y administración, por lo que el constitucionalismo revela peculiaridades propias de su régimen federal para la distribución del poder político, y las cincuenta Constituciones locales en los Estados Unidos reconocen la división tripartita de poderes, regulan un sistema electoral, proveen un catálogo de derechos y organizan una legislatura bicameral (G. Alan Tarr, 2009).

En Argentina, las provincias crean sus propias instituciones locales a través del acto de expedir autónomamente las Constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías que establece la Constitución Nacional, señalando para ello que se debe asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (art. 5o.). En cuanto a la autonomía municipal corresponde, se impone el deber a cada provincia de que su Constitución reglamente su alcance y contenido institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123).

En Brasil, los estados se organizan y rigen por las Constituciones que ellos mismos expiden, observando lo principios de la Constitución de la República Federativa y las reglas de competencia atribuidas a los estados y municipios (arts. 25 a 29).

La situación que priva en México consiste en que el pueblo mexicano decide constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios constitucionales; las Constituciones particulares de los estados en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal (arts. 40 y 41).

Atendiendo a lo que literalmente disponen las cartas constitucionales de los cuatro países, se percibe que los estados o provincias gozan de amplias facultades, aunque ello se minimiza en el debate acerca del carácter nominalista del federalismo, pues la realidad latinoamericana demuestra un alto nivel de centralización del poder en torno de las competencias constitucionales atribuidas al gobierno federal.

De entre las características que sobresalen en los estados o provincias, es que sus Constituciones deben respetar el sistema representativo republicano y democrático; estar de acuerdo con los principios y declaraciones fundamentales de la Constitución federal; adoptar las bases mínimas sobre la organización de los poderes y del municipio, así como acogerse a la protección de la garantía federal para repeler, en caso necesario, invasiones externas o sublevaciones internas.

En cuanto al fenómeno constitucional estatal en México, con un universo de 31 cartas políticas estatales y un Estatuto del Distrito Federal, la reformabilidad y el reemplazo han sido una constante, por lo que Diego Valdés dice que “la positividad de las Constituciones estatales ha provocado que exista un alejamiento de la sociedad civil a las normas que ellas regulan [y] sobre todo cuando esas modificaciones responden a políticas gubernamentales o a

intereses de grupos de relevancia política, religiosa o empresarial”, por lo cual considera al orden local como derivado del marco constitucional general y lo denomina “constitucionalismo reflejo” (Valadés, Diego, *Constitución y política*).

Teniendo en cuenta la forma en que se concreta el federalismo en la extensa división geográfica de las entidades federativas mexicanas, así como los patrones culturales propios de las regiones, en la actualidad la tendencia del constitucionalismo es su creciente normatividad, al adicionarse catálogos de derechos ciudadanos y medios para su control y defensa de la supremacía constitucional ante órganos judiciales o administrativos, lo cual ha venido convirtiendo gradualmente a las Constituciones locales en ordenamientos políticos fundamentales que organizan el gobierno y aseguran un sistema de libertades y el respeto a la dignidad humana de la población.

Elisur Arteaga Nava, al argumentar que una Constitución es un complejo normativo cuya normatividad es de jerarquía superior, permanente, escrita, general y reformable, sostiene que debido al principio de generalidad de la Constitución federal, cualquier modificación obliga a los estados a adecuar sus Constituciones en forma perentoria.

Una nota relevante es que sus normas son reglamentarias de la carta magna, ya que desarrollan sus preceptos; sin embargo, es criticable que algunas reproduzcan los artículos de la Constitución federal, aunque en muchos casos los constituyentes locales suelen abundar a detalle en catálogos de derechos a favor de las personas, imponiendo obligaciones al poder público. Conforme el derecho constitucional correlativo de las entidades federativas, es de sostenerse que las Constituciones locales son de naturaleza complementaria de la carta magna.

Finalmente, poseen los elementos esenciales de toda Constitución: ser la norma suprema del ente político; respetar los parámetros del orden político y jurídico establecidos en la Constitución federal y servir como un cauce de libertades para la gobernabilidad democrática, expresando la escala de valores fundamentales que impera en una comunidad política para su reconocimiento y desarrollo. Este cuerpo de normas prevalece sobre cualquier otro legal o secundario, los cuales están sujetos a ella. Debe subordinación únicamente a dos categorías: a la Constitución federal y al Poder Constituyente.

No obstante que la subordinación se traduce en la potestad de actuar dentro de los límites explícitos e implícitos que una entidad federativa debe respetar, puede constatarse que las Constituciones locales son verdaderos textos fundamentales porque organizan la vida política de los estados y juegan un papel preponderante en un régimen federal de gobierno.

José Miguel Madero Estrada

CONSTITUCIÓN OCTROYÉE (O CONCEDIDA)

Se define *octroyée* (o *concedida*) una Constitución otorgada por el soberano como autolimitación a su poder. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente, que en este caso no es expresión del ejercicio de soberanía popular. Ejemplos típicos de Constituciones *octroyées*

son, entre otros, el Estatuto Albertino italiano de 1848, la Constitución de Bayona (España, 1808) y el Manifiesto de la Libertad de Nicholas II de Rusia en 1905.

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

CONSTITUCIÓN OTORGADA

Según el origen, una Constitución puede ser otorgada, impuesta, pactada o expedida como resultado de la voluntad popular soberana. Cuando no deriva de un poder constituyente, cuyo titular como se sabe es el pueblo en un régimen democrático, se está en presencia de una Constitución “otorgada”, término que tiene su origen en la voluntad misma de los detentadores del poder político.

Por tal motivo se afirma que este tipo de carta política suele ser contraria a la concepción del constitucionalismo liberal y es propia del *ancien régime*, la cual se apoya en doctrinas encaminadas a denegar radicalmente la Constitución como acto de voluntad del Constituyente, acogiendo la idea de la Constitución-acto, que corresponde tradicionalmente a un Estado monárquico donde el soberano o monarca, como titular de la soberanía, es quien unilateralmente la otorga (*octroyées*), por lo que la relación entre el monarca y el pueblo, que se concreta a través de la Constitución, se reduce a que este último es simplemente receptor de lo que el monarca decida otorgar y reconocer como derechos para sus súbditos.

De manera que es Constitución “otorgada” aquella que, no obstante poseer el carácter de ley suprema, se genera por una concesión que hace el depositario del poder político. Al respecto, este tipo de Constitución ha tenido lugar cuando el rey o monarca, por un acto de gracia hacia su pueblo, otorga una carta magna mediante la cual, de manera voluntaria, reconoce ciertos derechos, acota sus facultades al conceder contrapesos de poder a otras instancias —principalmente de carácter parlamentario— y con ello queda subordinado al mandato de la propia Constitución. Como un ejemplo clásico podemos citar la Carta Constitucional de Luis XVIII del 4 de junio de 1814, que, a sugerencia del ministro Talleyrand y ante el temor del surgimiento de un nuevo movimiento revolucionario, se concluyó que no era posible sostener la Monarquía sin limitar el poder real. Entonces, el monarca recurrió al subterfugio de dotar de una Constitución a sus súbditos franceses; por lo que tuvo apariencia de ser una dádiva del rey a sus gobernados.

Sin embargo, para evitar ciertas confusiones, conviene aclarar las diferencias entre “Constitución otorgada” y “Constitución impuesta”. La primera, como ya se dijo, es una concesión dada por el titular del poder político en aras de evitar movimientos enardecidos revolucionarios, pero que disminuían su ámbito de poder, generando cierta reestructuración de la organización estatal. En cambio, la segunda ha tenido lugar al generarse un nuevo Estado, o bien al perder su plena soberanía a consecuencia de una confrontación bélica y en el caso de territorios coloniales que logran adquirir su independencia. Este tipo de Constitución se caracteriza por la intervención de un Estado diferente

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

que impone un ordenamiento constitucional, es decir, existe un procedimiento formativo de Constitución *externa*, que impone a la fuerza un ordenamiento constitucional.

Algunos ejemplos dan cierta pauta para aclarar de mejor forma esas diferencias, tal como nos ilustra el caso del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano expedido el 10 de abril de 1865 por Maximiliano de Habsburgo, mismo que tuvo por objeto organizar su gobierno, dentro del cual se estipuló que el emperador representaba la soberanía nacional y la ejercería en todos sus ramos, garantizando a los gobernados la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad y el ejercicio de su culto.

Lo mismo puede decirse de la Constitución japonesa de 1946, que siguió el modelo impuesto por un órgano de un Estado extranjero; igualmente, la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por las potencias ocupantes, ya que el proyecto debe someterse a la aprobación de la jefatura de las potencias occidentales; del mismo modo, numerosas Constituciones en territorios dominados por los ingleses fueron dictadas por el Parlamento británico (Canadá, 1867; Austria, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (*orders in council*) para Estados recién independizados en diversos continentes (Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970, y Malta, 1964).

Así pues, a diferencia de las cartas políticas impuestas, la “Constitución otorgada”, cuya clasificación es idea de James Bryce, resulta ser producto de un acto concesorio unilateral del órgano que detenta el poder político, sobre ciertas y cuales prerrogativas dirigidas a los gobernados, estableciendo al mismo tiempo controles al poder público, lo que si bien limita o reduce el campo de actuación estatal en favor de gobernados, son decisiones que entrañan cierta regularidad constitucional para evitar insurrecciones que den al traste con el poder político que se detenta.

José Miguel Madero Estrada

CONSTITUCIÓN PACTADA

Se define *pactada* una Constitución que encuentra legitimidad en el acuerdo entre el Soberano y la asamblea representante del pueblo. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente (véase clasificaciones). La Constitución pactada representa una forma intermedia entre aquellas de origen popular y aquellas *octroyées* (véase Constitución *octroyées* (o concedida). Se consideran ejemplos de Constituciones pactadas la sueca de 1809, la francesa de 1830 y la de Prusia de 1850.

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

CONSTITUCIÓN PROVISIONAL

Se habla de *Constituciones provisionales* para indicar los textos constitucionales que, si bien plenamente en vigor, deben ser reemplazados en el corto plazo por las nuevas Cartas constitucionales con un contenido más profundo y com-

pleto, o después de un proceso constituyente que necesita condiciones sustanciales o de procedimiento que en la actualidad no existen. Se define provisional, por ejemplo, la Constitución de Nepal de 2007; ha sido una Constitución provisional el *Constitutional Framework* de Kosovo antes de la Constitución de 2008; era provisional la Constitución de Sudáfrica de 1993, luego sustituida por la actualmente en vigor desde 1997.

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

CONSTITUYENTE PERMANENTE

La expresión se ha utilizado, sobre todo en México —a partir de la obra de Felipe Tena Ramírez—, para designar la potestad revisora y modificadora de la Constitución, entendida ésta como ley suprema y pináculo del sistema de fuentes legislativas.

La consideración de un poder constituyente distinto al originario, esto es, al propio del momento privilegiado en que, al decir de Schmitt, un pueblo toma conciencia de su ser político y se dota con una Constitución, no deja de ser problemática. Lo es en lo referente a los límites de su accionar, en lo procedimental y en lo material, pero también en lo que se refiere a su configuración y legitimación como órgano de actuación prácticamente autónomo.

En países de estructura compuesta, la revisión y la eventual modificación de la Constitución traen consigo la cuestión de lo que García-Pelayo ha llamado las funciones de innordinación, es decir, la cuestión de la participación de las unidades políticas y administrativas menores en la formación de la voluntad del conjunto, sea éste una Federación, una Confederación o un Estado autonómico como el español. Las soluciones (someter las modificaciones a referéndum por parte de las regiones, exigir en él la unanimidad, solicitar la aprobación por simple mayoría de los órganos legislativos locales, conformarse con la autorización por parte de una cámara a la que se considere representación de la estructura compuesta del Estado, etcétera) distan de ser pacíficas. Se entiende casi universalmente que el consenso existente en el momento originario debe tratar de reproducirse con la mayor fidelidad posible al tiempo de la reforma constitucional, pero la estructura y mecanismos de tal reproducción resultan, como hemos dicho, problemáticos.

Llamar “poder constituyente permanente” al órgano revisor de la Constitución puede acarrear la implicación, como criticó en su momento Sánchez Medal, de que la reforma constitucional no posee límites en lo tocante a lo material. Así, en sistemas como el mexicano, que carecen de cláusulas intangibles y de “núcleos duros” de derechos irreformables, las reformas y adiciones constitucionales resultarían válidas en sí mismas siempre que hayan seguido el proceso adecuado al efecto (regulado sin mayor precisión en el art. 135 de la Constitución general de la República), incluso si resultan incongruentes o contradictorias respecto de otras disposiciones fundamentales. Siguiendo este razonamiento, tales Constituciones carecerían de cláusulas de “eternidad no escritas” (Häberle) y podría asumirse la perpetua inconstitución de la República, según expresó a mediados del siglo XIX Mariano Otero.

Si bien es cierto que ninguna generación tiene derecho a pretender que las generaciones futuras sean rehenes de sus decisiones (la frase es de Jefferson), resulta claro que en los Estados constitucionales y democráticos de derecho la reforma constitucional posee un límite primerísimo de orden material, como ha señalado Böckenförde: debe poseer una “voluntad de Constitución” para referirse a lo propiamente constitucional, no sólo en lo que respecta a la estructuración y reparto fundamental de los poderes del Estado, sino en lo tocante al respeto y garantía irrestrictos de la única razón que posee el propio Estado, es decir, los derechos universales e inalienables de las personas. Así, toda reforma que en el papel atente en contra de la dignidad humana asumida como cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional (párrafo 5 del nuevo art. 1o. de la Constitución mexicana) debe entenderse como impropia del ordenamiento y debe, por tanto, expulsarse del mismo, independientemente de la colocación que le haya asignado una mayoría legislativa usualmente proclive a tratar de fijar su programa partidista en la ley básica del Estado.

En este sentido, puede afirmarse válidamente que los derechos fundamentales y la protección más amplia que se debe dar a las personas conforman, en el sentido de Grimm, la “identidad constitucional” de una Constitución que, como la mexicana, carece de límites explícitos a la acción del órgano reformador, si bien posee referentes principialistas que evidentemente vinculan al llamado “constituyente permanente”. Las “reformas demolitorias de la Constitución” (de nuevo Sánchez Meda) devienen, pues, en fundamental contrasentido, y los tribunales nacionales e internacionales han tendido en los últimos años a considerarlas contrarias al orden constitucional, si bien nuestra reciente Ley de Amparo insiste en la añeja posición de considerar impropia una reclamación incoada en contra de una reforma fundamental a través del juicio de amparo.

Rafael Estrada Michel

CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El control abstracto de inconstitucionalidad (de las leyes parlamentarias) se contraponen al llamado control concreto. Es la clasificación más tradicional e importante del control de la constitucionalidad, tras la que opone el control concentrado y el que Schmitt acuñara como “control difuso”, y con la que la primera está estrechamente relacionada y entrelazada.

La distinción entre control abstracto y control concreto (*abstrakte, konkrete Normenkontrolle*) surge en la doctrina germana para contrastar dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias por el Tribunal Constitucional: *a)* el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancia de ciertos órganos políticos y *completamente al margen de todo caso o litigio concreto* y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera), y *b)* el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen di-

vergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último supuesto, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante, no será así en el primer caso, en el que el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o desconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución. Se trata de dos mecanismos diferentes con un mismo fin: garantizar la seguridad jurídica en su modalidad de protección de la Constitución frente al legislador por la jurisdicción (*Hüter der Verfassung*). El control concreto se basa en la desconfianza frente al juez ordinario, evitando que cualquier juez pueda cuestionar la voluntad y autoridad del legislador democrático posconstitucional, así como en la mayor eficacia de ese control concentrado en un órgano y que además muchas veces sienta doctrina constitucional vinculante frente a diversas interpretaciones en disputa de los tribunales ordinarios.

Y si en los sistemas con control concentrado, y además monopolio de control (*Verwerfungsmonopol*), de la constitucionalidad (como el alemán, el español o el italiano) es posible establecer esta contraposición entre control abstracto y control concreto; el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial— entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control *absoluta o genuinamente* concreto, característico del modelo norteamericano o difuso, y luego de tantos otros sistemas que lo siguen o los sistemas mixtos o duales de control difuso y concentrado. Ese control difuso y concretísimo de la constitucionalidad permite a cualquier juez resolver, directamente y por sí mismo —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional—, sobre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición, pues si bien existen algunos países (así, ya desde el siglo XIX, Colombia o Venezuela, o Hungría) o Estados federados (Baviera) en los que existe una legitimación popular para instar el control abstracto de la constitucionalidad, en general puede decirse que el control abstracto está ligado, en principio, a la legitimación orgánica (*Organklage*), restringida a ciertos órganos políticos que, en su caso, ejercerán la acción no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva* de la Constitución, “en interés de la Constitución y su primacía”, dando lugar a un control de la constitucionalidad de tipo abstracto, desligado del caso concreto y de todo interés particular de los sujetos legitimados.

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados para impetrarlo, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tenden-

cia política diversa). Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en algunos países como Alemania o España, el control abstracto da lugar a que cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política. Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de “tercera cámara”, lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley, o incluso del Tribunal Constitucional como soberano oculto (*heimlichem Souverän*).

E incluso se propugna por algunos la abolición del control abstracto, lo que sin embargo no es una opinión mayoritaria al día de hoy y no prospera en ningún país. Frente a las propuestas de supresión, por otra parte, otros consideran que el control abstracto puede ser un instrumento para llevar a cabo una notable depuración del ordenamiento jurídico, y para lograr el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones *constitucionales al llevar a cabo este control*; que el mismo permite poner fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía, sino que más bien se habrían agudizado y encrespado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema, y que en todo caso podrían ser un “león durmiente” de la vida político-constitucional del país. Es cierto que, en muchas ocasiones, el control abstracto puede operar como medio de prorrogar por la vía judicial un conflicto que en la vía política no ha hallado solución adecuada, más todavía si se tiene en cuenta la fugacidad del plazo para instarlo que suele preverse; pero —se afirma por sus defensores—, de un lado, no cabe desconocer que, como dijera Wilhem Wangler y nos recuerda Bachof, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico, y este control abstracto garantiza la protección de la jerarquía normativa nada menos que en su cúspide frente al legislador ordinario e incluso frente al poder constituyente constituido (o de reforma de la Constitución); y de otro lado, la verificación del control abstracto de la ley por un tribunal independiente logra en general una “paz jurídica” y ello por medio de la aceptación, aunque sea “a regañadientes”, por ambas partes contendientes de la resolución que se dicte, en la que normalmente tanto la mayoría como la minoría encontrarán puntos en los que se verán “derrotados” y otros en los que se sentirán “vencedores”, siquiera de modo interesado, a lo que se prestan técnicas sentenciadoras como la de las sentencias interpretativas, lo que propicia un importante “factor integrador” del control abstracto.

Tanto en el control abstracto como en el concreto se lleva a cabo un juicio lógico y ponderativo de contraste entre dos normas: la ley parlamentaria (o, en su caso, el tratado internacional), su objeto de control, y la Constitución, parámetro de dicho juicio. Ahora bien, mientras que en el control concreto

la dialéctica del caso concreto tiene un peso específico, en el control abstracto no es así, sino que se juzga a la ley en sí misma (*on its face*). Por su propia naturaleza, en el control abstracto, que siempre es concentrado, los efectos de la decisión son generales, y de ahí que cuando lo lleva a cabo un tribunal constitucional, se designe a éste gráficamente de “legislador negativo”, según la clásica caracterización de Hans Kelsen.

Joaquín Brage Camazano

CONTROL CONSTITUCIONAL DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE

De acuerdo con el modelo de Estado federal que tenemos, el fortalecimiento de la justicia constitucional requiere su realización desde dos grandes espacios: 1) *desde el ámbito federal*, donde se sitúa la justicia constitucional por antonomasia mediante la defensa y salvaguarda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 2) *desde el ámbito de las entidades federativas*, desde donde es posible coadyuvar a la defensa de la Constitución federal, mediante acciones que pueden llevarse a cabo ante determinados órganos locales especializados en justicia constitucional.

La justicia constitucional, desde el ámbito de las entidades federativas, será posible en la medida en que el propio federalismo pueda ser revitalizado en todos los órdenes que la lógica del sistema federal concede indiscutible valor e importancia a la participación de los estados miembros.

Para poder hacer partícipes a los estados en la materia que nos ocupa, nos parece que la justicia constitucional local debe establecerse en dos modalidades:

1) *Como control constitucional local puro*. Este modelo de control deberá ser diseñado para la salvaguarda de la Constitución local, particularmente por cuanto hace al mantenimiento de las *declaraciones o principios* contenidos en su preámbulo. Tratándose de un tipo de control local, su competencia estará orientada hacia dos cuestiones de orden local:

a) Control constitucional de actos locales. La competencia en este caso buscará mantener dentro del orden previsto por la Constitución particular de la entidad federativa en cuestión, la actuación de cualquiera de los órganos locales. Esto es, la justicia constitucional local o el control constitucional local, en esta modalidad, servirá para exigir a los servidores públicos de tipo local que su desempeño se ajuste a las prescripciones, más aún, a los principios contenidos en la Constitución local.

b) Control constitucional de leyes locales. El control constitucional deberá incluir de la misma manera el control sobre la producción jurídica de las legislaturas locales. En este sentido, debe haber la posibilidad de que el órgano diseñado para tal efecto pueda realizar las tareas de control previo de la constitucionalidad que debemos atribuir al Tribunal Constitucional federal; en este supuesto, el pre-control legislativo funcionará respecto de las leyes emanadas de los Congresos locales.

Ahora bien, para que el control constitucional local aquí señalado pueda tener viabilidad es necesario cumplir con algunas condiciones, como las si-

guientes: *primera*, que el control constitucional local deberá verificarse de manera exclusiva en el marco de la Constitución local. Esto quiere decir que si en algún caso planteado ante el órgano de control constitucional local, surgiera algún punto que hiciera necesaria la *interpretación* de la Constitución general, en tal supuesto el asunto deberá remitirse de inmediato al Tribunal Constitucional federal; *segunda*, tanto las acciones de pre-control como las de control constitucional a nivel local servirán para obligar a todos los órganos de la entidad federativa en cuestión a sujetar sus actos a lo prescrito por la Constitución local.

2) *Control constitucional local de jurisdicción concurrente*. Uno de los temas de mayor cuidado debe ser el referente a los alcances del control constitucional local en relación con la Constitución federal. Este mecanismo, que hemos denominado *control constitucional de jurisdicción concurrente*, permitirá a un órgano local determinado llevar a cabo el control constitucional respecto de la carta magna y con ello materializar —en un claro ejercicio de federalismo— la participación del estado miembro en la defensa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta competencia deberá ser reconocida a un órgano jurisdiccional local y podrá tener las siguientes dimensiones:

a) Control constitucional dual o absoluto. Este tipo de control permitirá que el órgano local encargado de hacer partícipe a la entidad federativa en la defensa de la Constitución federal pueda intervenir para salvaguardar cualquier disposición jurídica de la carta magna.

En este caso, la competencia del referido órgano local de control constitucional podrá extender su competencia originaria hasta la defensa y control del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La competencia concurrente, aquí diseñada, fortalecerá el sistema mexicano de justicia constitucional, una vez que se reconozca a los órganos locales la capacidad para participar en la defensa de la Constitución general de la república.

b) Control constitucional relativo. Este tipo de control constitucional local funcionará sólo respecto de las decisiones políticas fundamentales plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo pronto, el control constitucional de jurisdicción concurrente de tipo relativo podrá garantizar la permanencia de los principios constitucionales (decisiones políticas fundamentales) a través de la defensa de la Constitución en general.

Por otro lado, no hay que perder de vista que también las Constituciones de los estados miembros pueden contener *declaraciones* (no principios constitucionales) que sin contravenir a las decisiones políticas fundamentales de la carta magna, sirven para definir su autonomía y peculiares condiciones de existencia. Para la salvaguarda de tales declaraciones, es posible establecer el control constitucional local respecto de su propia Constitución.

Todo parece indicar que el control constitucional local es necesario para vigilar que las autoridades locales sujeten su actuación a las disposiciones constitucionales contenidas en la propia Constitución local. A través de dicho

control será posible, además, defender las *declaraciones* contenidas en el preámbulo de la misma Constitución.

Luego entonces, el control constitucional de jurisdicción concurrente, realizado desde las entidades federativas, es recomendable porque permitirá garantizar:

a) La constitucionalidad dual de las leyes locales. Es decir, permitirá que las leyes aprobadas por las legislaturas de las entidades federativas se adecuen tanto a los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como a los previstos por las Constituciones locales.

b) La racionalidad y jerarquía del orden normativo. Parte importante de las tareas asignadas a los órganos de control constitucional local se materializará en la construcción de un sistema jurídico lógico a partir de la aprobación de leyes que guarden congruencia con el texto de las dos Constituciones, la Federal y la particular de la entidad federativa de que se trate.

c) La eficacia normativa. Con la aprobación de las leyes que sujeten su redacción a los principios y prescripciones de mayor jerarquía de las Constituciones será más fácil cumplir con los “contenidos” de la carta magna y con los propios principios redactados en las Constituciones locales. Con un sistema federal de justicia constitucional como el aquí propuesto, podrá acortarse la enorme distancia que en muchos casos hay entre lo que dice la Constitución y lo poco que las leyes secundarias son capaces de convertir en posibilidad y acción.

Enrique Uribe Arzate

CONTROL CONSTITUCIONAL DE OFICIO

Debe quedar bien en claro que la problemática *del control judicial de las leyes* aparece en aquellos países que tienen Constituciones rígidas, pues en los que la carta suprema es flexible —como por ejemplo en Inglaterra o en Italia antes de la reforma de 1948— los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la *lex posterior* deroga a la anterior. En esta última circunstancia, al no haber una jerarquía piramidal de las reglas por falta de una ley fundamental única, rige el principio cronológico antes apuntado.

Con respecto a la factibilidad de que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de oficio, gran parte de los publicistas se han plegado a la doctrina permisiva, considerando, entre otros argumentos, que la experiencia comparativa demuestra que es éste el camino correcto.

En efecto, repárese —por ejemplo— que en el sistema hispano, el Tribunal Constitucional está potenciado para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto de la carta suprema, *haya o no sido invocado en el proceso*.

Como se trata de un andarivel de tipo concentrado, los jueces inferiores no pueden decidir el tema constitucional, mas la Ley Orgánica les permite plantear —de oficio o a pedido de parte— la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 35.1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

En Francia, el Consejo Constitucional controla “obligatoriamente” las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias.

Hemos dicho que la mayoría de los autores, salvo escasas excepciones, está por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos. Desde tal área conceptual se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (*iuris novit curia*), por lo que puede ser resuelta por el juez, aun ante el silencio de las partes.

Se añadió, siempre en el mismo orden de pensamiento, que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de la excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio. Puede suceder, por ejemplo, que el litigante se resista a la posición fáctica del contrario, sin invocar la subversión del orden jurídico supremo, y en esas circunstancias resulta factible colegir que el judicante no actúa *motu proprio*, sino a impulso del justiciable.

La veda de intervenir *ex officio* debe entenderse, en una interpretación finalista y abarcadora, en el sentido de que el órgano jurisdiccional está imposibilitado para obrar *fuera del proceso*; vale decir que no está habilitado para hacer esta declaración más allá de los límites del litigio, ya que en esas circunstancias no cabe duda que podría producirse un conflicto entre los poderes del Estado.

Además, en las condiciones precedentemente indicadas no es correcto decir que haya violación del principio de congruencia, si recordamos que, tratándose de un tema jurídico, la regla es que no se necesita planteamiento expreso de las partes.

Por último, considero que tampoco tiene peso suficiente la opinión que expresa que la falta de planteo de la cuestión constitucional implica una renuncia, ya que por un lado ésta no se presume y, por otro, no es posible que en determinados pleitos los justiciables abandonen las garantías de la carta magna, y que ello vincule al juez.

Por eso se dice que si la autonomía de la voluntad cede en el derecho privado, con más razón ello debe suceder en los limbos del orden público y sobre todo cuando está en juego la aplicación del estatuto supremo de cada país.

Los epígonos de la tesis negativa han utilizado un soporte argumental trifásico, llegando a la conclusión de que no es posible la declaración oficiosa de inconstitucionalidad. Ello es así, primero, pues —según dicen— de lo contrario se altera la división de los poderes; segundo, porque se atenta contra la presunción de legitimidad de los actos estatales, y tercero, en virtud de que se roza el postulado de la defensa en juicio, al admitirse la ruptura del principio de congruencia.

La corriente permisiva —expuesta al principio— ha rebatido tal basamento sobre la base de los siguientes argumentos:

Con respecto a la descompensación del principio de división de los poderes, se ha retrucado que la declaración de inconstitucionalidad, dicha en una causa judicial, *con efectos limitados a las partes*, no puede producir el desbalance del sistema de libre flotación de los poderes del Estado; y en todo caso, si fuera así, en nada cambia que exista o no pedimento de los justiciables.

Ello, computando que —por regla— la decisión de referencia tiene viabilidad —como vimos— sólo en el proceso en que se dicta, y por ende no “deroga” al precepto discutido.

Con referencia a la presunción de legitimidad de los actos estatales, la misma es sólo *iuris tantum*, y por ende cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, circunstancia que opera si las leyes o los actos administrativos desoyen la prédica de la carta suprema.

La sentencia judicial también goza de esa “presunción” o película protectora, pero a nadie se le ocurre actualmente pensar que la misma sea irrevocable cuando está apoyada en circunstancias fácticas que *a posteriori* quedan desbaratadas (revisión de la cosa juzgada).

Otro de los fundamentos que sostuvieron los que proponen la corriente negatoria referida a los postulados de la defensa en juicio y de congruencia es que —según ellos— los que imparten justicia están imposibilitados de ocuparse de las cuestiones no llevadas por las partes al pleito.

Esta argumentación es la más fácil de rebatir, pues —repetimos— dicha temática es típicamente jurídica (de derecho); de ahí entonces que el *judex* pueda llevarla al momento de sentenciar sin que sea necesario el impulso o el empujón de los justiciables.

En suma, la tesis más generalizada en el derecho comparado sostiene que si estamos en el campo de la interpretación, es el juez —dentro de su competencia— quien pone en juego los preceptos normativos sin necesidad de pedimento alguno. Por ello puede concluirse que si la sentencia debe recaer sobre el objeto litigioso, abarcando no sólo la cuestión principal sino también las accesorias e incidentales, parece notorio que en la aplicación del derecho, lo atinente a la constitucionalidad implica, aun ante el silencio de los intervinientes, un aspecto central de *iuris* que debe resolverse de oficio.

En la República Argentina —se trata de un país federal— impera el sistema de control de constitucionalidad difuso, similar al esquema norteamericano. La Corte Suprema de la Nación, que ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, se ha plegado en los últimos tiempos a la doctrina permisiva, sosteniendo que al haberse incorporado a la Constitución Nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 25, inciso 22), rige la regla interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite esta posibilidad. Ello es así siempre y cuando se ejerza en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.

En ese país la mayoría de los autores y la jurisprudencia coinciden en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio tanto en el orden nacional como en gran parte de las provincias (estados), donde se ha aplicado dicha postura, cristalizada en las Constituciones locales, como por ejemplo las de La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo en determinadas circunstancias, y en el caso el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Si utilizamos los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito del control de convencionalidad cuyos postulados generales son válidos para la revisión de constitucionalidad, tengamos presente que ese cuerpo jurisdiccional, a partir del *Caso Almonacid Arellano* ha puesto de relieve que los jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad,

sino también un control de convencionalidad *ex officio*, criterio que se ha ido convalidando en fallos posteriores, sosteniéndose que esta tarea deben hacerla “todos los jueces de cualquier jerarquía” (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, entre otros). También dijo ese organismo que esta inspección puede llevarse a cabo aun antes de que la norma sea aplicada en el caso concreto.

Juan Carlos Hitters

CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL

En relación con el control de la constitucionalidad, Manuel Aragón señala: “El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos ‘políticos’... sino a los actos jurídicamente relevantes” (Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*).

Podemos resaltar un vínculo directo entre la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad. Esto es, que el mantenimiento del texto constitucional, el cuidado para evitar que sea violentado o vulnerado, son tareas que conforman una parte del sistema integral de justicia constitucional, el cual se complementa con las acciones que sirven para llevar a cabo el control constitucional de actos y de leyes; dicho control, ideado para exigir a todos los órganos el respeto irrestricto del texto constitucional, sirve a la vez para realizar de manera concomitante la defensa de la carta magna.

De acuerdo con esto, es preciso insistir en que el control de la constitucionalidad tiene como propósito ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo pueden servir para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sometan su desempeño a lo prescrito por la carta magna.

Podemos afirmar entonces que con la defensa constitucional se protege la estructura del máximo ordenamiento legal en una entidad federativa y, al mismo tiempo, al mantener inalterado el texto de dicho ordenamiento, se defienden las decisiones políticas fundamentales que tienen en el control de la constitucionalidad su más firme límite. Así, “Las normas constitucionales de estabilización (o defensa) de la Constitución nos indican, no sólo las técnicas y los medios para ello, sino también: *a)* a quién cabe defenderla y guardarla; *b)* contra quién se dirigirá la defensa y guarda” (Afonso da Silva, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*).

Al interior de las entidades federativas que integran el Estado mexicano, la parte correspondiente al control constitucional se debe desglosar en dos grandes ámbitos: el pre-control constitucional legislativo y el control constitucional orgánico.

De acuerdo con este diseño, el control previo de constitucionalidad se debe integrar con aquellos instrumentos jurídicos de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales. Al respecto se ha dicho que: “El Tribunal Constitucional realiza dos clases de control: uno preventivo y otro *a posteriori*. El control preventivo lo ejerce sobre las leyes orgánicas

constitucionales antes de su promulgación y de las leyes interpretativas de la Constitución. En este caso la Cámara de origen tiene obligación de recurrir al Tribunal enviando el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que queda totalmente tramitado por el Congreso” (Quinzio Figueiredo, Jorge M., *Justicia constitucional en Chile*). Para el caso del control constitucional orgánico, es urgente imponer limitaciones jurídicas absolutas a la actuación de los titulares de los órganos primarios del Estado, a fin de evitar la violación de la Constitución y, en su caso, hacer posible su reparación.

La parte correctiva de la defensa de la Constitución merece un tratamiento especial que nos permita contener y mantener el desempeño de quienes ejercen el poder público, en los límites impuestos por la propia *norma normarum*.

En las líneas que siguen nos permitimos esbozar en un estudio *de lege ferenda*: cómo puede operar el derecho procesal constitucional en el Estado mexicano, sin perder de vista la capacidad que en esta relevante materia tienen y debe reconocerse a las entidades federativas. Nos parece que ya es tiempo de engarzar las tareas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las que —en un Estado federal— deben tener los tribunales de justicia locales (véase Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*).

I. EL PRE-CONTROL CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO. Teóricamente, esta forma de control constitucional tiene como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales.

Durante el proceso de creación de la ley, y en el caso de las propuestas de reforma constitucional, el órgano encargado del control constitucional al interior de las entidades federativas deberá hacerse cargo de dos tipos de funciones, igualmente importantes:

a) *Opiniones consultivas*. Una exigencia primaria se traducirá en las consultas que de manera obligatoria deberán ser formuladas por los órganos encargados de la creación de la ley (trátase del Poder Legislativo federal o de las legislaturas de las entidades federativas) para saber si determinado proyecto legislativo se adecua al contenido de la Constitución.

b) *Resoluciones con fuerza obligatoria*. Estas resoluciones se emitirán una vez que el órgano responsable del control constitucional conozca, incluso de oficio, de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley o de reforma constitucional; en este caso, la resolución que se emita tendrá el propósito de inhibir al órgano de mérito para que no continúe con el procedimiento legislativo.

En este ámbito, se deberán atender dos tareas de singular relevancia: 1) el pre-control legislativo en *los procesos de creación de la ley*, y 2) el pre-control legislativo en *los procesos de reforma constitucional*.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO. Es evidente que la justicia constitucional debe incluir el escenario propio de la reparación constitucional cuando los titulares de los órganos del Estado hayan trastocado el orden o los principios de la carta magna. En este caso, será indispensable contar con los mecanismos que hagan posible la reparación constitucional.

Para llevar a cabo el control constitucional orgánico es preciso contar con las *acciones de reparación* viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden

constitucional que sea vulnerado con determinaciones de los servidores públicos de la entidad federativa.

Cada una de las entidades federativas debe garantizar al interior de su territorio la supremacía de su Constitución. Para ello requiere del establecimiento de medios e instrumentos que en la medida de lo posible eviten violaciones al texto de esa norma, mediante el control de los actos de los servidores públicos, y al mismo tiempo permitan su reparación en caso de que el daño a la supremacía constitucional sea inevitable.

Enrique Uribe Arzate

CONTROL CONSTITUCIONAL POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

En la doctrina se emplea la locución control constitucional en alusión a los dispositivos jurídicos creados para asegurar la vigencia efectiva de los preceptos constitucionales y, en consecuencia, invalidar los actos o normas que la contradigan, en aras de la supremacía constitucional.

Se encomienda el control constitucional, principalmente, a instituciones jurisdiccionales que en México lo ejercen a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Al lado de las instituciones jurisdiccionales encargadas del control jurisdiccional surgen, en el derecho comparado, órganos u organismos que participan en esas tareas, entre los que destacan el *Ombudsman* y el Consejo de Estado.

Uno de los temas más importantes del control constitucional es el relativo a los derechos humanos, que en México adquiere mayor relevancia a raíz de la modificación a la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución, y la reforma y adición a su art. 1o. (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011), en cuya virtud el nuevo rótulo del referido capítulo I es, ahora, “De los derechos humanos y sus garantías”, y se determina que la normativa correspondiente a los derechos humanos se interprete de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales sobre esa materia, y previene que las autoridades promoverán, respetarán, protegerán y garantizarán los derechos humanos de las personas en consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; consecuentemente, el Estado habrá de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos previstos en ley.

Para el control constitucional en materia de derechos humanos, el orden jurídico mexicano ha recurrido a la institución jurídica sueca del *Ombudsman*, que empezó a gestarse en 1713 cuando el rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca, *Hagste ombudsmannen*, cuya función consistía en que los funcionarios cumplieran sus funciones con apego a la ley, y se consolidó en la Constitución sueca de 1809, cuyo art. 96 dispuso que el Parlamento designara un jurisperito de reconocido prestigio como *Ombudsman* (representante) del *Riksdag* (Parlamento), para vigilar a los tribunales y funcionarios a efecto de que éstos actuaran con apego a las leyes y, en su caso, perseguir a los que en el desempeño de sus funciones incurrieran en ilegalida-

des o negligencias, ya fuera por parcialidad, favor o cualquier otra sinrazón. En la Constitución sueca del 28 de febrero de 1974 se dispone: “Artículo 6o. El Parlamento elegirá uno o varios Ombudsman para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen”.

Al final de la Primera Guerra Mundial, en 1919 Finlandia asumió su independencia, separándose de Rusia, y en el art. 49 de su Constitución del 17 de julio de aquel año creó al *oikeusasiamies eduskunnan* (delegado del Parlamento), que vino a ser el *Ombudsman* finlandés.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, Dinamarca y Suecia incorporaron en sus respectivos órdenes jurídicos la institución del *Ombudsman*, con lo que adquirió éste un talante escandinavo.

En la segunda mitad del siglo XX, numerosos países, Alemania, España, Francia, Israel, Nueva Zelanda y Portugal, entre otros, incorporaron a sus correspondientes estructuras políticas, con mayores o menores variantes y diversas denominaciones, al *ombudsman* —comúnmente caracterizado porque sus resoluciones no son vinculatorias, y sólo se apoyan en su *auctoritas*—, lo que le imprimió un carácter internacional.

En México se ha incorporado el *Ombudsman* al orden jurídico nacional mediante la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las instituciones homólogas en las entidades federativas, en cumplimiento de lo previsto en el apartado B del art. 102 constitucional, que ordena: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos”.

Entre los atractivos del *Ombudsman*, como dispositivo de control constitucional, figuran la sencillez y rapidez de su trámite, que evitan al agraviado el apoyo de un profesional del derecho, pues se inicia con una simple queja que en México puede ser oral.

En varios países que han adoptado al *Ombudsman* se le ha denominado Defensor del Pueblo, como ha ocurrido en Bolivia, España y Guatemala, por ejemplo.

Otro dispositivo de control constitucional en sede administrativa es el inserto en el instituto de origen francés denominado Consejo de Estado, creado durante la Revolución Francesa por decisión del primer cónsul Napoleón Bonaparte, y que con mayores o menores variantes ha sido adoptado por diversos países como Bélgica, España, Italia y Colombia.

Conforme al modelo original francés, previsto en la Constitución de 1799, el Consejo de Estado ejercía una función consultiva, al servicio de los cónsules, respecto de leyes y reglamentos de la administración pública. El 5 nivoso del año VIII se expidió una disposición reglamentaria en cuya virtud

el Consejo de Estado se encargó de los asuntos contenciosos, en un esquema de justicia retenida, pues su función se reducía a proponer, al primer cónsul, la solución a cada reclamación administrativa presentada por los gobernados.

En México, la Constitución de 1836 previno la existencia del Consejo de Estado, bajo la denominación de Consejo de Gobierno, compuesto por 13 miembros, al que encomendó la función consultiva, en cuyo desempeño debía dar al gobierno su dictamen en todos los casos y asuntos que se le consultaran. Posteriormente, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, del 25 de mayo de 1853, en su art. 4o., dispuso la existencia, en el Consejo de Estado, de una sección —que nunca se creó— compuesta por cinco abogados nombrados por el presidente de la República, para conocer de lo contencioso administrativo. El derrocamiento de la dictadura de Antonio López de Santa Anna se tradujo en la abolición de la Constitución de 1836 y de la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, sin que nunca se haya reinstaurado el Consejo de Estado en México.

Como en otros países, en España subsiste el Consejo de Estado, caracterizado por el art. 107 constitucional como supremo órgano consultivo del gobierno, dotado de autonomía orgánica y funcional, para asegurar que pueda ejercer la función consultiva de manera objetiva e independiente.

Habida cuenta que conforme al art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980, del 22 de abril, del Consejo de Estado, éste debe ser consultado, entre otros asuntos, en tratándose de anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo; podrá ejercer control constitucional mediante dictamen adverso al anteproyecto, cuando éste contravenga la Constitución.

Jorge Fernández Ruiz

CONTROL CONSTRUCTIVO (POSITIVO) DE CONVENCIONALIDAD

I. CONTROL REPRESIVO Y CONTROL CONSTRUCTIVO DE CONVENCIONALIDAD. En cuanto a sus resultados, el control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume dos papeles distintos, en aras de afirmar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero, afirmado a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile*, es de tipo *repressivo*, y procura la inaplicación de las reglas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas a aquellos dos parámetros (la Convención Americana y la doctrina de Corte Interamericana). En duras palabras de este último tribunal, tales normas “inconvenientes” carecen, desde su inicio, de efectos jurídicos. Conviene aclarar que el control de convencionalidad no se ciñe exclusivamente a tutelar la referida convención, sino todas las concernientes a derechos humanos.

El control *constructivo* o positivo de convencionalidad, paralelamente, y tan importante como el anterior, propone un reciclaje o *aggiornamento* de todo el derecho interno en función, igualmente, de los dos elementos señalados: la Convención y la jurisprudencia interamericana. En concreto, desde *Radilla Pacheco vs. México*, pasando por otros casos como, a título de ejemplo, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párrafo 311, *Fernández Ortega*, párrafos 236 y 237, *Cabrera García-Montiel Flores*, párrafo 233, la Corte Interamericana indica que los jueces nacionales deben aplicar y hacer funcionar el derecho local en armonía, “conforme” a los parámetros citados.

II. SECUELAS DEL CONTROL CONSTRUCTIVO. SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES. El primer efecto de esta doctrina es diferenciar las “interpretaciones convencionales” de las “interpretaciones inconvencionales” del derecho interno. En otras palabras, el juez local, cuando tiene que instrumentar una regla doméstica, tendrá que averiguar cuáles son sus posibles interpretaciones. Si la norma del caso admite varias exégesis, tendrá que calificarlas como interpretaciones “convencionales” (las que no se oponen a la Convención o a la doctrina de la Corte Interamericana) o descalificarlas como “inconvencionales” (las que sí se oponen). Las inconvencionales deben descartarse. De las convencionales, podrá aplicar en concreto la que le parezca más adecuada.

La Corte Interamericana, en efecto, se satisface cuando el operador local utiliza una norma, o una interpretación de esa norma, compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Entre esas interpretaciones compatibles opera un margen de apreciación judicial para escoger y aplicar la que razonablemente le resulte preferible.

En un primer movimiento, entonces, el control constructivo de convencionalidad actúa como método de selección de interpretaciones de normas nacionales.

III. CONSTRUCCIÓN DE INTERPRETACIONES. No termina ahí, sin embargo, el trabajo del juez nacional. En aras de afinar su esfuerzo y lograr una mayor compatibilización entre el derecho doméstico, la Convención Americana y la doctrina sentada por la Corte Interamericana puede exigirle una labor extra, por cierto más esforzada y que requiere mayor ingenio jurídico.

Aludimos a la *construcción de interpretaciones*, que se logra, a menudo, con base en interpretaciones *mutativas* del derecho, ya infraconstitucional, ya constitucional. En el caso que nos ocupa, si el juez local, mediante un proceso de selección de interpretaciones (detallado en los párrafos anteriores), no encuentra en el texto normativo nacional una exégesis que lo amalgame con la Convención Americana o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, antes de sepultar a esa regla y reputarla inconvencional (control “represivo” de convencionalidad), todavía podría intentar rescatarla mediante una interpretación mutativa del precepto del caso, que lo achique, amplíe o, llegado el caso, lo sustituya. Aclaremos sobre esta empresa que en la mutación el texto de la norma permanece incólume, pero su contenido material varía, sea por restricción, aumento o reemplazo.

La *interpretación mutativa por adición* suma al contenido original del mensaje normativo, un ingrediente suplementario para tornar a esa norma compatible, por ejemplo, con la Constitución o, en el terreno donde estamos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ejemplo clásico de lo primero ha sido el trabajo judicial de añadir a las normas procesales penales italianas, que en el artículo legal respectivo no mencionaban la presencia del abogado defensor en la indagatoria de un inculpado, tal asistencia, juzgando que la descripción legal era meramente enunciativa y no exclutoria de dicho defensor, sujeto indispensable para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Al revés, la *interpretación mutativa por sustracción* quita —por vía de interpretación— al contenido material de una norma un ingrediente anómalo, incompatible con la Constitución, con la Convención Americana o con la doctrina de la Corte Interamericana. Y la *interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición*, por cierto más atrevida, realiza un operativo doble, con el mismo fin de salvar a una cláusula normativa de su aniquilación como inconstitucional o inconvencional: disminuye un tramo del contenido material de una norma, y le inserta otro. Nos remitimos, al respecto, a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*.

Al tratar ahora la expresión “Constitución convencionalizada”, consideramos la aplicación puntual de la metodología apuntada, para la Constitución argentina.

IV. EL MARGEN DE MANIOBRA DEL JUEZ NACIONAL ANTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Alguna vez se ha pensado que el campo de acción del juez local se encuentra seriamente restringido por la doctrina del control de convencionalidad, ya que su capacidad decisoria se encuentra recortada por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que si ella define algo, a ese algo tendría que someterse el operador interno.

Sin embargo, vemos que con el control *constructivo* de convencionalidad, el trabajo del juez nacional se ha, en verdad, incrementado, puesto que no debe solamente inaplicar reglas locales, sino también reciclarlas mediante una compleja gestión de selección de interpretaciones y de construcción de interpretaciones.

Además, cuando la Corte Interamericana no se ha expedido en algún punto, el operador interno tendrá de todos modos que reflexionar si la regla interna (constitucional, civil, comercial, penal, laboral, etcétera) que le toca efectivizar, coincide con las directrices del Pacto de San José de Costa Rica, para lo cual, aun, repetimos, en ausencia de pautas jurisprudenciales de la Corte Interamericana deberá interrogarse sobre el punto y, de ser necesario, practicar operativos de selección y de construcción de interpretaciones.

Todo ello importa un significativo cambio en la cultura jurídica de los operadores nacionales, ante un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más amplio (en la medida en que aumentan las convenciones sobre tal temática) y exigente.

Néstor Pedro Sagüés

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La expresión “control constitucional” conlleva varias acepciones. La primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional. Desde la Antigüedad, civilizaciones como la helénica advertían la existencia de un orden supremo que regía los destinos de la *polis*. Este orden intangible llamado *politeia* se conformaba por los principios y valores —considerados— fundamentales por los miembros de la comunidad. Para preservar la vigencia de la *politeia*, los órganos de poder debían orientar sus actuaciones hacia ésta, y así evitar cualquier exceso en el ejercicio del poder. En Roma, durante el periodo de la *República* se crearon órganos de representación con facultades específicas y de control recíproco, propiciando con esto un equilibrio inter-orgánico.

En el sistema constitucional inglés de los siglos XVI y XVII comenzaron a surgir mecanismos de control orientados a evitar cualquier ejercicio desproporcionado del poder, que trajera consigo una afectación a la armonía social y política. Con tal razón, se estableció una serie de frenos y contrapesos recíprocos entre los distintos órganos de poder. El modelo de control constitucional inglés conocido como “constitución —de forma— mixta” se caracterizó por la pluralidad y convergencia de distintos sectores sociales y económicos en la toma de decisiones políticas. La diversificación de funciones entre varios poderes dificultó el ejercicio indebido del poder por parte de alguna autoridad.

Otro significado del vocablo “control constitucional” es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. Para que exista un despliegue integral de todos los dispositivos constitucionales, es necesaria la implementación de instrumentos de defensa que garanticen de forma óptima, el cumplimiento de lo dispuesto por el Constituyente al momento de haber diseñado el marco constitucional. Sólo una Constitución democrática puede prever el establecimiento de controles adecuados, proporcionales y orientados a mantener la vigencia de los principios constitucionales.

La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes. Fue en Francia, en el seno de la Constitución del año VIII (1799), en donde se creó el primer ente encargado de mantener la vigencia del orden constitucional, el cual fue denominado *Senado Conservador*. Junto con las ideas de Benjamin Constant, el *Senado* influyó para la creación en México del Supremo Poder Conservador, órgano instituido en la Constitución

de 1836, cuyas facultades, al igual que el órgano francés, estaban destinadas a ejercer un control rígido sobre los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y de esta forma propiciar que sus actuaciones se sujetaran única y exclusivamente al ámbito de sus competencias. Si bien no hubo una réplica de estos modelos en la mayoría de los sistemas constitucionales, las Constituciones de los siglos XIX y XX adoptaron mecanismos de control recíproco entre los poderes públicos, buscando con esto asegurar el equilibrio político y social; aunque en el devenir del constitucionalismo, los controles de tipo jurisdiccional fueron los que prevalecieron como custodios del orden constitucional.

En Inglaterra, en los albores del siglo XVIII, se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional. El caso *Thomas Bonham* evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional, en este caso del *Common Law*. No sería sino hasta 1803, con el célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por John Marshall, *Chief of Justice* de la *Supreme Court of the United States of America*, cuando quedó de manifiesto la trascendencia del control constitucional vertido por parte de un órgano jurisdiccional. En el *Marbury vs. Madison*, por primera vez una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución fue declarada inconstitucional por un alto tribunal, haciendo uso también de la interpretación como mecanismo de preservación del orden constitucional. Con el caso citado se instauró la revisión judicial de las leyes (*Judicial Review*).

Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se erige como órgano controlador, verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Constitución. Esta verificación se lleva a cabo a través de los instrumentos de tutela constitucional, diseñados para el mantenimiento del orden constitucional. En el momento en que un juez lleva a cabo una valoración sobre el apego o no de una ley a los preceptos constitucionales, puede obtener dos resultados. El primero, la confirmación de que la ley se adecua a las disposiciones constitucionales, y por ende es confirmada como válida. El segundo se deriva de la valoración vertida por el juez, cuyo resultado es negativo, trayendo como consecuencia la nulidad de la ley en cuestión. Cuando un órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa, no significa que se coloque por encima de los órganos emisores de la misma, por el contrario, a través de la aplicación o revisión de los preceptos aplicables al caso, o sometidos a su validación, es que se advierte si se ha cumplido con los límites constitucionales, contruidos para garantizar la vigencia del orden constitucional.

Por último, la locución control social constitucional hace referencia a la forma en que agentes no institucionalizados llevan a cabo un control sobre la Constitución, a través de medios no previstos como controles de constitucionalidad ordinarios. Este tipo de control escapa de los límites de actuación que los controles jurídicos y políticos poseen, pues operan en la discrecionalidad, pudiendo variar la forma de cómo ejercerlo. Si bien no es un control jurídico *per se*, sus efectos sí trascienden al plano jurídico, y por ello requieren ser analizados, y sujetos a un control.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El control de constitucionalidad concentrado de leyes, contrariamente al método de control difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere expresamente a un solo órgano estatal, el poder de anular las leyes sancionadas por el Parlamento que se consideren inconstitucionales. Por ello, tratándose de un poder de anular las leyes, el método de control concentrado siempre tiene que emanar del texto expreso de la Constitución, es decir, debe estar previsto *expressis verbis* por normas constitucionales, siendo inconcebible su desarrollo pretoriano como ocurrió con el control de constitucionalidad difuso.

En el caso del control de constitucionalidad concentrado, la atribución constitucional expresa a un Tribunal Constitucional especializado o al Tribunal o Corte Suprema de un país, de la potestad exclusiva para anular las leyes por inconstitucionalidad, es lo que lo convierte en la jurisdicción constitucional. Existiendo, como existía en Europa, una honda desconfianza respecto de los jueces para que pudieran declarar las leyes como inconstitucionales y decidieran no aplicarlas, el compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, fue lo que llevó a establecer los tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial, con poderes anulatorios de las leyes inconstitucionales, a los cuales los jueces ordinarios están obligados a someterles las cuestiones de constitucionalidad que surjan en los procesos en curso. Ello, sin embargo, no les impedía que en virtud del principio de la supremacía constitucional pudieran tener la potestad para decidir sobre la constitucionalidad de las normas sublegales aplicables en cada caso concreto.

Si bien el control de constitucionalidad concentrado encontró por primera vez consagración expresa en la Constitución de Venezuela de 1858, como potestad atribuida a la Corte Suprema para anular las leyes provinciales contrarias a la Constitución, fue después de la Primera Guerra Mundial cuando encontró pleno desarrollo a partir de la multiplicación de los tribunales constitucionales en Europa. Por ello, al método de control concentrado se lo conoce como el “sistema austriaco” o el “modelo europeo”, por la difusión de los tribunales constitucionales especiales originados en Europa con la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920. Sin embargo, ello no implica que para que exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado necesariamente deba crearse un tribunal o consejo constitucional especial, ubicado dentro o fuera del Poder Judicial, como sucedió en Austria, Alemania, España, Italia, Portugal y Francia; y en América Latina, en Guatemala, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y República Dominicana.

Lo que caracteriza al control de constitucionalidad concentrado, en realidad, es el hecho de que la potestad anulatoria de las leyes inconstitucionales esté atribuida a un solo y único tribunal, que puede bien ser el Tribunal o Corte Suprema del país. Este fue el caso, por ejemplo, en América Latina, en países en los cuales coexisten el método difuso y el método concentrado, como Brasil, México, Nicaragua y Venezuela. No obstante, algunos sistemas

de América Latina han permanecido con un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado, como ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia y Chile con tribunales constitucionales, y de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay, donde la Corte Suprema de Justicia es la que tiene asignada la Jurisdicción Constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes.

El fundamento del establecimiento del control de constitucionalidad concentrado de las leyes, por supuesto, también es la noción de supremacía de la Constitución, lo que afecta de inconstitucionalidad las leyes que sean contrarias a la misma. Sin embargo, al regularse por el Constituyente, al establecer la jurisdicción constitucional, la garantía adoptada para preservar la supremacía, como también lo indicó Hans Kelsen, no es la declaración de la nulidad de las leyes inconstitucionales, sino su anulabilidad mediante una decisión judicial.

Ello implica que una vez sancionada una ley, aun cuando irregular o inconstitucional, debe considerarse como un acto estatal válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue, o hasta que se decida su anulación por la jurisdicción constitucional. En este caso, la garantía de la supremacía de la Constitución es la anulabilidad de la ley, y al pronunciarse el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general, con efectos *erga omnes*. Ello fue lo que llevó a Kelsen a sostener que cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, la decisión, por tener efectos *erga omnes*, era una “acción legislativa”, y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía “fuerza de ley”, pues se lo consideraba como el complemento natural del Parlamento.

En todo caso, siendo el objeto del proceso ante la jurisdicción constitucional la anulación de una ley por inconstitucional, el proceso constitucional puede tener un carácter principal cuando la cuestión constitucional relativa a una ley es la cuestión principal de un proceso iniciado mediante acción directa, interpuesta por los ciudadanos en general, mediante un *actio popularis*, o regida por reglas de legitimación particulares, atribuida, por ejemplo, a ciertos funcionarios o autoridades públicas. El proceso constitucional de anulación, además, puede tener carácter incidental cuando las cuestiones constitucionales relativas a las leyes llegan a la jurisdicción constitucional en virtud de remisión o referencia formulada por un tribunal inferior, donde, a instancia de parte o *ex officio*, se haya planteado la cuestión constitucional respecto de una ley, para poder luego decidir de acuerdo con la decisión tomada por la jurisdicción constitucional.

En los casos de control de constitucionalidad concentrado, tanto ejercido por la vía principal —de la acción de inconstitucionalidad— como por la vía incidental —de la cuestión de constitucionalidad—, si el proceso constitucional concluye con una decisión de la jurisdicción constitucional de carácter anulatorio, la misma siempre tiene efectos generales *erga omnes*. En ambos casos, la jurisdicción constitucional debe decidir de manera abstracta la cuestión de la constitucionalidad de la ley, sin referencia alguna a los hechos ni al juicio concreto en el cual se pudo plantear la cuestión constitucional. En todo caso,

la anulación pronunciada en la sentencia es de carácter constitutivo, en el sentido de que la ley anulada en principio debe considerarse como habiendo producido efectos válidos hasta el momento de su anulación, a menos que la nulidad que lo afecta sea una nulidad absoluta. Por tanto, la decisión, en principio, tiene efectos *ex nunc* y *pro futuro* en el sentido en que no son retroactivos, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional; excepto en casos de nulidad absoluta en los cuales el juez la puede considerar nula *ab initio* y le puede dar a la decisión efectos *ex tunc*, *pro praeterito*, pues una ley considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En todo caso y en definitiva, es el juez constitucional el que debe determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Allan R. Brewer-Carías

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales consiste en la valoración de la legalidad —constitucional— de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita. Por ello hay que distinguir en primer lugar entre ordenamientos donde esta facultad está reconocida en la Constitución, y ordenamientos donde se ha afirmado a través de la misma jurisprudencia constitucional: control codificado y control reivindicado. Un segundo factor esencial de clasificación reside en el carácter formal o sustancial de los vicios que pueden ser evaluados en los juicios.

Los fundamentos teóricos de este tipo de función han sido considerados, por un lado, la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido (es decir, el poder de reforma, que fue previsto y regulado por el primero y subyace a los límites que el mismo estableció) y, por otro lado, la jerarquía de las fuentes con la supremacía constitucional. La paradoja principal, desde un punto de vista dogmático, consiste en la superposición del objeto del control y de su parámetro, pues los dos se encuentran en el mismo acto jurídico: por ello es cierto sólo en los casos de valoración *a posteriori*, después de la entrada en vigor de la norma. En consecuencia, el tercer elemento a considerar es el momento en el que se realiza el control: antes o después de que la reforma haya modificado en concreto el texto constitucional, transformándose en una parte del mismo.

Mediante el empleo de los tres criterios mencionados de forma combinada se pueden crear diferentes clases, que a su vez incluyen a varios ordenamientos.

Existen sistemas donde el control codificado es sólo anterior a la entrada en vigor de la reforma (como en Chile, art. 93 de la Constitución) o puede ser anterior o posterior, según el procedimiento adoptado para aprobarla, como por ejemplo en Colombia (art. 241), donde la Corte Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de los denominados “actos legislativos” si es plan-

teada una acción por vicios procedimentales y tiene que realizar un control preventivo obligatorio, antes de que se exprese el pueblo, sobre las convocatorias de un referéndum o de una Asamblea Constituyente, también por vicios formales (acerca del tipo de vicio resulta de gran interés toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “vicio de competencia”, vicio formal que se da cuando el poder de reforma se extralimita, llegando a sustituir el texto constitucional: véase la sentencia C-551 de 2003 y todas las que posteriormente han seguido la misma línea). Asimismo, hay ordenamientos donde el control está regulado en la Constitución y se ejerce sólo *a posteriori* (como en Turquía: art. 148 constitucional o Sudáfrica: art. 167).

Queda claro que las cuestiones críticas de mayor calado se dan en relación con aquellos tribunales constitucionales y supremos que han reivindicado esta función, sin que los constituyentes se la hubiesen atribuido. En esta perspectiva, resulta esencial para la clasificación el empleo del parámetro del vicio evaluable, formal o material, puesto que siempre se trata de un control *a posteriori*.

El precedente más antiguo al respecto es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1798 (caso *Hollingsworth vs. State of Virginia*), en la cual se abrió paso al examen de los eventuales defectos formales de las enmiendas. Esta jurisprudencia tuvo séquito durante más de un siglo, ya que fue superada en 1939 (caso *Coleman vs. Miller*) cuando la Corte aplicó la doctrina de las cuestiones políticas. También se basó en un vicio formal la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina a la hora de resolver el denominado caso *Fayt c. Estado nacional* en 1999: su juicio se basó en la imposibilidad de reformar la inamovilidad de los magistrados, pues no estaba incluida entre los aspectos que el Parlamento había deliberado someter a reforma en la convocatoria de la Convención Constituyente.

Finalmente, hay una pluralidad de sistemas donde la labor hermenéutica de los tribunales ha sido aún más indispensable para articular aquellos principios y valores esenciales que justifican el control de las reformas, especialmente a través de la exégesis de las cláusulas de intangibilidad y del concepto de “ley” sometida al control de constitucionalidad. La Corte Constitucional italiana, entre otras, ha afirmado (sentencia 1146/1988) que existen algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial mediante reformas, porque reflejan los valores supremos del ordenamiento constitucional. Desde la década de los setenta, por otra parte, la Suprema Corte de la India ha ido elaborando la denominada “doctrina de la estructura básica” para individualizar aquellos elementos irreformables de la Constitución, y más recientemente el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia a los “contenidos fundamentales”.

Aunque los ejemplos que se han podido mencionar no son muchos, la presencia de casos de diferentes continentes y de diferentes familias jurídicas y modelos de justicia constitucional (entendidos habitualmente como americano y austriaco) demuestra que la cuestión tiene un alcance universal, no pudiéndose circunscribir en una sola tradición jurídica.

Además, se trata de una forma de control que difiere del control sobre las leyes ordinarias por dos factores: por un lado, por la misma naturaleza de la

fuente sometida al examen del Tribunal Constitucional o Supremo (que en este caso está habilitada a modificar el acto supremo del sistema) y, por otro lado, por el parámetro, que consiste sólo en las cláusulas de intangibilidad y eventualmente en aquellos principios esenciales, pero no en todo el conjunto de las normas constitucionales.

Sabrina Ragone

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO

El control de constitucionalidad difuso es uno de los métodos desarrollados en el derecho procesal constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, consistente en otorgar el poder-deber para controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los jueces de un país, y no a uno solo. Tuvo su origen en los Estados Unidos de América, respecto de leyes federales, con ocasión de lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema del caso *Marbury vs. Madison* de 1808, aun cuando se había aplicado con anterioridad en relación con las leyes de los estados de la Unión, como sucedió en el caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* (1795). Por ello se le conoce también como el “modelo americano” de control de constitucionalidad, el cual, sin embargo, a pesar de su origen, no puede considerarse como propio de los países con tradición del *Common Law*, habiéndose desarrollado desde el siglo XIX en muchos países de América Latina, como por ejemplo en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Venezuela; y en otros países como Grecia, Australia, Canadá, India, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El control de constitucionalidad difuso, en algunos países está concebido como el único método de control de constitucionalidad de las leyes existente, como es el caso de los Estados Unidos y de Argentina; y en otros muchos países se han ido desarrollando como parte de un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, que funciona en paralelo con el control de constitucionalidad concentrado, como es el caso de Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, El Salvador, Brasil, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela. En los primeros casos, en general, el método resultó de una creación jurisprudencial para asegurar la supremacía constitucional; y en los otros casos, derivó, con el mismo propósito, de su consagración expresa en los textos legales o constitucionales, como sucedió en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1879, y en Colombia, desde la Constitución de 1910. Siguiendo el antecedente colombiano, luego se estableció en forma expresa en muchas Constituciones, siendo de las más recientes la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo art. 334 establece que: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

Como en todo sistema de control de constitucionalidad, lo que justifica este poder otorgado a los jueces es el carácter supremo de la Constitución, lo que implica que ninguna ley que sea contraria a la misma puede ser una ley efectiva; al contrario, debe ser considerada como nula y sin valor alguno, lo que a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen denominó como una de la

“garantías objetivas de la Constitución”, lo que implica que siendo una ley inconstitucional un acto nulo, no puede producir efectos, correspondiendo a todos los jueces el poder para considerar y declarar dicha nulidad, “desaplicando la ley inconstitucional” al decidir el caso concreto, dando preferencia a la Constitución.

En estos casos, el juez, al decidir y declarar como inconstitucional la ley y, por tanto, considerarla como inaplicable para resolver el caso concreto, lo hace estimándola como nula y sin valor, *ab initio*, tal como si nunca hubiera existido. En estos casos, el juez no anula la ley, sino que por considerarla inconstitucional y nula desde que se dictó, la considera como si siempre hubiera sido nula y sin valor. Por ello, la decisión adoptada por el juez al ejercer el control de constitucionalidad difuso tiene sólo efectos declarativos, y por tanto, efectos *ex tunc, pro praeterito* o de carácter retroactivo. Ello implica que dichos efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que la ley pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el juez y en relación con las partes que intervinieron en el proceso.

Todo ello implica que el control de constitucionalidad difuso sólo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia judicial ordinaria, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto principal de dicho proceso ni el *thema decidendum* del mismo, sino que es un pronunciamiento que tiene carácter incidental. Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, en el método difuso, se plantea en un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso.

Por otra parte, tratándose de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y, para su decisión, desaplicar la ley que consideren inconstitucional, si bien en la mayoría de los países se deja el planteamiento de la cuestión como excepción que deben formular las partes, en otros países, como sucede en Venezuela y Grecia, el juez tiene poderes para ejercer de oficio el control de constitucionalidad difuso.

Por último, siendo una decisión que el juez adopta como cuestión incidental en un proceso concreto, dicha decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad al caso concreto sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con las partes en el proceso concreto en el cual aquélla se adopta, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares extraños a la relación procesal.

Por supuesto, el control difuso podría originar decisiones disímiles en el orden judicial, o como lo destacó Kelsen, “la ausencia de unidad en las soluciones” y “la incertidumbre legal” que resulta cuando “un tribunal se abstiene de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro tribunal hace lo contrario”. En sentido similar, Mauro Cappelletti y Adams insistieron en que el control difuso de constitucionalidad podía “llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional”.

Todo ello, aunado al temor al “gobierno de los jueces” en la doctrina europea de comienzos del siglo pasado, contribuyó a que los temores quedaran disipados con soluciones en los diversos sistemas donde se aplica el control de constitucionalidad difuso, lo cual ocurrió, primero, a través del desarrollo de la doctrina *stare decisis*, como sucede en los Estados Unidos, derivada del carácter vinculante de las interpretaciones que adopte la Corte Suprema, ante la cual se puede acceder mediante el *writ of certiorari*; segundo, a través de la regulación expresa de recursos extraordinarios de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad que se pueden ejercer ante el Tribunal Supremo, como sucede en Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Portugal, Suiza y Grecia, con decisiones que en algunos casos se las declara como vinculantes; o tercero, mediante el establecimiento, en paralelo al método de control de constitucionalidad difuso, del método de control de constitucionalidad concentrado, como es el caso en América Latina de Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela, con la posibilidad de que con motivo de una acción de nulidad, la ley en cuestión sea anulada con efectos *erga omnes*.

Allan R. Brewer-Carías

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

I. El control de constitucionalidad de tipo centralizado —ejercitado en forma exclusiva por un Tribunal Constitucional— puede ser activado ya sea por un recurso por parte de determinados órganos (por ejemplo, el gobierno, un cierto número de parlamentarios, o el Defensor del Pueblo) o seguido de una cuestión planteada por un juez en el curso de un juicio. El juicio de constitucionalidad se define “incidental” porque no se instaura autónomamente, sino que surge como incidente en el curso y en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional que se desarrolla ante un juez del orden común, llamado “juez *a quo*”.

A este último es confiada la tarea de desarrollar una actividad preliminar, de deliberación, para efectos de impedir que le sean presentadas al juez del Tribunal constitucional cuestiones ausentes de una adecuada base jurídica —debe subsistir una duda de legitimidad constitucional— o solucionables por el mismo juez en el ejercicio de su actividad interpretativa —cuando sea posible atribuir a las normas un significado compatible con la Constitución—.

De cualquier manera, es necesario evitar que tal filtro pueda transformarse en un indebido obstáculo a la posibilidad de presentar una norma de la ley ante la Corte; por tal razón, la normativa que regula el proceso constitucional y la misma jurisprudencia de los tribunales constitucionales favorece una interpretación extensiva de la noción de “juez”, que comprende no sólo aquella de los jueces ordinarios o especiales, sino también de aquellas autoridades que, sin pertenecer formalmente al Poder Judicial, desarrollan una actividad objetiva y materialmente jurisdiccional.

Los sistemas que prevén tal forma de acceso a la justicia constitucional individualizan, en general, dos presupuestos procesales: la relevancia, y no ser

notoriamente infundada la cuestión. La primera impone al juez *a quo* controlar si la norma que presenta perfiles de inconstitucionalidad debe ser aplicada en el desarrollo del proceso. Además, el juez debe nutrir un cuestionamiento sobre la legitimidad constitucional de la norma, debe evaluar si tal cuestionamiento tiene un cierto *fumus*, una apreciable base jurídica.

Al verificar tales presupuestos el juez suspende el juicio y hace del conocimiento del Tribunal Constitucional sobre tales actos con una resolución fundada y motivada —llamada resolución de remisión— que debe contener también el objeto (la norma que se presume contraria a la Constitución) y el parámetro (la disposición constitucional violada) del juicio de constitucionalidad. De este modo, el juez define el *thema decidendum* sobre el cual el Tribunal Constitucional debe decidir.

II. El juicio en vía incidental constituye un *genus* intermedio respecto a los “prototipos de la justicia constitucional” representados por el control difuso (*Judicial Review*) y aquel centralizado (sistema austriaco): de hecho, en el juicio incidental el órgano competente para asumir la decisión final es único (como en los sistemas centralizados), pero cada juez posee una cierta discrecionalidad en la valoración de si una determinada norma pone en duda la legitimidad o la inaplicación —en situaciones particulares— de la normatividad que se cree no encontrarse conforme a la Constitución (como en los sistemas difusos).

El interés manifiesto en este tipo de acceso a los tribunales constitucionales deriva también del hecho de que el juicio de constitucionalidad en vía incidental representa un punto de contacto entre los sistemas abstractos y concretos. El carácter de la concreción deriva del estrecho vínculo que une —mediante el necesario requisito de la relevancia— la decisión de la Corte al “caso concreto” que ha generado el proceso; aun el juez del Tribunal Constitucional conserva los caracteres propios de un “proceso de derecho objetivo”, con la finalidad principal de garantizar el interés del ordenamiento de expulsar del sistema de derecho positivo las normas contrarias a la Constitución.

El juez constitucional, a través de los casos concretos, desarrolla una actividad orientada a hacer generales las exigencias de justicia, imponiendo que una norma susceptible de atentar contra las disposiciones de la Constitución pueda continuar siendo aplicada: esto sucede con base en el valor *erga omnes* de sus decisiones de aceptación o al catálogo de precedentes de su jurisprudencia.

Como consecuencia de la relación particular que se instaura entre los tribunales constitucionales y los jueces del orden común, parece intuitivo que los sistemas de control de constitucionalidad en vía incidental funcionen perfectamente ahí donde se consigue instaurar una “relación comunicativa”, una colaboración entre las dos jurisdicciones, que se puede manifestar sobre diversos planos.

Por ejemplo, los jueces pueden evitar plantear una cuestión de legitimidad constitucional, atribuyendo a la disposición que deben aplicar un significado conforme con la Constitución, o invocando los principios de derecho y la interpretación de las normas constitucionales dadas por el juez constitucional. Por su parte, el juez constitucional tiende a interpretar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado producto de su concreta

operatividad en el sistema jurídico: hace referencia al “derecho viviente” producto de la jurisprudencia.

III. El control de constitucionalidad en vía incidental, que ha tenido aplicación primeramente en el sistema italiano y en aquel de la República Federal de Alemania, ha circulado ampliamente, contaminando —en razón de su ductilidad— sus experiencias de justicia constitucional.

Actualmente se encuentra presente en Europa en aquellos sistemas que históricamente se inspiran en el “sistema austriaco” y que pretenden abrirse hacia formas de *Judicial Review* (Italia, República Federal de Alemania, Austria, España, Bélgica).

Es interesante evidenciar cómo también en Francia la justicia constitucional —mucho tiempo limitada a un mero control preventivo de constitucionalidad— ha previsto recientemente el instituto de la cuestión de constitucionalidad, aunque el procedimiento se distingue significativamente de las experiencias italiana, alemana y española por diversos elementos: principalmente el parámetro no está constituido genéricamente para todas las disposiciones constitucionales, sino que se encuentra limitado a los derechos y las libertades constitucionalmente garantizadas. En segundo lugar, la cuestión es analizada por el Consejo Constitucional después de haber superado un doble filtro: no sólo aquel del juez *a quo* —que debe verificar la consistencia de la cuestión de legitimidad constitucional—, sino también aquel ejercitado por la Corte de Casaciones y por el Consejo de Estado a quien compete la decisión final de hacer del conocimiento del juez constitucional dicha cuestión.

De Europa, la cuestión de legitimidad constitucional ha “emigrado” también a sistemas pertenecientes a otros continentes: experiencias interesantes se encuentran en algunos países de América Latina (por ejemplo Colombia, Costa Rica, Uruguay) y —con respecto a África— en Sudáfrica.

Giancarlo Rolla
(traducción de Emanuel López Sáenz)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MIXTO

En el derecho procesal constitucional, la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes se puede atribuir a todos los jueces que integran el Poder Judicial, o a un solo órgano judicial o con funciones jurisdiccionales, lo que origina la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar el método de control de constitucionalidad difuso, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso concreto se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar el método de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las mismas, cuando sean contrarias a la Constitución, se atribuye a un solo órgano estatal, sea a la Corte o Tribunal Supremo de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello. Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, responden a principios diferentes, pero pueden coexistir en paralelo, como ha sucedido en buena parte de los

regímenes constitucionales de los países latinoamericanos, donde se ha venido configurando un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, dentro de los sistemas de justicia constitucional, además de aquellos que adoptan en exclusiva el método de control de constitucionalidad difuso, como sucede en los Estados Unidos o en Argentina; y de aquellos que adoptan también en exclusiva el modelo de control de constitucionalidad concentrado, atribuyendo la jurisdicción constitucional, esto es, la potestad para anular las leyes, a un Tribunal o Corte Constitucional, como sucede por ejemplo en Austria, Alemania, España, Italia, Bolivia y Chile; al Tribunal o Corte Suprema del país, como sucede en Panamá y Uruguay; o a una Sala Constitucional especializada dentro del mismo, como sucede en Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Honduras. Se ha venido configurando un sistema mixto o integral de justicia constitucional que se caracteriza por combinar a la vez y en paralelo, el control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado.

En Europa es el caso de Portugal, y en América Latina el sistema mixto o integral se ha adoptado en Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, México y Venezuela, donde además del control de constitucionalidad difuso, establecido en muchos casos desde el siglo XIX, se ha atribuido la potestad para ejercer el control de constitucionalidad concentrado a una jurisdicción constitucional ejercida por un Tribunal Constitucional (Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú); por el Tribunal o Corte Suprema del país (Brasil), o por una Sala Constitucional dentro del mismo (México y Venezuela).

En los países en los cuales existe un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, dado el funcionamiento paralelo del método de control de constitucionalidad difuso que ejercen todos los jueces, el control de constitucionalidad concentrado de las leyes es siempre de carácter principal, del cual conoce la jurisdicción constitucional cuando se ejerce una acción de inconstitucionalidad ante la misma, siendo el método incidental, en general, incompatible con el mismo. En estos casos de sistemas mixtos o integral, los jueces no están autorizados para abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad difuso y remitir la decisión de la cuestión constitucional ante la jurisdicción constitucional. En cambio, lo que se ha establecido en algunos países, como Venezuela, es la obligación para los jueces que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de informar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación de la ley que sea adoptada, para que ésta pueda, de oficio, proceder a ordenar el inicio del procedimiento de nulidad y efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión.

Allan R. Brewer-Carías

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (SEDE INTERNA)

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación

de la doctrina del “control de convencionalidad”. La Corte la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, principalmente “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal.

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.

La doctrina se estableció por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en 2006. Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto-ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los arts. 1.1, 8o. y 25 de la Convención Americana. Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte Interamericana declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto-ley, estableciendo que en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El precedente creado en el caso *Almonacid* ha sido reiterado en más de 20 sentencias posteriores, en algunas ocasiones con matices sustanciales que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales, entre los que destacan: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011), así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).

El *fundamento normativo* de la doctrina se encuentra principalmente en los arts. 1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana, y en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los arts. 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas

estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del art. 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Estimo que también el art. 25 del Pacto de San José constituye un fundamento por lo que hace al control de convencionalidad judicial, en tanto que dicho precepto se refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que “ampare” contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia Convención Americana; de esta forma, este precepto conforma un elemento integrante de los derechos, estableciendo un *derecho a la garantía de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional.

Los *elementos* que componen el control de convencionalidad pueden clasificarse de acuerdo con *a)* las autoridades a las que obliga; *b)* la intensidad con la que las autoridades deben efectuar el control, y *c)* el parámetro con el cual se efectúa dicho control. En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos conforme a los arts. 1.1 y 2o. de la Convención Americana le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en el poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales, al tener un rol central en la salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno de conformidad con los arts. 25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana (deber de respeto y garantía); por lo que los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en la Convención Americana.

Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Sobre este *segundo elemento*, la Corte estableció este criterio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad “de oficio”, pero “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; de esta forma, por ejemplo, en los sistemas de control difuso, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por

contravenir la Constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la Convención. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo *ex officio*, conforme a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al parámetro de control, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. De esta forma, el catálogo de normas que sirve de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del tratado) son las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico “bloque de convencionalidad” (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del “bloque de constitucionalidad” en el ámbito nacional).

Las acciones concretas que deben ser llevadas a cabo por las autoridades estatales en el cumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad son variadas. La primera es interpretar la norma nacional de conformidad con el *corpus juris interamericano*, e inaplicar dicha norma en aquellos casos en donde no admita interpretación conforme posible y la autoridad tenga dicha competencia. Resulta, incluso, posible que ahí donde la autoridad encuentre una norma manifiestamente incompatible con la Convención, y tenga las facultades para declarar su invalidez con efectos generales (competencia de ciertos tribunales o salas constitucionales) la autoridad debe hacerlo para evitar futuras vulneraciones. Asimismo, el control también posee un rol importante en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de jueces nacionales, tal y como lo estableció la Corte Interamericana en la ya mencionada supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013).

En consideración de lo anterior, es posible determinar *tres objetivos* principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad. El *primero* es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean

incompatibles con la Convención Americana y que resultan nulas *ab initio*, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos. El *segundo* objetivo es servir como una institución que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la complementariedad (subsidiariedad) de los sistemas nacionales y el sistema interamericano en la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, el *tercer* objetivo es servir como un medio para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente un *diálogo jurisprudencial* en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana que permita efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas en la región.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (TEST DE)

Deducimos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la realización de un test de convencionalidad que comprende las siguientes fases cuando el tribunal activa el control de convencionalidad de las leyes y/o de la jurisprudencia nacionales, en el evento de que el derecho interno no se *adecue* (incompatible) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con fundamento en el art. 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Veamos.

En primer lugar, la Corte Interamericana verifica, precisa y califica el supuesto *fáctico* (los hechos probados) del caso contencioso concreto a resolver.

En segundo lugar, la Corte Interamericana establece un conflicto *normativo de inconventionalidad* en concreto entre el derecho interno (independientemente de la jerarquía: normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y el derecho internacional de los derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *acquis conventionnel*, siendo éste el parámetro de convencionalidad), resultando incompatibles entre sí para resolver el caso, en el momento de su aplicación, en el marco de la calificación del supuesto *fáctico*.

En tercer lugar, el conflicto normativo de *inconventionalidad* —que ha de ser sustancial— presupone que la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos aplicables conforman el derecho interno del Estado parte en dichos tratados, y el conflicto supone la existencia y validez de dos normas jurídicas contradictorias y aplicables en la jurisdicción interna del Estado, en el siguiente orden.

En efecto, para que exista conflicto normativo sustancial de *inconvenionalidad* hay que verificar en el caso concreto, cuando ocurrieron los hechos:

a) La vigencia del derecho interno (normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y su aplicabilidad.

b) Que están en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en el derecho interno.

c) Que en su aplicabilidad se relacionan el *vigor* de la Convención Americana u otros tratados con la *vigencia* del derecho interno para resolver el caso concreto.

d) La aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana *respecto* de la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas nacionales aplicables con aquélla, por tratarse del mismo o similar supuesto *fáctico* en el caso concreto a resolver.

En cuarto lugar, debe existir una real *contradictio in terminis* directa entre la norma jurídica o la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas internas y la norma sustancial convencional y/o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En quinto lugar, el *escrutinio de adecuación* material que hace la Corte Interamericana, en el caso concreto, consiste en el examen de confrontación normativo del derecho interno (norma constitucional, legal o reglamentaria, prácticas judiciales o administrativas) y/o de la jurisprudencia nacional frente a la Convención y a la jurisprudencia interamericanas —*acquis conventionnel*—, con el objeto de establecer la incompatibilidad directa (*contradictio in terminis*) de la norma, de la jurisprudencia o de las prácticas nacionales con el *acquis conventionnel*, generando el incumplimiento de las obligaciones internacionales específicas (derechos humanos civiles y políticos, arts. 3o. a 25) en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales generales derivadas de los arts. 1.1 y 2o. de la Convención.

En sexto lugar, para establecer la *contradictio in terminis de inconvenionalidad* además hay que interpretar la Convención Americana u otros tratados y el derecho interno. Se trata de la interpretación de normas *en concreto*, “que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto»”. En otras palabras, la interpretación la realiza la Corte en el marco de la calificación de *facto* y de *jure* de los hechos del caso concreto que resuelve aplicando la Convención Americana y la jurisprudencia convencional, concluyendo que el derecho interno (normas, jurisprudencia o prácticas) aplicado por el juez nacional para resolver el caso es *inconvenional*; examen de confrontación normativo del que se deriva la *primacía* de la Convención Americana sobre el derecho interno, incluida la Constitución.

En séptimo lugar, la Corte establece, en el caso concreto, las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y/o la transgresión de la jurisprudencia interamericana —*acquis conventionnel*—, que con la *aplicación* de la norma (constitucional, legal o reglamentaria) y/o de la juris-

prudencia, de las prácticas judiciales o administrativas internas inconventionales *afectaron* a una persona humana o a un grupo de personas determinadas, individualizadas e identificadas —presuntas víctimas y/o sus familiares—.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente, distinguiendo si la norma nacional es o no de aplicación inmediata. Dependiendo del caso concreto, la Corte se ha referido a la *existencia* de la norma interna, a su *expedición* (o *inicio*), su *vigencia* o su aplicación.

En octavo lugar, como consecuencia de lo anterior (la inconventionalidad normativa, jurisprudencial o de prácticas) se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado parte de la Convención Americana u otros tratados, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delicti*) por dichas violaciones a los derechos convencionales y/o la jurisprudencia convencional (*acquis conventionnel*) y, por consiguiente, nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las presuntas víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según la calificación de los hechos —probados—.

En noveno lugar, la Corte Interamericana —mediante sentencia— ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños, disponiendo el *cese* (*poner fin* a la conducta estatal inconventional) de los efectos jurídicos de las normas, jurisprudencia y prácticas nacionales inconventionales (hechos internacionalmente ilícitos de carácter *continuo*), estableciendo además las obligaciones internacionales *de resultado de naturaleza jurídica* de adoptar *seguridades y garantías de no repetición*; para hacer efectiva estas obligaciones y las siguientes, el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar o anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo; adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la Corte, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior (*restitutio in integrum*) a las violaciones y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y el libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la Convención; adecuando de esta forma el derecho interno al estándar mínimo interamericano (el derecho internacional de los derechos humanos).

Ernesto Rey Cantor

Ángela Margarita Rey Anaya

CONTROL DE LEGALIDAD

El control de legalidad es una concepción que tiene su origen en el derecho moderno. Su aparición se encuentra estrechamente relacionada con la centralización del poder en el Estado, su consecuente reivindicación del monopolio de la producción legislativa y la necesidad de hacer efectivo el mandato de las leyes. Como resultado de esta nueva configuración, resultaba indispensable obligar no sólo a los gobernados, sino a la administración pública en general y a los jueces en lo particular, a apegarse al mandato estricto de la ley. Para tal efecto, se diseñaron instrumentos procesales como la casación, entre cuyos objetivos se encontraba revisar que una resolución impugnada (casada) fuera efectivamente apegada al mandato de la ley. Desde el punto de vista

práctico, la labor de los tribunales de casación en su vertiente de instrumentos de control de la legalidad consistía en depurar a las sentencias de todo aquel contenido normativo que no tuviera un origen estrictamente legislativo. De esta manera, otras fuentes del derecho, como la doctrina o la costumbre, debieron ceder su lugar a la ley. Con el paso del tiempo la función del control de legalidad se transformó. Pasó de ser un instrumento encargado de verificar la estricta aplicación de la ley, a uno cuya función consistió en evaluar la correcta aplicación de la ley. En el primer caso, la labor se centraba en constatar que las leyes fueran efectivamente aplicadas y que no se emplearan fuentes que no tuvieran un origen legislativo. En el segundo caso, en cambio, el objetivo consiste en emitir una valoración para determinar si un precepto ha sido correctamente aplicado para resolver una cuestión en particular. Por decirlo de alguna manera, si la ley X fue correctamente aplicada, o si dicha ley no era aplicable y en su lugar debió aplicarse la ley Y. En este último caso, el tribunal encargado de realizar el control de la legalidad debe verificar no sólo la ley aplicada sino que la misma sea la que corresponda a la situación fáctica sujeta a juicio.

El control de la legalidad en México tuvo sus primeras expresiones a mediados del siglo XIX con la instauración de tribunales de casación en diversas entidades federativas. Sin embargo, dados los complejos requisitos técnicos exigidos para la procedencia de la casación, su empleo era poco frecuente. En la década de los años sesenta del propio siglo XIX, los abogados mexicanos empezaron a recurrir al juicio de amparo para impugnar en forma extraordinaria resoluciones judiciales bajo el argumento de que se oponían al mandato constitucional de apego a la legalidad establecido en el art. 14 de la Constitución. Así apareció el llamado amparo casación, como un instrumento menos formalizado que el recurso de casación, y eficaz para impugnar la legalidad de las resoluciones judiciales. Los tribunales federales no siempre fueron proclives a escuchar este tipo de argumentos. Al efecto sostenían que se violentaba la cosa juzgada establecida por los tribunales ordinarios. En algún momento dicha postura fue incluso sostenida por el legislador (art. 80. de la Ley de Amparo de 1868), quien estableció la prohibición de recurrir al amparo para impugnar resoluciones provenientes de tribunales ordinarios. A finales del siglo XIX la ley y los criterios jurisprudenciales cambiaron. Desde entonces el amparo casación o amparo directo es una herramienta ampliamente utilizada en la práctica forense mexicana.

En la actualidad, los instrumentos de control de la legalidad se han diversificado; ejemplo de ello es el juicio contencioso administrativo. Sin embargo, el amparo, tanto el indirecto en contra de autoridades no jurisdiccionales, como el directo contra resoluciones de tribunales, se mantienen como los principales mecanismos de control de la legalidad en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito dan cuenta de la extensión y minuciosidad con la que se trata la legalidad a propósito de la interpretación de los alcances de los arts. 14, 16 y 31, frac. IV, de la Constitución.

CONTROL DIFUSO POR JUEZ LOCAL

En un país federal, hay control difuso por jueces locales cuando éstos tienen competencia para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado.

En México, el control difuso a cargo del juez local puede ser de tres tipos, en función de la norma de jerarquía suprema que se utilice como parámetro de interpretación y de validez ante el cual se confronta la norma local: control difuso de *constitucionalidad*, cuando el juez local verifica la compatibilidad de las normas locales con la Constitución federal; control difuso de *convencionalidad*, cuando la norma local es evaluada desde el mirador de los tratados internacionales considerados como de jerarquía superior, y control difuso de *constitucionalidad local*, cuando el examen de compatibilidad de la norma local se hace para garantizar la supremacía, en todo lo concerniente al régimen interior del Estado, de la respectiva Constitución estatal.

Sobre el control difuso de constitucionalidad por juez local, revisando el derecho comparado, lo que encontramos es que el modelo emblemático de este sistema es el que opera en los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1787, en su art. VI, faculta expresamente a los jueces locales a ejercer dicho control. Disposición ésta que es similar o idéntica a la prevista en varias Constituciones latinoamericanas, no obstante lo cual, el control difuso de constitucionalidad en América Latina funciona en muy pocos países de manera similar a los Estados Unidos de América, destacando el caso de Argentina, que es el que con mayor fidelidad ha seguido este modelo. Otros países, como Brasil y más recientemente México, combinan el control difuso de constitucionalidad con otros medios jurisdiccionales de control concentrado de constitucionalidad, que sólo pueden ser planteados ante ciertos tribunales y cortes supremas o constitucionales.

En México, el control difuso de constitucionalidad estuvo prohibido para los juzgadores locales hasta 2011. Sólo podían ejercerlo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación. Y esto porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la Quinta Época de su jurisprudencia, había reiterado el criterio de que del art. 133 de la Constitución no se derivaba la facultad de los jueces locales de ejercer control de constitucionalidad. Como ejemplo de las tesis que prohibían este control difuso cabe citar las siguientes: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación” (tesis P./J. 73/99) y “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución” (tesis P./J. 74/99).

Por lo que hace al control difuso de convencionalidad a cargo del juez local en América Latina, éste tiene sus orígenes en la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido consolidando a partir de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, entre otros), y en la cual se sostiene que todos los jueces y tribunales internos de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas atribuciones, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas nacionales internas y la citada Convención.

En México no existía un criterio que expresamente prohibiera a los jueces locales el control difuso de convencionalidad, aunque sí existían algunas tesis de jurisprudencia que establecían que los derechos humanos previstos en tratados internacionales no podían utilizarse directamente como parámetro para juzgar la validez de una ley. Así, por ejemplo, en la tesis con rubro “Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos” (tesis P./J. 31/2011), la Suprema Corte estableció que la incompatibilidad de una ley con un tratado internacional sólo podía plantearse en un medio de control de constitucionalidad, como violación a las garantías constitucionales de legalidad previstas en los arts. 14 y 16 de la carta magna. Bajo esta óptica, el control de convencionalidad sólo podía ejercerse de manera subsumida en el control de constitucionalidad, pero como éste le estaba vedado a los jueces locales, por consecuencia tampoco podían ejercer el control difuso de convencionalidad.

En relación con el control difuso de constitucionalidad local, éste sí lo podían ejercer los jueces locales en México, incluso antes de 2011, pero sólo para garantizar los derechos humanos previstos en su respectiva Constitución estatal, y siempre y cuando fueran distintos a los previstos en la Constitución federal, ya que estos últimos sólo podían ser garantizados por el Poder Judicial de la Federación. Por esto, cuando el estado de Veracruz implementó un sistema de justicia constitucional local en el año 2000, la citada Corte resolvió que “...la facultad otorgada a la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución Política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la Federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local” (tesis P. XXXIII/2002). Actualmente, las Constitución del Estado de Coahuila (art. 158) establece expresamente el control difuso de constitucionalidad local.

Ahora bien, el estatus del control difuso por juez local cambió radicalmente a partir de 2011, por dos razones:

a) Por la reforma constitucional de junio de ese año, que expresamente estableció en el art. 1o. de la Constitución mexicana que “todas las autoridades” debían proteger y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, y que además introdujo el principio *pro persona* para que prevalezca la norma más favorable a la protección de los derechos humanos.

b) Por la resolución de julio de 2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 relativo a la sentencia que a su vez había dictado en noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia esta última en la que también se expresa la doctrina del control difuso de convencionalidad (párrafo 114).

En apego a lo anterior, la Suprema Corte estableció una serie de criterios que no sólo autorizan, sino que obligan a todos los jueces, incluyendo desde luego a todos los jueces locales, a ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos. La Corte ha dicho que “...todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona...” (tesis P. LXVII/2011). Por último, es importante destacar que el juez local deberá ejercer este control difuso de manera metódica y con prudencia. Particularmente, entendiendo que el control difuso implica: *a)* partir de la presunción de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma local; *b)* privilegiar la interpretación de la norma local que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y *c)* sólo en casos de incompatibilidad insubsanable, acudir a la inaplicación de la norma local como *ultima ratio* del control difuso.

Carlos Emilio Arenas Bátiz

CONTROL DIRECTO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad de las leyes —y normas jurídicas en general— puede ser *directo*, esto es, ante los organismos o tribunales encargados con exclusividad para esa tarea (control concentrado), o *indirecto* (difuso), donde el planteamiento se debe hacer ante cualquier juez competente, sin importar el rango, y luego puede llevarse por vía recursiva hasta el más alto tribunal del país.

El esquema mixto intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en algunas vías especiales, generalmente reservadas a ciertos cuerpos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.

Desde el cuadrante subjetivo, el control de constitucionalidad puede ser *político* o *jurisdiccional*. El primero es —por regla— preventivo, y opera antes de que las leyes sean sancionadas.

En Francia —donde se ve con gran nitidez este modelo— no existe un canal “judicial” idóneo para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes, pues dicha tarea es ejercitada por un cuerpo que por su estructura, funciones, y el trámite ritual que cumple, no debe ser considerado —como acotaba Capelletti— de esencia jurisdiccional.

El contralor político es cumplido por un órgano *judicial* —por ejemplo un Consejo Constitucional— que está facultado para abortar el procedimiento legislativo cuando estima que la ley es violatoria del estatuto fundamental.

Como vimos, coexisten en el mundo dos grandes sistemas que llevan a cabo este tipo de verificación: el *concentrado* o directo —como en Austria, Italia, España, Alemania, etcétera—, esto es, resuelto exclusivamente por un cuerpo especializado (Corte o Tribunal Constitucional); y el *difuso* —o *indirecto*—, como en los Estados Unidos y en la Argentina —y ahora en México—, donde cualquier juez está potenciado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en el caso que juzga.

En estas vertientes se ha seguido ideológicamente a la doctrina de Hamilton y de Marshall, partiendo de la base de que el judicante, en su función de juzgar, está obligado —dentro del campo interpretativo— a inaplicar el dispositivo legal que no encaja en los andariveles de la carta suprema.

En suma, el control concentrado (o directo) se cumple ante los tribunales constitucionales o ante salas constitucionales, según las características de cada país.

Conviene repetir que este modelo se da cuando la función de revisión de la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos está monopolizada en un único órgano. En cambio, en el difuso esta revisión puede ser ejercida por cualquier juez o magistrado, y debe llevarse a cabo generalmente en el ámbito de un caso o controversia.

En América Latina, a principios del siglo XIX tuvo gran incidencia el esquema “difuso” que algunos autores han denominado como “americano”, habida cuenta que lo ejercían jueces o tribunales de la función judicial.

Luego ha habido una tendencia creciente a la adopción del andarivel “directo”, que fue adoptado por Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia. Por ello se crearon tribunales constitucionales o salas específicas para la materia constitucional, como sucedió en Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras y Costa Rica.

También existe un modelo llamado “mixto”, que tiene algunas variantes. En efecto, en muchos casos las naciones del *Civil Law* (o derecho continental), pese a trabajar sobre el sistema difuso, le han dado vida a vías alternativas, que permiten unificar la aplicación del derecho, como la posibilidad de que un cuerpo superior en la jerarquía judicial efectúe una declaración de inconstitucionalidad que derogue la norma con la finalidad de obtener un resultado que permita la uniformidad de criterios. Esto ha sucedido por ejemplo en Portugal y en Grecia, donde el Tribunal Superior está potenciado para ejecutar la revisión como control concentrado.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control, el cuerpo jurisdiccional de mayor jerarquía se transforma materialmente —como sucede en Argentina (art. 116 de la Constitución Nacional) y en los Estados Unidos de América— en un verdadero Tribunal Constitucional.

En esta última nación, si bien los fallos de la Corte Suprema federal sólo tienen valor *inter partes*, esto es para el caso particular; en la realidad a veces poseen efectos generales debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial que se infiere de la doctrina del *stare decisis*.

En algunas provincias argentinas, como la de Buenos Aires, impera un esquema mixto, ya que coexisten el modelo difuso típico, como el norteamer-

ricano, y el concentrado —directo— para la acción de inconstitucionalidad, que sólo puede incoarse ante la Suprema Corte local (art. 161 de la Constitución provincial).

En México, a través de la reforma constitucional de 2011 (arts. 1o. y 33 de la carta magna), se ha cambiado el eje de rotación tradicional para admitirse el control difuso, donde todo juez puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes.

Luego se aprobó otra reforma constitucional en materia de amparo de gran importancia, pues se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos *erga omnes*, admitiendo por ejemplo los casos de interés legítimo, etcétera.

En definitiva, puede decirse que el control de constitucionalidad en el derecho comparado puede ser *directo* (*concentrado*), planteado exclusivamente ante el organismo diseñado para resolver las cuestiones constitucionales, *difuso* —*indirecto*—, propuesto ante cualquier juez, y el esquema mixto participa, como vimos, de ambas modalidades.

Juan Carlos Hitters

CONTROL PARLAMENTARIO

Karl Loewenstein (1989) señala que el control está vinculado con uno de los elementos esenciales de las democracias: la existencia de un gobierno responsable, lo cual lleva a establecer en las Constituciones mecanismos de control. De esta manera, explica el surgimiento histórico del control parlamentario como garantía del principio democrático, que implica un Estado democrático de derecho.

Tres grandes líneas doctrinales que conceptualizan al control parlamentario han surgido de su desarrollo histórico.

Una primera concepción, que fue la tradicional y por lo mismo dominó la doctrina constitucional hasta épocas muy recientes, asocia el control parlamentario con la idea de presión, influencia y predominio del Parlamento sobre el gobierno, que en última instancia significa la posibilidad de remoción del titular del Ejecutivo o alguno de sus más altos colaboradores, a través de la exigencia de responsabilidad política y censura (Santaolalla López, Lucas Murillo de la Cueva y Álvarez Conde, en España).

La segunda línea doctrinal entiende al control parlamentario como la comprobación, inspección, verificación y supervisión de la actuación del gobierno, por medio del cual el Parlamento ejerce presión y puede llegar a influir en la actuación del órgano controlado (Barthélemy, Duguit, en Francia; Aguiar de Luque, De Esteban, García Morillo, en España).

Expone que en las democracias actuales el control parlamentario resulta fundamental para consolidar el pluralismo político y hacer posible la alternancia en el poder, construyendo e ilustrando la opinión pública e influyendo en el elector.

Esta función es una competencia específica de los integrantes de las cámaras, que se diferencia de las demás, por lo que para su ejercicio existen instrumentos concretos que la hacen posible: las comisiones de investigación,

la facultad de formular preguntas e interpelaciones y la presentación de mociones o juicios políticos. Así, la función de control es claramente distinta de las funciones legislativa y presupuestaria, en cuanto al fin inmediato que persigue.

Finalmente, en una tercera línea doctrinal se encuentran para quienes el control parlamentario representa la materialización de la vaga situación de preponderancia del Parlamento sobre el gobierno, pero sin concretarse en ningún instrumento parlamentario en específico y encontrándose, a su vez, en todos; representa, así, un concepto más amplio de control (Rubio Llorente y Aragón, en España; Pedroza de la Llave y Mora-Donatto, en México).

Establecen que las cámaras, por medio de una multiplicidad de actos, inspeccionan, analizan, comprueban, examinan, revisan, registran, intervienen y verifican el funcionamiento del Ejecutivo y de los órganos de la administración pública, informando a la opinión pública, los medios de comunicación y el cuerpo electoral sobre sus actividades.

Con respecto a la primera concepción, el hecho de establecer que toda actividad de control exige, por definición, además de la supervisión o valoración de la actuación del gobierno, la adopción de medidas que pongan fin a la situación política en cuestión, por medio de la exigencia de responsabilidad política, entendida ésta como el mecanismo que puede cesar o remover al funcionario controlado, podría calificarla de reduccionista al emplear un concepto que no es útil en los sistemas presidenciales; recordando así la necesidad de que en las democracias parlamentarias como formas de Estado, se construya una noción de control parlamentario que rebase las limitaciones antes planteadas respecto a la relación control-remoción del gobierno.

Respecto a la línea doctrinal que busca “un concepto más amplio de control”, ésta corre el riesgo de disolver la noción misma de control parlamentario. Es necesario entender que existen procedimientos concretos y especializados, identificables e inconfundibles con los demás procedimientos parlamentarios que persiguen otras finalidades y que, por ejemplo, formalizan jurídicamente la voluntad del Congreso, a través de una votación, en actos del Estado —como sucede al sancionar una ley—.

En cambio, los efectos jurídicos del control parlamentario en el gobierno son de naturaleza procedimental, sin que produzcan efectos jurídicos reglados sobre su voluntad y, por tanto, los que pudiera tener de naturaleza política no los podemos conocer con rigor, obteniendo un carácter difuso.

Un aspecto más que debe resaltarse en cuanto al control parlamentario versa sobre el papel que desempeñan la oposición y las minorías parlamentarias en su desarrollo. Actualmente, éstas son las interesadas y deben ser las encargadas de desplegar los mecanismos específicos de control, teniendo por objeto no una sanción directa de la administración, sino un desgaste del gobierno ante la opinión pública y el electorado, es decir, el establecimiento de una responsabilidad difusa.

Al no tener posibilidades de conseguir que el Parlamento adopte decisiones contra el Ejecutivo, intentan movilizar a la opinión pública contra éste, en virtud de que aspiran a alcanzar el poder en las siguientes elecciones, por lo que se centran en descubrir cualquier falta del gobierno y su mayoría parlamentaria.

Y como en el desempeño de la función de control no se persigue alcanzar la voluntad estatal, es por ello que no debe exigirse el apoyo de la mayoría, más bien debe facultarse a los parlamentarios de manera individual, a los integrantes de la oposición que, al no ser poderes públicos, actúen libremente. De aquí la diferencia que la doctrina ha establecido entre el control efectuado *por* el Parlamento y el realizado *en* el Parlamento.

Así, la oposición y las minorías otorgan mayor efectividad al control parlamentario a partir de la transparencia y el debate libre y público, siempre y cuando existan garantías institucionales para poder acceder frecuentemente a los mecanismos de control.

Tal es la importancia de su actuación que se ha señalado que la oposición no nace de la práctica democrática, sino que ésta se presenta en realidad, a partir del surgimiento de la oposición (Landa, 1994).

Por ello, y de acuerdo con la Unión Interparlamentaria, alrededor de treinta naciones cuentan en sus legislaciones con un estatuto oficial para la oposición, entre los que destacan Australia, Brasil, Egipto, Irlanda, Italia, Filipinas, Senegal y Tailandia. En América Latina, Colombia reconoce a nivel constitucional a la oposición, y Ecuador lo hizo durante la vigencia de la Constitución de 1998.

De esta manera se puede establecer el concepto de control parlamentario, entendiendo que, en las democracias parlamentarias como formas de Estado, el control parlamentario debe ser concebido como un *control político* que se ejerce a través de *mecanismos concretos*, en cuya operación observan especial interés la *oposición gubernamental* y las *minorías parlamentarias*, teniendo por objeto la *fiscalización* de la actividad del gobierno y sus órganos administrativos; fiscalización que comprende la *valoración y el debate sobre ciertos hechos e información* obtenida respecto a la actividad controlada, otorgándole a la misma la *publicidad* de la cual carecía, dándola a conocer al electorado y produciendo, de esta manera, efectos de diversa índole y, por tanto, *difusos*.

Pablo Abreu Sacramento

CONTROL PREVENTIVO

Es un sistema de control constitucional de corte concentrado, mediante el cual el tribunal constitucional realiza el examen de un texto legislativo una vez aprobado por la legislatura, pero antes de que entre en vigor, con el objeto de determinar si el mismo se ajusta a los postulados constitucionales.

A este tipo de control también se le conoce como control *a priori* de constitucionalidad y se identifica por los siguientes elementos:

a) Es un control concentrado de constitucionalidad; sólo puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

b) Tiene un carácter declarativo y abstracto. La resolución que dicte el Tribunal Constitucional es de tipo declarativo, porque se concreta a pronunciarse respecto a si el proyecto de ley sometido al control es o no constitucional. Y al mismo tiempo es abstracto en razón de que el estudio de constitucionalidad se realiza a partir de la generalidad del proyecto de ley y no de un caso concreto. La norma aún no existe, por tanto no puede realizarse la

confronta de constitucionalidad desde la óptica de la aplicación a un caso en lo particular.

c) Es un control *a priori*. En cuanto a la oportunidad en que debe iniciarse este medio de control, la doctrina sostiene que el momento para ejercerlo es antes de que la norma sujeta a control sea definitiva, es decir, antes de que la misma se haya promulgado; que permita con claridad realizar el estudio de constitucionalidad a partir de un texto que ha sido ya aprobado por el órgano legislativo. Sin embargo, es importante distinguir en qué momento la norma no es aún definitiva; esto es, en el momento en que se presenta la iniciativa, en el momento en que se discute en la comisión legislativa competente, en el momento que la aprueba el pleno y antes de enviarse al Ejecutivo para su promulgación, o bien, una vez que el Ejecutivo recibe el proyecto legislativo aprobado y antes de que proceda a promulgarlo.

Pedro Antonio Enríquez Soto

CONTROL PREVIO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL

I. INTRODUCCIÓN. También conocido como *preventivo* o *a priori*, es aquel control de la regularidad de la Constitución local que se realiza en sede jurisdiccional y que se ejerce sobre una norma jurídica antes de su entrada en vigor.

En principio afirmamos que es un control jurídico porque, al menos la mayoría de las veces, lo ejerce un Tribunal Constitucional —sentido estricto—. Además, porque es diverso a otro tipo de controles calificados como políticos, que también inciden en el proceso de creación de la ley hasta antes de su entrada en vigor, como por ejemplo el propio veto que ejercen los gobernadores de los estados —sentido amplio—.

Se trata de un control que, a diferencia de los controles sucesivos y concretos, se actualiza antes de que la ley entre en vigor, es decir, estamos en presencia de un control constitucional abstracto de carácter preventivo.

El control previo, al igual que los demás medios de control constitucional, es objeto de varias críticas; una que comúnmente se hace es la que afirma que hay un riesgo al judicializar un proceso evidentemente político, como el proceso legislativo, pues, según se ha dicho, el tribunal no puede intervenir en la soberanía del órgano legislativo ni ser un sujeto más dentro del proceso de creación de la ley. Empero, la única diferencia que se tiene respecto del control *a posteriori* es el momento en el cual se realiza, por lo demás, el mismo derecho procesal constitucional se encuentra en constante conflicto con el órgano legislativo. Podemos mencionar también que no existe invasión en la esfera del legislador, pues el tribunal conoce —la mayoría de las ocasiones— hasta que el legislador ha terminado su labor creadora, quedando sólo pendiente la promulgación y publicación de la ley.

Igualmente se ha sostenido que el control previo en la justicia constitucional local atenta contra el principio de división de poderes y distribución de competencias; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez del mecanismo en la justicia constitucional local, precisamente al resolver la acción de inconstitucionalidad

8/2010, en donde sostuvo básicamente que el control previo establecido en la Constitución de Yucatán es compatible con el principio de división de poderes y que la finalidad no es otra distinta a la de cualquier otro medio de control constitucional local.

II. CONTROL PREVIO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL. El control previo de constitucionalidad se encuentra incorporado en algunas entidades federativas, quienes han decidido establecerlo como mecanismo de defensa a su Constitución, aunque en algunos de ellos es más bien una consulta u opinión previa sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; así hablamos en específico de Coahuila (Ley de Justicia Constitucional Local, arts. 71 y 90), Nayarit (Constitución Política del Estado, art. 53), Oaxaca (art. 106 de la Constitución Política del Estado), Yucatán (Constitución Política del Estado, art. 70, y Ley de Justicia Constitucional, arts. 114 a 130), y Zacatecas (art. 100 de la Constitución Política del Estado).

1. *Órgano que conoce del control previo.* Aquí tenemos dos modalidades, la primera es aquella donde el órgano controlador es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado en su carácter de tribunal constitucional, como sucede en Coahuila de Zaragoza, Yucatán y Zacatecas. Por otro lado están los casos de Nayarit y Oaxaca, donde el órgano que conoce es la Sala Constitucional-Electoral y la Sala Constitucional, respectivamente, quienes desempeñan permanentemente y de forma especializada la jurisdicción constitucional local.

2. *Sujetos legitimados.* En este punto encontramos tres variantes. La primera es la que se ubica en Coahuila, donde la Ley de Justicia Constitucional solamente otorga legitimación al gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y, si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del Pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto. Situación similar pasa en Zacatecas, donde el titular del Poder Ejecutivo pide la opinión, pero sin necesidad de vetar el proyecto, y se incluye por la Constitución local el hecho de que esa consulta no puede hacerse pública, situación que es altamente criticable, pues el legislador tiene que estar sujeto a que se cuestione su actividad y que la sociedad esté informada sobre su actuar.

La segunda variante sucede en Nayarit, donde el órgano facultado para solicitar la consulta de la constitucionalidad es la propia comisión legislativa encargada de hacer el dictamen del proyecto de ley o decreto.

El tercer caso se presenta en Yucatán y Oaxaca. Aquí la legitimación es mucho más amplia que en las entidades anteriores, ya que pueden promover la cuestión de control previo el gobernador, el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso, los órganos autónomos y, en Yucatán, además, el fiscal general del estado y los presidentes municipales.

3. *Etapa en la que se ejerce el control.* Por lo que ve al momento en el que se activa el control en Coahuila, Yucatán, Zacatecas y Oaxaca, éste se plantea una vez que el órgano legislativo ha terminado su actividad legislativa, pero previo a su publicación por el Ejecutivo estatal. No pasa así en Nayarit, donde

el control se activa incluso antes de la deliberación del Congreso, pues lo que se somete a consideración de la Sala Constitucional es la iniciativa o el dictamen de ley o decreto de la comisión legislativa y no un texto definitivo; aquí se corre el riesgo de que pierda sentido la opinión de la Sala, pues esa iniciativa podrá sufrir modificaciones durante su tramitación.

4. *Procedimiento.* Las entidades que establecieron un procedimiento para sustanciar este tipo de control son Coahuila y Yucatán. En el primer caso se ejerce la acción de inconstitucionalidad en la modalidad de control previo, y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de tribunal constitucional comunica al Congreso del medio de impugnación, quien puede o no suspender el procedimiento legislativo; si lo suspende, entonces el tribunal constitucional está en condiciones de resolver; pero si decide no suspender el procedimiento, por mayoría absoluta de votos, el control previo queda sin materia, es decir, la tramitación del control preventivo queda prácticamente a disposición del órgano legislativo.

En Yucatán la regulación es más acertada, pues después de que se promueve el requerimiento de control previo, el mismo Tribunal Constitucional suspende la publicación de la ley e incluso si el gobernador ejerció derecho de veto sobre lo mismo que se ventila en la cuestión de control previo, el recurso se declara improcedente; una vez suspendido el procedimiento, se da vista para que en quince días el Congreso rinda un informe, para lo cual también se cuenta con la intervención del fiscal, después se formulan alegatos y el Tribunal Constitucional dicta el fallo que corresponda.

Por lo que ve a Nayarit y Oaxaca, en sus Constituciones se dispone que realizada la consulta la Sala Constitucional tiene que resolver en diez días para el caso de Nayarit y quince para el caso de Oaxaca, sin hacer alusión a procedimiento alguno.

5. *Efectos de la sentencia.* La sentencia que se dicta en este tipo de mecanismos en Coahuila es obligatoria para el Congreso del estado, siempre y cuando éste haya decidido suspender el procedimiento para la publicación de la ley. En el estado de Yucatán el pronunciamiento es igualmente obligatorio para el Congreso, por lo que éste tendría que modificar el proyecto de ley en términos de la sentencia. En el caso de Nayarit, la resolución de la Sala Constitucional-Electoral no tiene efectos vinculantes, pues se trata de una opinión consultiva respecto de una iniciativa, susceptible de ser modificada en el transcurso del proceso legislativo, pero sí proporciona la seguridad desde un inicio del proceso acerca de la constitucionalidad de la propuesta de ley o decreto. Por lo que ve a Zacatecas y Oaxaca, no se señala si la resolución tendrá efectos vinculantes, por tanto la resolución puede servir como fundamento al gobernador para que ejercite su derecho de veto.

III. Un tema importante es determinar la procedencia de mecanismos de defensa constitucional una vez que el tribunal haya resuelto el control previo. Sobre este punto, la única entidad que reguló tal situación es Yucatán, al establecer que no es posible otro medio de defensa posterior sobre lo que ya fue objeto de la consulta en el control previo de constitucionalidad.

CONTROL REPARADOR

Es un sistema de control constitucional mediante el cual el Tribunal Constitucional anula una norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Se trata de un sistema *a posteriori*, es decir, se activa una vez que la norma impugnada entra en vigor. La sentencia que se dicta en este sistema puede ser para el caso concreto, o bien con efectos generales derogatorios, dependiendo de si el modelo de control es difuso o concentrado. Se llama reparador porque al anular la norma inconstitucional se restituye o repara la violación a la norma constitucional.

Pedro Antonio Enríquez Soto

CONTROL SOCIAL

La expresión control social ha sido acuñada y desarrollada principalmente por los sociólogos norteamericanos, siendo un vocablo ligado con el orden, la estabilidad y armonía dentro del sistema social, pero que no implica una situación estática de la sociedad, porque prevé el cambio social siguiendo las normas, procesos e instituciones ya establecidos, dándose así un orden al cambio, un cambio dentro del sistema y no un cambio del sistema social.

Puede ser considerado como una institución, como un proceso o como resultado. Como institución hace referencia al conjunto de valores y pautas normativas existentes dentro de un sistema social, que tienden a ejercer sobre el individuo una influencia para que su acción social se adhiera a lo que se considera socialmente “correcto”, pero en caso de que no se ajuste o transgreda las normas sociales, tendrá como consecuencia una sanción con el fin de ejercer un control sobre la conducta y mantener la estabilidad del sistema social.

Sobre esta cuestión, T. B. Bottomore señala que el control social puede concebirse de dos maneras: 1) como una referencia al conjunto de valores y normas con que se resuelven o mitigan las tensiones y los conflictos entre individuos y grupos, y 2) como el sistema de instituciones que sirven para comunicar e inculcar dichos valores y normas.

En el mismo sentido, Recaséns Siches considera que el control social trata de designar en conjunto todas las normas colectivas, así como también las autoridades y los poderes sociales que, a diferentes niveles y de diversas maneras, regulan la conducta humana en sus aspectos o resultados exteriores.

Como proceso, es hacer alusión a la manera en que se emplean, aplican o ejecutan los valores y pautas normativas del sistema social; de esta forma, los mecanismos, vías o medios que constituyen los vehículos para ejercer el control deben estar establecidos con claridad, ser conocidos por los miembros de la sociedad, accesibles y eficaces, para que en caso de que la conducta humana no se ajuste o se desvíe de los valores o pautas normativas, se aplique la sanción correspondiente, a fin de mantener el orden dentro del sistema.

En este orden de ideas, J. S. Roucek refiere que la expresión control social es un término colectivo para aquellos procesos, planeados o no, por medio de

los cuales los individuos son enseñados, persuadidos o compelidos a adaptarse a los usos y a las valoraciones de los grupos de los que forman parte.

Como resultado, es la manera en que los valores o normas sociales han influido en el ser humano para determinar un cierto tipo de conducta, pudiendo darse la adhesión a dichos valores y normas sociales de manera voluntaria; que se acepten sólo bajo la amenaza o la aplicación de la fuerza física u otras sanciones; que se esté reluctante y se busquen alternativas pero siguiendo las instituciones del propio sistema, o bien que no influyan en la persona teniendo como consecuencia la desviación social, pero con la aplicación de la sanción se busca que la acción social se ajuste nuevamente a lo que se considera como socialmente correcto.

Los controles sociales dan cohesión a la sociedad, haciendo de las tensiones o desviaciones sociales un factor que se soluciona a través de las normas y los procedimientos diseñados por el sistema.

Entre los principales tipos de control social tenemos: la moral, la costumbre, la religión, el derecho, la educación y la opinión pública, tomando especial relevancia el derecho, por contar con la coacción. Roscoe Pound enfatiza que el derecho es una forma altamente especificada de control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza en una sociedad organizada y políticamente desarrollada.

Del mismo modo, F. J. David, en la obra *Law as a Type of Social Control*, cataloga al derecho como un control social determinado por tener reglas de conducta explícitas protegidas por el uso de sanciones, interpretadas y aplicadas por agentes oficiales.

En la medida en que las personas reconocen, aceptan, ejercen y protegen los valores, principios y normas considerados como correctos dentro de una sociedad, más fuerte es el control social que se ejerce.

Ulises Bonilla Constantino

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

La controversia constitucional puede entenderse como un mecanismo de control constitucional, a través del cual se protege de manera directa al texto fundamental en su apartado orgánico y las competencias asignadas a los órganos del Estado. Asimismo, puede entenderse como el proceso mediante el cual se plantea un juicio con todas sus características: acción planteada en forma de demanda, una contestación, una etapa probatoria y una sentencia, cuyos efectos pueden ser *inter partes* o *erga omnes* y cuya finalidad es resolver un conflicto competencial entre los órganos del Estado y diversos órdenes jurídicos.

La controversia constitucional es un juicio de única instancia que en México se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dicho conflicto puede ser producido por una norma general o un acto, mismo que genera una violación directa a la Constitución y a los principios del federalismo y división de poderes, necesarios para la existencia del Estado de derecho, en donde la distribución de competencias resulta indispensable para la realización de las funciones y distribución equitativa del poder.

El juicio de controversia constitucional funge como un mecanismo de control abstracto y concreto, en virtud de que, por un lado, permite que un órgano de naturaleza judicial y jurisdiccional se pronuncie cuando algún órgano en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales usurpe competencias de otro órgano, reconocidas en la carta magna y por lo tanto genere un daño; y por el otro, permite una revisión judicial de las normas que conforme a la Constitución presenten incompatibilidad, esto es, la violación se genera por la norma inconstitucional o en su caso por un acto; en ambos casos su confrontación será sujeta al texto fundamental. Este proceso tiene por objetivo dirimir los conflictos de competencias ante una instancia imparcial, objetiva e independiente, con lo cual se protege a la Constitución y se fortalece el equilibrio de los poderes, por lo que válidamente se encuadra dentro de la denominada justicia constitucional, pues permite que de una confrontación por vía procesal se estime su constitucionalidad y en su caso puedan suspenderse o invalidarse.

El primer antecedente de la figura en México se contempló en el art. 137, frac. I, de la Constitución Federal de 1824, que indicaba que la Suprema Corte podría conocer de las diferencias que pudiere haber de uno a otro estado de la Federación, siempre que se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en el cual debía recaer formal sentencia, y de las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes utilizaran su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

El segundo antecedente corresponde al art. 112, frac. IV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, que señalaba que se consideraban atribuciones de la Corte de Justicia el conocer, de la misma manera, de las demandas judiciales que un departamento intentare contra otro, o los particulares contra un departamento cuando se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso.

Las Leyes Constitucionales de 1836 también hacían referencia al tema, pues ya incluían un sistema de control de constitucionalidad que permitía declarar la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, siempre que existiera alguna invasión en las competencias. Asimismo, el voto particular de Mariano Otero y el Acta de Reformas de 1847 indicaban que existía la necesidad de conservar el régimen federal mediante la limitación de las esferas estatales consideradas en el texto fundamental, por lo que estimó indispensable dar al Congreso de la Unión el derecho de declarar nulas las leyes de los estados que implicaran una violación al pacto federal, o fueran contrarias a las leyes generales, porque de otra manera el poder de un estado sería superior al de la Unión, y el de éste se convertirá en irrisión.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana también incluía a las controversias constitucionales, ya que facultó al máximo tribunal para conocer de las diferencias que pudiera haber de uno a otro estado de la nación, siempre que éstas se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en que debiera recaer formal sentencia, y las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, es decir, en donde se entablara un verdadero proceso, o entre particulares sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de

diversos estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

Por lo que respecta al art. 98 de la Constitución de 1857, aprobado el 28 de octubre de 1856, disponía éste que correspondía a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se suscitaban de un estado con otro, y de aquellos en los que la Unión fuere parte.

En el proyecto de Carranza se indicó que correspondía sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellos en que la Federación fuera parte, de tal manera que el texto no tuvo mayores modificaciones; asimismo, no se reglamentó el proceso que sustanciaba el juicio, lo que motivó que la Corte aplicara el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Coordinación Fiscal de 1978 y la Ley de Planeación de 1983, que facultaban al tribunal para conocer de conflictos suscitados por la aplicación de dichas leyes.

El art. 105, que recogió la garantía constitucional, tuvo diversas modificaciones: la primera el 25 de octubre de 1967, señalando que sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le competía conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que estableciera la propia ley.

El 25 de octubre de 1993 se reformó dicho artículo para afirmar que sólo competía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados; entre uno o más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que establezca la Ley.

La modificación trascendental para este tipo de procesos orgánicos se da en 1994; en virtud de ello, el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa con el objetivo de reformar diversos artículos de la Constitución y convertirse en una reforma transversal del Poder Judicial federal. La reforma del art. 105 constitucional permitía ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se suscitaban entre la Federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal. Del mismo modo, ampliaba la legitimación para promover las controversias constitucionales.

Desde su instauración en el texto constitucional de 1824, y en ausencia de una norma reglamentaria específica, el ejercicio de dicha garantía quedó supeditado a su reglamentación, misma que aconteció en 1995, con lo cual, los conflictos que tradicionalmente se resolvían por la vía política se plantean hoy a través de un verdadero proceso judicial. Las sentencias emitidas en una

controversia constitucional pueden dar lugar a dos posibilidades: por un lado, si éstas versan sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por los estados o en tratándose del Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, de aquél y cualquiera de sus cámaras, o en su caso la Comisión permanente, ya sea como órgano federal o del Distrito Federal; asimismo, de dos poderes de un mismo estado, de dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y si la resolución de la Suprema Corte las declara inválidas, dicha declaración tendrá efectos generales siempre que haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos; en los demás casos los efectos sólo surtirán para las partes.

El trámite de las controversias constitucionales se rige por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política, y supletoriamente por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Fabiola Martínez Ramírez

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL (MÉXICO)

Las controversias constitucionales son precisamente el mecanismo de tutela constitucional que está regulado por la mayor parte de las entidades federativas, siguiendo en buena medida las características del instituto incorporado desde 1824 en las Constituciones mexicanas. Este tipo de instrumento hace alusión a los conflictos que pueden surgir entre los distintos órdenes normativos (constitucionales y legales) o los diversos órganos pertenecientes a ámbitos diferentes o iguales. A través de esta vía se busca garantizar el principio de división de competencias entre los diversos organismos locales.

Las leyes de justicia constitucional de los estados de Veracruz, Guanajuato, Coahuila, Querétaro, Nayarit, Tamaulipas, Estado de México, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Yucatán coinciden en regular las controversias que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; entre el Poder Ejecutivo y uno o más municipios; entre el Poder Legislativo y uno o más municipios, y entre dos municipios. Tlaxcala, además, incluye los conflictos que puedan originarse entre el Poder Ejecutivo y los concejos municipales; aquellos que se ocasionen entre el Poder Legislativo y dichos concejos; al igual que los que surjan entre dos o más municipios de un mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad.

El estado de Coahuila amplía los supuestos al contemplar los conflictos de competencia que se susciten entre el Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado; uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del gobierno estatal o municipal.

En Nayarit y Yucatán los organismos autónomos pueden demandar o ser demandados en controversia cuando surja un conflicto con el Poder Legislativo o Ejecutivo, municipios o, incluso, entre los propios órganos autónomos.

En Guanajuato no se emplea el término controversias constitucionales para hacer referencia a este tipo de conflictos, sino el de controversias legales. En esta entidad se contempla como uno de los supuestos, los conflictos de límites territoriales que se originen entre los municipios del estado. En Tlaxcala, por el contrario, al señalarse los supuestos que se pueden dar en este tipo de juicios se establece que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia no puede analizar cuestiones relativas a límites territoriales de los municipios, los cuales serán resueltos por el Congreso del estado.

La legitimación procesal activa se confiere, regularmente, a los poderes estatales, en cuanto se trata de una disputa entre ellos respecto de las atribuciones que están delimitadas en las Constituciones locales. Por ello, en Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se reconoce legitimación a los municipios y a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el caso de los estados de Guanajuato y de México la legitimación se amplía al poder, y en esta última entidad también al estado, considerado en abstracto, y al comisionado de los derechos humanos.

Por su parte, en Querétaro y Tlaxcala se otorga legitimación también a la autoridad y a los particulares, así como a los partidos políticos en el caso de Tlaxcala. Y en Coahuila se extiende a cualquier persona, entidad u órgano que promueva la controversia.

Tienen legitimación procesal pasiva en los estados de Guanajuato, de México, Tamaulipas y Yucatán el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que sea objeto de la controversia (en el Estado de México se incluye al Estado). En Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, además de contemplar a los municipios, se realiza una mayor especificación al contemplar a los poderes Legislativo y Ejecutivo. En Tlaxcala, Querétaro y Nayarit se establece una fórmula muy genérica, pues podrán ser demandados la autoridad o autoridades que emitan y promulguen la norma que se impugne y, en su caso, las que hubieren ordenado, ejecutado o traten de ejecutar el acto o resolución combatidos. Es Coahuila el estado en el que se introduce una legitimación más extensa, ya que incluye a cualquier entidad, poder u órgano.

En Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Guanajuato, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán la vinculación entre concentración e instrumentos abstractos de constitucionalidad origina que los efectos de las sentencias sean *erga omnes*, siempre y cuando dichas resoluciones hayan sido aprobadas por el número de votos que cada legislación estatal contempla. En el caso de Veracruz se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros del Tribunal. En Chiapas, el voto de la mayoría de sus miembros (por más de cinco votos); en Tlaxcala, por cuando menos diez magistrados; en Guanajuato, la mayoría simple de votos de los integrantes del Pleno; en el caso de Quintana Roo una mayoría de por lo menos seis votos de los integrantes del Pleno; en el Estado de México por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional; en Nayarit cuatro votos de la Sala Constitucional, y en Tamaulipas al menos cuatro votos del Pleno, al igual que en Yucatán.

En el supuesto de que no se alcancen las mayorías indicadas, las sentencias tendrán efectos respecto a las partes en la controversia, con excepción de Tlaxcala, en donde si no se alcanza la mayoría indicada se desestima la impugnación. En Coahuila solamente se aplica este último supuesto, pues las sentencias en las controversias constitucionales tienen efectos exclusivos para las partes en conflicto.

Giovanni A. Figueroa Mejía

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (BELÉM DO PARÁ)

La violencia contra la mujer, en todas sus formas, es una preocupación muy seria de los movimientos contemporáneos feministas en las Américas. El reconocimiento del problema, después de haber sido ignorado por tantos años, se ha convertido en una prioridad para la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, y el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba), la CIM fue el primer órgano intergubernamental en el mundo creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer.

En 1990 la CIM convocó a la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia. Esta reunión extraordinaria para tratar específicamente el tema de la violencia que afecta a la mujer, definió el problema de la siguiente manera: “En su sentido más amplio, se entiende que la violencia comprende la agresión física, sexual y psicológica contra la mujer. No respeta ningún sector de la sociedad, y aunque el predominio de este problema puede parecer un fenómeno reciente, o de mayor ocurrencia actual... este aumento aparente de la violencia tiene su origen básicamente en el hecho de que el tema de la violencia contra la mujer ya no está escondido ni es prohibido”.

En año 1993 la Reunión Intergubernamental de Expertas para Considerar el Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Mujer y la Violencia celebró dos sesiones (en abril y octubre) y logró sus objetivos con tanta minuciosidad y celeridad que la CIM pudo convocar a una Asamblea Extraordinaria de Delegadas en abril de 1994 para estudiar y adoptar la Convención para presentarla a la Asamblea General. Después de ser adoptada por el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que tuvo lugar en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, varios gobiernos de los Estados miembros firmaron inmediatamente. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, no sólo reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, sino que la define en la esfera pública y privada. Hasta la fecha, treinta y dos Estados miembros de la OEA han adoptado y/o ratificado esta convención interamericana.

El 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil, se firmó la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Consta de cinco capítulos que contienen 25 artículos en total. El capítulo I es “Definición y ámbito de aplicación”, el capítulo II “Derechos protegidos”, el capítulo III “Deberes de los Estados”, el capítulo IV “Mecanismos interamericanos de protección”, y el capítulo V “Disposiciones generales”.

En su art. 1o. la Convención define la violencia contra la mujer como “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...”.

El principal derecho que protege esta Convención es el que se encuentra en el art. 3o.: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, se refieren esencialmente a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (art. 7o.).

Como mecanismo de protección, se prevé que los Estados partes informen a la Comisión Interamericana de Mujeres acerca de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer (art. 10).

Los Estados partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del art. 7o. de la presente Convención por un Estado parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 12).

Hasta la fecha (2013) es el único instrumento internacional vinculante sobre el tema específico de la violencia contra las mujeres.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

CORPUS IURIS INTERNACIONAL

Es el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para darle coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional.

La expresión *corpus iuris internacional* es una contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina jurisprudencial suprana-

cional; el concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999 (del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto del “Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”). La Corte Interamericana partió del criterio adoptado en 1970 por la Corte Internacional de Justicia, al estimar en su *Advisory Opinion* atinente a “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)”, en donde se resolvió que debían tomarse en consideración las transformaciones ocurridas en el tiempo (en ese caso, en los últimos 50 años precedentes a la resolución), y su interpretación no podía dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho, resultando que un instrumento internacional debía ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación, teniendo como consecuencia real e inmediata que el *corpus iuris gentium* se enriquece considerablemente (evoluciona), y el órgano de impartición de justicia no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

Con base en lo anterior, el tribunal interamericano refirió que existe en el orbe un cúmulo de instrumentos internacionales, los cuales se encuentran en continua evolución, ejerciendo un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Así, por ejemplo, al resolver dicha consulta, la Corte Interamericana refirió que el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la precitada Convención de Viena; asimismo, se enfatizó el valor de otros instrumentos universales de carácter no contractual, como el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

En esa misma línea jurisprudencial, al resolver la Corte Interamericana el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (sentencia del 19 de noviembre 1999), se aludió a que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como la Convención sobre los Derechos del Niño conforman un *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a ese tribunal para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la referida Convención Americana. Además, la sentencia también citó algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales: las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. Ello permite confirmar que el *corpus iuris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, la misma Corte Inte-

americana se refirió al *corpus iuris* de derechos y libertades consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ahí, a la par de los instrumentos citados en el caso de los “Niños de la Calle”, reconoció el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo como parte del *corpus iuris* internacional de protección de los infantes.

Es importante destacar que el origen de la cuestión proviene de la competencia por razón de materia que ejerce la Corte Interamericana, que conforme al art. 63.2 del Pacto de San José se circunscribe a cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de ese tratado. Empero, una interpretación gramatical de ese precepto conduciría a estimar que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos, así como para aplicar otros tratados interamericanos a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos, como son: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Conviene decir que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres categorías, las cuales pueden servir para ubicar ese *corpus iuris*: a) la primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) la segunda contiene a grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos; en cuanto a los primeros, se da cuenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a su vez, en el sistema americano se incluye a la Convención Americana y al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y c) la tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios, ha establecido la *praxis* de citar y utilizar no sólo convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales para informar la interpretación de la Convención Americana. Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para dicha Corte Interamericana, no menos veraz resulta que constituye una fuente importante de interpretación, lo que conduce a considerar que también las sentencias de esos órganos formarían parte de ese *corpus iuris*, a lo cual diversos autores denominan *diálogo entre cortes*.

CORTE CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 (ECUADOR)

Como en ocasiones anteriores, la Corte está integrada por nueve magistrados titulares y nueve alternos; el periodo de duración se incrementó a nueve años con renovaciones por tercios cada tres años, y no tienen reelección inmediata (art. 432 de la Constitución). Son designados mediante un sistema cerrado en que los poderes o funciones Legislativo, Ejecutivo y de Transparencia y Control Social intervienen presentando los candidatos, entre los cuales se hará la designación a través de una comisión calificadora (designada por las mismas tres funciones ya mencionadas) y mediante concurso de méritos (art. 434 de la Constitución).

Como se observará, este sistema de designación es cerrado, poco democrático, pues solo intervienen los candidatos señalados de antemano, lo cual es otro aspecto que caracteriza al hiperpresidencialismo ecuatoriano, que tiene su punto de partida en los preceptos de la propia Constitución.

La Constitución de 2008 ha mantenido, de modo general, las mismas competencias y atribuciones que en el último tiempo se confirieron al Tribunal Constitucional, a las cuales se han agregado otras que son positivas para el mejor desarrollo de su función controladora. Aparte de los dictámenes que debe dar la Corte Constitucional, sus atribuciones se enfocan a cuestiones de inconstitucionalidad y a pronunciarse sobre las acciones de garantías jurisdiccionales que conozca, para la protección de los derechos fundamentales (véase El Ecuador y el derecho procesal constitucional).

En materia de inconstitucionalidad tenemos:

a) Las relativas a los actos normativos de carácter general —leyes y otras normas jurídicas— que por la forma o el fondo puedan ser inconstitucionales; esta declaratoria tiene efectos de invalidez de la norma.

b) La inconstitucionalidad de normas conexas cuando en los casos que conoce existan normas contrarias a la Constitución; aquí sus miembros pueden actuar de oficio, lo cual es una excepción puesto que generalmente actúan a petición de parte.

c) Respecto de los actos administrativos con efectos generales objetados por inconstitucionales, igualmente la inconstitucionalidad conlleva la invalidez del acto.

d) La inconstitucionalidad por omisión, que es nueva en el Ecuador, dispone que en los casos en que el poder público olvide poner en práctica los mandatos constitucionales, dentro del plazo señalado por la carta magna o en un plazo razonable, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y si la omisión no se subsana el órgano constitucional deberá, con carácter provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido. Este último aspecto convierte a los miembros de la Corte en legisladores temporales, cuestión no exenta de complicaciones.

Además, la Corte Constitucional debe dirimir aquellos casos de conflictos de competencias o de atribuciones entre las funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución, es decir, no se trata de competencias determinadas por la ley.

En materia de dictámenes, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción “cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales” (art. 436.8); sin embargo, de esta clara disposición constitucional la ley pertinente extendió el control a todo estado de excepción aunque no se decrete la suspensión de derechos fundamentales (lo cual en principio es óptimo pero no es lo que dispone la norma constitucional). Si bien en el estado de excepción el presidente de la República debe notificar de esta decisión dentro de cuarenta y ocho horas a la Corte (art. 166), ésta puede actuar de oficio.

Entre otros dictámenes a ser dados por la Corte y que señala la Constitución están: en aquellos tratados —señalados por la carta magna (art. 419)— que de alguna manera comprometen la soberanía del Estado, tiene el carácter de previo para que el Legislativo pueda aprobar el tratado (art. 438.1); las objeciones que por razones de inconstitucionalidad realice el presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. En el Ecuador este tipo de control preventivo es antiguo, el primero se dio en el siglo XIX (Constitución de 1869).

Asimismo, la Corte Constitucional —de manera previa también— emite sus dictámenes sobre las convocatorias a consultas populares “de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados” (art. 438.2). Otro caso novedoso se presenta cuando el Legislativo quiere plantear un juicio político en contra del presidente o del vicepresidente de la República, en cuyo caso debe obtener previamente un dictamen de admisibilidad (art. 129); esta situación nunca la contempló el constitucionalismo ecuatoriano, cuestión que hoy se explica a causa del hiperpresidencialismo que busca el debilitamiento del Legislativo.

Si bien es diferente, vale mencionar que en los casos de disolución de la Asamblea Legislativa o de destitución del presidente, cuando la causal es la arrogación de funciones (arts. 130.1 y 148), la Corte Constitucional previamente dará su dictamen de admisibilidad.

Otras atribuciones de la actual Corte Constitucional son:

La de expedir sentencias que formen jurisprudencia vinculante en relación con las acciones de hábeas corpus, hábeas data, de protección, acceso a la información pública, de cumplimiento, “y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (art. 436.6). Esta última disposición revela el concepto flexible que hoy reviste la sentencia ejecutoriada.

Se establece que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales debe ser conocido y sancionado por la Corte, cuestión que no debe ser confundida con la acción *por* incumplimiento. Algunos consideran que este tipo de petición a la Corte Constitucional se agrega a las seis acciones de garantías jurisdiccionales; personalmente no creo que tengan esa categoría.

Cabe anotar que la actual Constitución reconoce a la Corte como órgano de interpretación constitucional; curiosamente, en el Ecuador por diversas razones esta atribución quedó radicada en el Legislativo contra toda lógica.

También se debe señalar que en la Constitución vigente se eliminó una forma de modelo difuso de control de constitucionalidad por parte de los

jueces ordinarios, conocido como sistema de inaplicabilidad. Desde la carta política de 1967, el Ecuador estableció el modelo difuso junto al concentrado ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la época. Para entonces, se facultó a la Corte Suprema para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución con efectos *inter partes*, en los casos que estuvieren bajo su conocimiento y resolución.

El texto constitucional de 1998 amplió esta atribución permitiendo que todos los jueces y tribunales puedan declarar la inaplicabilidad, no sólo a petición de parte sino incluso de oficio, y —como es obvio— sin perjuicio de resolver la cuestión principal de la causa. La inaplicabilidad debía ser informada al Tribunal Constitucional para que lo resolviera con efectos *erga omnes*. Este sistema de inaplicabilidad tuvo un desarrollo aceptable. Ahora, en su reemplazo se ha establecido que el juez, de oficio o a petición de parte, suspenda la tramitación de la causa y envíe en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la cual debe resolver la constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días; caso contrario —si transcurre este plazo sin resolverse la cuestión— “el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente” (art. 428 de la Constitución).

Hernán Salgado Pesantes

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

La justicia constitucional en Guatemala y la creación por primera vez de una Corte de Constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1965, aunque no se trataba de un tribunal permanente, porque se integraba cada vez que se presentaba una acción de inconstitucionalidad de ley. Regula por primera vez el sistema mixto, sistematizando por una parte la declaratoria de inconstitucionalidad para casos concretos (*control judicial difuso* introducido en la reforma constitucional de 1921), por el cual las partes pueden plantear en cualquier instancia y en casación, antes de dictar sentencia, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Y la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios (*control concentrado*) en vía principal, de leyes o disposiciones gubernativas que contuvieren vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

En la Constitución Política de 1985 se establece la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado, permanente e independiente, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. El título VI, lo regula con el nombre de “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”; se mantienen las tres instituciones de garantía constitucional conocidas en nuestro derecho: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, en sus sistemas difuso y concentrado. Se constituye como el primer tribunal de esta naturaleza en Latinoamérica.

La Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad le asigna a la Corte de Constitucionalidad las siguientes funciones:

a) Conocer en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general.

b) Conocer en única instancia en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República.

c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia.

d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad.

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Esta Corte, conforme el art. 269 constitucional, se integra con cinco magistrados titulares con su respectivo suplente. Duran en sus funciones cinco años y la Presidencia se ejerce por los mismos magistrados titulares que la integran, en forma rotativa, en periodos de un año, comenzando por el de mayor edad, y siguiendo en orden descendente de edades.

Son designados de la siguiente forma: *a)* un magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; *b)* un magistrado por el Pleno del Congreso de la República; *c)* un magistrado por el presidente de la República en Consejo de Ministros; *d)* un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y *e)* un magistrado por la Asamblea General del Colegio de Abogados.

En lo referente a las calidades de los magistrados, deben poseer dentro de sus cualidades personales, el ser de reconocida honorabilidad, poseer por lo menos quince años de graduación profesional, ser abogado colegiado y guatemalteco de origen.

El Pleno de la Corte, que se conforma con los cinco magistrados titulares, lo dirige el presidente de la Corte, quien es la autoridad administrativa responsable. Los magistrados suplentes integran la Corte en caso de ser llamados para resolver los asuntos en que se requiere el conocimiento de siete magistrados o en el caso de que algún titular se hubiere excusado.

En relación con el control de constitucionalidad de normas, conoce:

a) De la acción directa de inconstitucionalidad (*control concentrado*), en la cual las sentencias poseen efectos *erga omnes*; a través de ella se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

b) Es importante destacar en cuanto a la legitimación activa, que en esta clase de inconstitucionalidad se introdujo la “acción popular”, que permite

su planteamiento por cualquier persona únicamente con el auxilio de tres abogados.

c) Además, de conformidad con el art. 134 de la Ley de Amparo, están legitimados para promoverla: 1) la Junta Directiva del Colegio de Abogados; 2) el Ministerio Público; 3) el procurador de los Derechos Humanos, y 4) cualquier persona con el auxilio de tres abogados.

d) Inconstitucionalidades en casos concretos: prescriben los arts. 272, inciso *d*, de la Constitución, y 163, inciso *d*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que la Corte tiene competencia para: “Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia”. En este caso no existe acción popular y los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Es requisito imprescindible acreditar el interés jurídico con que procede, que regularmente se presenta en los procesos judiciales. La sentencia se concreta a declarar la inaplicabilidad de la norma al proceso respectivo por contrariar la Constitución, pero no se anula.

En relación con el amparo, es un instrumento de garantía introducido en las reformas constitucionales de 1921, tomado del modelo mexicano, y a partir de la cual se introdujo en todas las Constituciones, hasta la actual de 1985, en donde adopta un sistema mixto con el español de 1978.

La carta magna establece: “el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan” (art. 265).

La competencia de la Corte, conforme se encuentra constituida, permite decidir una amplia gama de asuntos con relevancia para la protección del orden constitucional.

Mauro Roderico Chacón Corado

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Pacto de San José”) y otros tratados de similar naturaleza en casos en donde sea competente. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conforman el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (sistema interamericano), que constituye un medio subsidiario y complementario a las instituciones estatales en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

La Corte fue creada como resultado de la adopción del Pacto de San José el 22 de noviembre de 1969, instrumento que entró en vigor el 18 de julio de 1978 al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por

un Estado miembro de la OEA. Quedó integrada el 22 de mayo de 1979, fecha en que la Asamblea General de la OEA eligió a los primeros jueces que la compondrían. Su primera sesión fue celebrada en la sede de la OEA, en la ciudad de Washington, D.C., los días 29 y 30 de junio de 1979. Meses más tarde se realizó la instalación de la sede permanente en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, lugar donde la Corte permanece hasta la actualidad. La primera sentencia de fondo de la Corte emitida en ejercicio de su jurisdicción contenciosa fue el paradigmático *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988, relacionado con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de agentes del Estado.

La Corte está compuesta por siete jueces, para un periodo de seis años. Pueden ser reelegidos una vez, permaneciendo en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, aun cuando su mandato haya terminado, los jueces siguen conociendo de los casos a que ya se han abocado y que se encuentran en estado de sentencia, a cuyos efectos no son sustituidos por los nuevos jueces elegidos. No podrá haber dos jueces de la misma nacionalidad. Cada dos años se elige al presidente y vicepresidente, en votación secreta de los jueces titulares presentes, con posibilidad de reelección.

Los jueces son elegidos en la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuesta por los Estados partes de la Convención, en votación secreta, y por mayoría absoluta de votos de esos mismos Estados. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, quienes pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Esto último significa que es posible que un ciudadano de un Estado que no es parte de la Convención Americana sea elegido juez de la Corte, como sucedió con el jurista estadounidense Thomas Buergenthal, en 1979, que fue propuesto por Costa Rica.

Para ser nombrado juez se requiere cumplir con los siguientes requisitos: ser nacionales de alguno de los Estados miembro de la OEA; ser elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral; gozar de una reconocida competencia en materia de derechos humanos, y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Ante el fallecimiento o renuncia de un juez titular se nombrará un *juez interino* para reemplazarlo, debiendo completar el periodo faltante; asimismo, sólo en casos contenciosos interestatales puede nombrarse un *juez ad hoc* en el supuesto en que entre los jueces llamados a conocer del caso, ninguno fuese de la nacionalidad de los Estados partes.

Las *competencias y funciones* de la Corte se despliegan en las siguientes vertientes: consultiva, contenciosa (individual e interestatal, y de supervisión), preventiva y reguladora.

La *competencia consultiva* otorga atribuciones a la Corte para conocer y resolver consultas sobre cuestiones relevantes en materia de derechos humanos presentadas por los Estados parte de la OEA y por otros de sus órganos, tales como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión Interameri-

cana de Derechos Humanos. La función consultiva comprende dos hipótesis: la primera, la interpretación de las disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos; la segunda se refiere a la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales. La Corte ha emitido 20 *opiniones consultivas* hasta enero de 2014 (teniendo una pendiente por resolver sobre niñez migrante), mismas que han abordado temas como la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, las restricciones a la pena de muerte, entre otras.

La *competencia contenciosa* otorga a la Corte atribuciones para conocer de casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Para ello, es requisito que el Estado parte en el caso haya reconocido dicha competencia. Han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte 23 Estados miembros de los 35 que conforman la OEA, habiendo denunciado la Convención dos Estados: Trinidad y Tobago (1999) y Venezuela (2013). Sólo los Estados parte (en conflictos interestatales) y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Por lo tanto, los individuos no tienen derecho a presentar peticiones de manera directa ante la Corte. Igualmente, es necesario que se agote el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Cuando la Corte conozca de un caso y decida que existió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención u otro tratado, dispondrá en la sentencia que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y dispondrá, en caso de ser necesario, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables. La Corte ha resuelto 172 casos en ejercicio de su jurisdicción contenciosa hasta enero de 2014, ninguno de ellos relativo a conflictos entre Estados hasta el momento.

La *competencia contenciosa* incluye la *competencia de supervisión*, la cual permite a la Corte verificar el cumplimiento de los deberes del Estado derivados de sus resoluciones. Esta competencia no está expresamente establecida en el Pacto de San José, pero la Corte ha entendido que dicha función es inherente a su jurisdicción, considerando la naturaleza y los valores comunes en los que se inspira la Convención Americana. En consecuencia, la Corte tiene la facultad de solicitar a los Estados responsables la presentación de informes sobre las gestiones para dar aplicación a las medidas de reparación ordenadas por ella en casos contenciosos, de evaluar dichos informes y de emitir resoluciones sobre el cumplimiento de sus fallos. Los medios para controlar el cumplimiento de las resoluciones incluyen ordenar a las autoridades ejecutivas o administrativas la ejecución forzada de los fallos, cambios legislativos, anulación de sentencias, entre otros. En este sentido, la Corte además puede señalar en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus resoluciones.

La *competencia preventiva* permite a la Corte adoptar las medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo, o a solicitud de la Comisión Intera-

americana, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas. Las características principales de estas medidas es que son temporales, teniendo un doble carácter: *cautelar*, al buscar mantener la situación jurídica en un caso concreto, y *tutelar*, al buscar la preservación efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando enfrentan situaciones de extrema gravedad y urgencia. Más de 25,000 personas han sido beneficiarias de estas medidas. Los beneficiarios pueden ser individuos, comunidades o incluso colectivos de personas, siempre y cuando puedan ser identificables por elementos objetivos.

La Corte posee también *facultades reguladoras* en general, las cuales incluyen la capacidad autónoma de adoptar su Reglamento, designar su secretario, y aprobar el presupuesto de gastos, entre otras.

La fuente principal de derecho que la Corte utiliza en el ejercicio de su jurisdicción *rationae materiae* es la Convención Americana. Sin embargo, la Corte puede también pronunciarse sobre violaciones a otros tratados que están estructuralmente ligados al Pacto de San José, que gozan de una cláusula que otorga dicha competencia de manera implícita o explícita, y que han sido ratificados por el Estado parte en un caso. Estos instrumentos incluyen los dos protocolos adicionales a la Convención Americana, relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte. Asimismo, comprenden la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Además, la Corte también puede utilizar otros instrumentos internacionales de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones establecidas en el Pacto de San José; esto sucede, por ejemplo, con la utilización de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte celebra actualmente seis periodos de sesiones al año, que pueden ser ordinarias (en su sede) y extraordinarias (fuera de su sede). El quórum para las deliberaciones es de cinco jueces, y las decisiones de la Corte se toman por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte”) es una institución judicial autónoma, ubicada en San José de Costa Rica. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En la función jurisdiccional de la Corte, ésta debe determinar si existen violaciones a la Convención y, en su caso, declarar la responsabilidad estatal, velar por la protección de los

derechos y establecer la reparación requerida. La Corte tiene su origen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “Convención”) adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, aunque el funcionamiento de la Corte inició hasta 1979 al aprobarse su Estatuto. Las funciones, mandato y organización de la Corte tienen sustento en la Convención, su Estatuto y su Reglamento.

La Corte se compone por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, mismos que son elegidos por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, por un periodo de seis años y con derecho a ser reelegidos una vez.

La Corte procesa casos que le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los Estados (la CIDH es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para poner en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos), o casos de Estados en contra de Estados y responde a peticiones de opiniones consultivas cuando los Estados u organismos de la Organización de Estados Americanos (OEA) solicitan la interpretación del marco jurídico interamericano.

La Corte debe verificar oficiosamente su competencia para conocer de un caso en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, de la materia objeto de controversia y en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la CIDH. La Corte tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. En este sentido, la Corte sólo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa.

Al conocer de algún asunto, la Corte tiene las siguientes facultades (contenidas en el art. 63.1 de la Convención): *a*) la de disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la misma declare han sido afectados en ellos; *b*) la de ordenar la reparación de los derechos vulnerados y el pago de una indemnización a la parte lesionada, y *c*) la de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas.

En relación con el derecho a la reparación, la Corte ha establecido que éste es un principio de derecho internacional. Así, ha determinado que la reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización. La Corte, en su jurisprudencia, se ha basado en la noción de reparación integral que comprende medidas de indemnización (como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales), restitución (restablecimiento de la situación existente antes de la violación a un derecho), compensación (pagos), rehabilitación (medidas de atención médica y psicológica para atender necesidades de las víctimas), satisfacción (medidas para redignificar a las víctimas) y garantías de no repetición (medidas para que no vuelvan a ocurrir las violaciones a derechos humanos en cuestión).

Cuando un caso es sometido a la jurisdicción de la Corte, su función se centra en analizar los hechos a la luz de la Convención u otros instrumentos

aplicables; determinar si los peticionarios son víctimas de las violaciones a derechos humanos alegadas; en su caso establecer la responsabilidad internacional; determinar si el Estado en cuestión debe adoptar medidas de reparación —mencionadas anteriormente—, y finalmente supervisar el cumplimiento de sus decisiones. El fallo de la Corte es definitivo e inapelable.

Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones de sus convenios. En este sentido, si un Estado se rehúsa a cumplir una sentencia de la Corte se estaría violando uno de los principios más importantes y fundamentales de la jurisprudencia internacional y de la mecánica jurídica de los tratados: el *pacta sunt servanda*, que prescribe la obligatoriedad de los pactos y de esta forma exige el cumplimiento de buena fe de los mismos.

No obstante lo anterior, en el sistema interamericano, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias con posterioridad a la emisión de las decisiones, y con fundamento en el reglamento de la Corte, ésta requiere informes de los Estados respecto del cumplimiento de las sentencias, mismos que serán observados y comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, y de estimarlo conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, se determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Posteriormente la Corte somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior, en el cual señala los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. En este sentido, el 29 de junio de 2005 la Corte emitió una resolución relativa a la aplicabilidad del art. 65 de la Convención, en la que estableció que si el Estado en cuestión no acredita el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su informe anual a la Asamblea General. Sin embargo, a la fecha no se ha puesto en práctica esta disposición que faculta a la Corte a remitir los casos de incumplimiento de sentencias a la OEA.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (MEDIDAS PROVISIONALES)

Una de las competencias fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la facultad de otorgar “medidas provisionales”, que deben diferenciarse de las “medidas cautelares” que dicta la Comisión Interamericana. Las medidas provisionales tienen su fundamento en el art. 63.2 del Pacto de San José, que prevé que “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión [Interamericana]”.

La consagración de estas medidas en el Pacto de San José denota indiscutiblemente el *carácter vinculante* de las mismas respecto a los Estados partes de dicho instrumento internacional.

La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas provisionales dictadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen un doble carácter. Por un lado poseen un carácter *cautelar*, que tiene por objeto asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo a través del resguardo del procedimiento hasta la emisión de una decisión final, y por otro lado un carácter *tutelar*, puesto que busca la preservación efectiva de los derechos fundamentales en riesgo para evitar daños irreparables a las personas. Este último aspecto es el que ha permitido afirmar que la naturaleza jurídica de estas medidas sea de *auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*.

El otorgamiento de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, por su propio objeto y naturaleza jurídica, constituye siempre una protección preventiva; no determina una sentencia provisoria, y a través de ellas tampoco se prejuzga sobre los méritos de una petición o un caso sobre el fondo sometido ante el sistema interamericano. Tampoco su adopción determina por sí misma el inicio del proceso, pues es posible que existan medidas sin que se presente un caso ante la Corte.

Sin embargo, cabe destacar que no toda situación o potencial violación a los derechos humanos amerita el otorgamiento de las medidas. La Convención Americana establece los requisitos que deben ser verificados, a saber: a) una situación de *extrema gravedad* y *urgencia*, y b) la necesidad de *evitar daños irreparables* a las personas.

De acuerdo con el Reglamento de la Corte, las medidas provisionales pueden ser solicitadas a la Presidencia de la Corte, a cualquiera de los jueces, o a la Secretaría del Tribunal, por cualquier medio de comunicación. Si la Corte no se encuentra reunida al recibir la solicitud, la Presidencia de la Corte, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá que el Estado en cuestión dicte las providencias urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las posibles medidas provisionales que pueda tomar la Corte. Una vez que ésta se reúna podrá *confirmar*, *ampliar* o *modificar* las medidas dispuestas por la Presidencia.

La Convención Americana ha previsto que, independientemente de la existencia o no de un caso ante la Corte Interamericana, ésta tiene competencia para otorgar dichas medidas. El Reglamento de la Corte dispone que cuando ella se encuentra conociendo un caso sobre el fondo del asunto, puede otorgar las medidas en “cualquier estado del procedimiento”. Esto puede hacerlo tanto a *instancia de parte* como *de oficio*. Siguiendo la reiterada jurisprudencia del tribunal, otorgar las medidas “en cualquier estado del procedimiento” comprende desde el inicio mismo del proceso en curso hasta, incluso, la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso contencioso que se trate, siempre que se configure una situación de extrema gravedad y urgencia, y a través de dichas medidas se pueda evitar un daño irreparable a las personas.

Ahora bien, cuando un caso no haya sido sometido al conocimiento de la Corte, ya sea porque el fondo del asunto se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o porque no existe un pro-

cedimiento sobre el fondo ante el sistema interamericano, la Corte puede adoptar estas medidas siempre y cuando sean solicitadas por la Comisión. Sin embargo, una vez que la Corte decide otorgar las medidas en un determinado asunto de estas características, éste cae bajo su jurisdicción —en lo que respecta a las medidas— y continúa bajo la misma hasta que se decida su levantamiento; por tanto, las medidas sólo pueden ser modificadas o revocadas por decisión de la Corte, careciendo la Comisión de competencia para revocarlas o dejarlas sin efecto. Sin embargo, la Comisión —al igual que las partes en el procedimiento— puede solicitar que se modifiquen, amplíen o levanten si se configura alguna alteración en las circunstancias que sirvieron de fundamento para adoptarlas o porque las mismas han cumplido su fin.

En lo que respecta a los *derechos protegidos*, ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Corte establecen un catálogo cerrado de los derechos que son susceptibles de ser salvaguardados mediante este mecanismo de protección. Debe entenderse, por tanto, que la Corte tiene la posibilidad de otorgarlas respecto de cualquier derecho siempre que se configure una situación de extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables.

Si bien la práctica de la Corte en un principio se enfocaba esencialmente a ordenar las medidas provisionales para proteger el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral) de personas vinculadas a un procedimiento ante el sistema interamericano, la práctica subsiguiente ha ampliado el otorgamiento de medidas para proteger a los individuos frente a las más variadas situaciones; por ejemplo, en contra de expulsiones y deportaciones, desplazamientos forzados, protección a la salud, protección a los derechos políticos, a la propiedad comunitaria y a los recursos naturales, entre otros.

En cuanto a los *beneficiarios*, en su práctica inicial la Corte consideraba indispensable que los mismos se encontraran debidamente individualizados, ya que no era factible ordenar medidas innominadas para proteger genéricamente a personas que se hallen en una determinada situación. A partir de 2002 la Corte admitió la protección de *colectivos* de personas que si bien no se encontraban individualizadas, eran *identificables* por elementos objetivos. Con el establecimiento de este criterio, la pertenencia a un determinado grupo o comunidad, o ser parte de un centro penitenciario o incluso de un medio de comunicación u organización no gubernamental, abre la posibilidad para ser beneficiario de medidas provisionales. En la actualidad, aproximadamente el 16% de las medidas otorgadas por la Corte se refieren a asuntos con beneficiarios no individualizados.

Como su mismo nombre lo indica, estas medidas tienen un *carácter temporal* y, por lo tanto, han de permanecer vigentes mientras duren las circunstancias que las generaron. Si bien la Corte puede, desde la primera resolución en la que las otorga, indicar el tiempo de duración de las mismas, tras verificar la subsistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia puede decidir prolongarlas por otro lapso temporal, e incluso por un tiempo indeterminado. Esta situación ha llevado a que varias medidas provisionales sigan vigentes luego de años de su adopción.

La *supervisión de las medidas provisionales* se realiza mediante la presentación de informes estatales y de las observaciones a dichos informes por parte de

los beneficiarios de dichas medidas. Asimismo, la Comisión Interamericana presenta observaciones a los informes del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas. En caso de observarse que las medidas han cumplido su objetivo o no persisten las circunstancias que las motivaron, la Corte ordenará su levantamiento.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OPINIONES CONSULTIVAS)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. Su función consultiva se rige por las disposiciones del art. 64 de la Convención. Por su parte, el citado precepto de la CADH dice, textualmente: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

El origen de las opiniones consultivas no es reciente; por ejemplo, según el art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o cualquier cuestión que le fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. En la actualidad, el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad la posibilidad de solicitar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. En ciertas condiciones, otros órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas pueden solicitar a la CIJ opiniones consultivas, pero no autoriza para ello a los Estados miembros (párr. 15, OC-1/82). Por su parte, el art. 47 del Convenio Europeo de Derechos Humanos faculta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.

Por tanto, la función consultiva que confiere a la Corte IDH el art. 64 de la CADH solo tiene paralelo con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en función de lo dispuesto por el art. 4o. del Protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que establece la creación de la Corte: “Artículo 4o. Opiniones consultivas. 1. A petición de

un Estado miembro de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de cualquier órgano de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA, la Corte podría realizar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica respecto a la Carta o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos...”.

La función consultiva tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en éste ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA (OC-1/82).

El Reglamento de la Corte IDH, en sus arts. 70 a 72, se refiere a la materia objeto de la consulta:

1) *Interpretación de la CADH*. Las solicitudes de opinión consultiva deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las solicitudes formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente o de los delegados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

2) *Interpretación de otros tratados*. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el art. 64.1 de la CADH, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

3) *Interpretación de leyes internas*. La solicitud presentada de conformidad con el art. 64.2 de la CADH deberá señalar: *a)* las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; *b)* las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, y *c)* el nombre y la dirección del agente del solicitante. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Con respecto a este último supuesto, la Corte IDH ha considerado que esta posibilidad de consulta alcanza también las hipótesis de proyectos de leyes, sin constreñirse a normas jurídicas que han entrado en vigor (OC-12/91).

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido, adicionalmente, la posibilidad de opinar acerca de derechos contenidos en tratados internacionales que no tienen por objeto principal los derechos humanos (OC-16/99).

En cuanto al procedimiento, el art. 73 del Reglamento dispone: “1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al secretario general y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente. 4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

Con referencia específica a la audiencia, la Opinión Consultiva no. 16 tiene una importancia especial al haber contado con un procedimiento consultivo muy variado, en el que, a la par de los ocho Estados intervinientes, hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONGs de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte.

Todo juez que haya participado en la emisión de una Opinión Consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte IDH su voto razonado, disidente o concurrente.

La Corte IDH ha establecido que el sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del art. 64.1 de la CADH, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el art. 64, la Corte IDH carecería de competencia para emitir su opinión (OC-15/97). La Corte IDH también rechaza que se puedan presentar como solicitudes de opinión consultiva casos contenciosos encubiertos (OC-14/94). Concomitantemente, la Corte IDH podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención, ya sea por otra razón análoga (OC-1/82).

Al analizar si las opiniones consultivas tienen carácter vinculante, Juan Carlos Hitters sugiere que, si bien en principio la respuesta parece ser negativa, también es cierto que estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos. “Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos,

en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”, concluye Hitters. Pedro Nikken sostiene, por una parte, que el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH es jurisdiccional y, por otra, que las opiniones consultivas de la Corte IDH son jurisprudencia internacional. Por su parte, Florentín Meléndez sostiene que las opiniones consultivas son vinculantes y que un Estado de derecho no sólo debe acatarlas sino que debe disponer de los medios y las medidas para que la violación de esos derechos no vuelva a repetirse. Finalmente, de acuerdo con Fabián Salvio, una interpretación *pro personae* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la CADH u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la OEA; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH en cualquiera de las funciones que la CADH le asigna.

Como da cuenta el Informe Anual 2012 de la Corte IDH, las opiniones consultivas son instrumentos útiles para que los Estados y los mismos órganos de la OEA consoliden y amplíen, sin esperar una violación a los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano, a través de la creación de estándares claros y vigorosos para la promoción, defensa y garantía de los derechos humanos en el hemisferio. A través de sus numerosas opiniones consultivas, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva de la Corte; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; hábeas corpus bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana, y el art. 55 de la Convención Americana.

A la fecha, la Corte IDH ha emitido veinte opiniones consultivas, seis fueron solicitadas por la CIDH, cuatro por Costa Rica, tres por Uruguay, dos por México y una, respectivamente, por Argentina, Colombia, Chile, Perú y Venezuela.

Cynthia Chanut Esperón

CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

Tribunal internacional permanente creado por el Estatuto de Roma (1998) para el conocimiento de delitos que agravan a la humanidad. Constituye una

expresión del derecho internacional penal, que a su turno establece los tipos penales que revisten aquella gravedad y afectan bienes jurídicos que interesan prioritariamente a la humanidad en su conjunto, y motivan y justifican la actuación punitiva de la comunidad de naciones.

La constitución de este ente jurisdiccional en el marco de la Organización de las Naciones Unidas tiene antecedentes en el siglo XIX, a partir del derecho internacional humanitario y de las iniciativas de Gustave Moynier para sancionar violaciones a la Convención de Ginebra y sus artículos adicionales. Al término de la Primera Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda procuraron, sin éxito, el enjuiciamiento del ex *kaiser* Guillermo I, bajo el cargo de “delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Holanda negó la extradición del inculcado. Posteriormente, el barón Descamps propuso la formación de una corte penal internacional, propuesta que apareció nuevamente, a propósito de la lucha internacional contra el terrorismo, a raíz del atentado contra el rey de Yugoslavia (Marsella, 1934). De esto provinieron dos proyectos de convenio (Ginebra, 1937), que no alcanzaron las ratificaciones necesarias para su vigencia.

En la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos asilados en Gran Bretaña y los líderes políticos de las más poderosas naciones aliadas replantearon la idea de crear un tribunal penal internacional para juzgar a los criminales de guerra nazis. Con este fundamento se integró el Tribunal de Núremberg, constituido por acuerdo del 8 de agosto de 1945 e integrado con jueces de Gran Bretaña, Estados Unidos, Unión Soviética y Francia. Actuó con base en un Estatuto que definió las conductas ilícitas determinantes de su competencia y emitió condenas a muerte y a privación de libertad. En el frente oriental despachó, para los mismos fines, el Tribunal de Tokio. En todos los casos se trataba de juzgar a *individuos* responsables de los crímenes materia de la competencia de estos tribunales. El enjuiciamiento de individuos —no de Estados— figura entre los principios de derecho internacional penal acuñados por aquellos tribunales.

La comunidad internacional mantuvo viva la idea, largamente analizada, de instituir una jurisdicción penal permanente, por determinación de los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, que ejerciera sus atribuciones a partir de uno o varios ordenamientos sustantivos, procesales y ejecutivos. En el curso de los trabajos conducentes al establecimiento de este órgano, las condiciones vinculadas a conflictos armados regionales determinaron la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para disponer tribunales especiales —acotados temporal, material y personalmente— a fin de conocer de las graves violaciones perpetradas en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

Finalmente se emitió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, el 17 de julio de 1998, por mayoría de votos de los Estados presentes en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. El Estatuto, en el que se acogen corrientes de diversa procedencia —derecho continental europeo y *Common Law*, sobre todo— regula la organización del tribunal: autoridades que lo componen (dieciocho magistrados, una Fiscalía y otras dependencias) y sus respectivas atribuciones; las normas de derecho

penal material que recogen especificaciones sobre la responsabilidad penal y los tipos penales; previene el procedimiento a seguir desde la investigación de los hechos probablemente delictuosos (por parte de la Fiscalía *motu proprio*, a instancia del Consejo de Seguridad o por remisión de un Estado parte en el Estatuto) hasta la emisión de una sentencia, y establece reglas para la ejecución de penas, que incluye revisión y abreviación o reducción de sanciones.

Para la intervención de la Corte Penal se atiende al principio de subsidiariedad: corresponde a las jurisdicciones nacionales, ante todo y principalmente, la jurisdicción sobre los delitos contemplados en el Estatuto de Roma; la justicia internacional sólo actuará de manera complementaria cuando la nacional sea insuficiente, inoperante o indiferente. Los Estados partes en el Estatuto aceptan soberanamente la competencia de la CPI respecto a los crímenes sujetos a la competencia material de ésta. No existe cláusula facultativa en este ámbito, como la hay en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno en proceso de elaboración. Aquéllos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (arts. 5o. y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (art. 70). A los tipos mencionados se agrega el crimen de agresión, cuya caracterización ha tropezado con problemas constantes. En la Conferencia de revisión del Estatuto (Kampala, 2010) se invocó la resolución 3314 (XIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974, y la Conferencia “convino en calificar como agresión un crimen cometido por un líder político o militar que, por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

La CPI conoce de “casos” y “situaciones” en los que se plantea la posible existencia de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Hasta septiembre de 2013, cuatro Estados parte en el Estatuto de Roma habían remitido a la Fiscalía situaciones surgidas en sus respectivos territorios (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Mali). El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había presentado situaciones correspondientes a Darfur, Sudán y Libia. La Corte había autorizado a la Fiscalía a iniciar investigaciones *motu proprio* en Kenia y en Costa de Marfil. El 14 de marzo de 2012 se dictó la primera sentencia de condena, Thomas Lubanga Dyilo (República Democrática del Congo), sentenciado a 14 años de prisión, al cabo de un procedimiento iniciado el 26 de enero de 2009.

México se abstuvo en la votación en Roma, en 1998, debido a incompatibilidades entre algunas disposiciones del Estatuto y diversas normas de nuestra Constitución Política. Después de diversas vicisitudes y debates, México suscribió el Estatuto (*ad referéndum*, el 7 de septiembre de 2000) y reformó la Constitución para integrarse en el sistema de derecho internacional penal. La controvertida fórmula adoptada para este efecto quedó en el artículo 21 constitucional: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Esto supone determinaciones casuísticas del Ejecutivo y del Senado, fórmula que oculta una limitación para el ejercicio de la competencia del tribunal inter-

nacional, que carece de sustento en el Estatuto de Roma y pudiera generar conflictos. En septiembre de 2013 aún no se disponía de ordenamientos o reformas a leyes nacionales que facilitaran la cabal implementación del Estatuto en forma consecuente con el principio de complementariedad y la aplicación de aquél.

Sergio García Ramírez

CORTES SUPREMAS (CONTROL POLÍTICO)

Ya no es novedad que los poderes judiciales en general, y en especial las cortes supremas de justicia o equivalentes, han adquirido alrededor del mundo una importancia política desconocida en los últimos 60 años (Tate y Vallinder, 1995). Un número importante de decisiones que antes estaban fuera de la esfera judicial, por ejemplo la resolución de controversias electorales o los reclamos por violaciones a derechos sociales, ahora se procesan por esta vía.

A esta tendencia se la denominó judicialización de la política (Sieder *et al.*, 2005), e incluso hubo quienes comenzaron a hablar de “juristocracia” (Hirschl, 2004) para hacer referencia al proceso por el cual se transfirieron facultades de la esfera de los poderes representativos a los poderes judiciales. Situación que redundó en la necesidad de “gobernar” sin poder obviar a los jueces (Shapiro y Stone Sweet, 2002). El fortalecimiento de las cortes supremas de justicia o cortes constitucionales, según el caso, ha tenido lugar en países tan diversos como Canadá, Italia, Sudáfrica, Egipto, Colombia o México; no obstante, en América Latina todavía quedan muchas asignaturas pendientes en materia de independencia judicial.

De la mano de este viraje en el rol de los poderes judiciales, disciplinas del campo de las ciencias sociales, en especial la ciencia política, se interesaron en la comprensión del rol que juegan los máximos tribunales en los procesos políticos de los países, y, de manera cada vez más clara (por lo menos en América Latina), del rol que adquieren en la política internacional, por ejemplo en la política de derechos humanos (Ansolabehere, 2013).

En este marco se identifican tres formas de intervención de las cortes supremas en el espacio de la política organizadas desde la más tradicional a la más novedosa y exigente:

a) Arbitraje para la resolución de conflictos entre poderes del Estado, sobre todo en los países federales para la resolución de los conflictos entre Federación y estados. Esta ha sido parte de la competencia originaria tradicionalmente asignada a los máximos tribunales, como puede observarse en la Constitución Argentina (art. 117), de los Estados Unidos de América (art. III, sección 2) o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 105).

b) Control de la discrecionalidad del poder político, a través de su facultad de control jurisdiccional de constitucionalidad, y más recientemente de convencionalidad, mediante la cual pueden dejar sin efecto total o parcialmente las decisiones del Poder Ejecutivo o Legislativo cuando considere que las mismas son opuestas a la Constitución o a los tratados internacionales que tengan rango constitucional.

A diferencia de la función de arbitraje que se otorgó históricamente, es a la extensión de esta facultad a la que refiere la literatura para dar cuenta de la extensión del poder de los poderes judiciales. Este rasgo, que se consideraba una característica distintiva de los Estados Unidos de América a principios del siglo XIX, desde mediados del siglo XX se ha extendido a países del más diverso tipo. En América Latina, por ejemplo, ésta ha sido una tendencia clara desde los años noventa; 12 países de los 20 de la región realizaron reformas constitucionales orientadas a ampliar el poder de revisión constitucional de los máximos tribunales, o bien crearon tribunales constitucionales específicos como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, creada en la Constitución de 1991 (Inclán e Inclán, 2005).

Adicionalmente, es interesante destacar que dados estos cambios en la región se observa una diversidad de tipos de control de constitucionalidad en la medida en que no todos los países adoptaron modalidades similares (Navia y Ríos, 2005).

c) Impulso de políticas públicas para proteger y garantizar derechos, fundamentalmente derechos sociales.

Esta función probablemente es la más novedosa en la articulación de la relación entre cortes supremas y política. Supone la propuesta de desarrollo de políticas públicas o de la modificación de éstas (tanto procedimentales como sustantivas) para resolver un conflicto determinado fundamentalmente en materia de derechos. De acuerdo con ésta, las cortes supremas o constitucionales, además de arbitrar el conflicto entre poderes, o controlar la discrecionalidad política, podrían actuar como instancia propositiva para resolver omisiones de los poderes representativos. Los casos de la Corte Constitucional de la India, de Sudáfrica (Gauri y Brinks, 2008) o Brasil (Kapiszewski, 2012) son claros ejemplos de este tipo de intervenciones que implican nuevas formas de relación entre justicia y política en el mundo contemporáneo.

Esta última modalidad, íntimamente relacionada con el proceso de judicialización de las demandas por derechos humanos, de su justiciabilidad (Abramovich y Pautassi, 2009; Ferrajoli, 2003) traen aparejados nuevos dilemas en la relación entre justicia y política. Dilemas no sólo vinculados con la ya tradicional tensión entre constitucionalismo y democracia, sino también con la pertinencia y las consecuencias del activismo judicial pro-derechos, y el impacto real de este tipo de decisiones judiciales.

Karina Ansolabehere

CREACIÓN DE DERECHOS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Con estos términos se alude o hace referencia a la actividad que realizan los jueces constitucionales al sostener en sus sentencias criterios en los que afirman la existencia y/o tutela de algún derecho que no está recogido explícita, literal o expresamente en los textos legales, pero que derivan o desprenden de algún derecho de orden fundamental así expresado. Se trata, pues, de un concepto o, mejor dicho, fenómeno que tiene cabida en razón de las funciones que hoy se le reconocen a la función judicial y, más específicamente, aquellas

que se le reconocen al juez constitucional; sobre todo en contraposición con la concepción que, desde la tradición francesa heredada desde hace varios siglos en el derecho iberoamericano, se tenía sobre el juzgador.

En efecto, conforme a esa tradición, el juez era “la boca de la ley” y correspondía a éste la tarea de concretar en un determinado caso la voluntad que el legislador había expresado en abstracto, a través de la emisión de leyes. Esta forma de concebir la función del juzgador, con motivo de múltiples cuestiones que no es el caso ahora abordar, ha venido cambiando, destacadamente, en las últimas décadas, de modo tal que ahora se reconoce que la función del juez no es nada más ser el “aplicador” de las leyes emitidas por otros, sino que se le reconocen ampliamente mayores o menores facultades interpretativas (según la materia de que se trate) junto con el deber de proteger los derechos de las personas, y además se le reconoce la potestad de juzgar las propias leyes que debe aplicar para resolver el caso sometido a su jurisdicción, ya sea para invalidarlas o inaplicarlas. El alcance y la forma en que estas facultades del juez deben realizarse es materia de amplio debate en la filosofía del derecho, la teoría política y entre escuelas interpretativas; resumidos muy generalizadamente en una dicotomía “activistas” *vs.* “conservadores”.

En teoría, no se trata de que los jueces “creen” derechos, cual si antes fueran del todo inexistentes; más bien, esto es el resultado de que en ejercicio de su potestad interpretativa de la Constitución, al dotarle de contenido y alcance a través de la emisión de directrices de naturaleza dispositiva, su actividad supone una labor de configuración e integración normativa que va dotando de un sentido aproximado a las normas constitucionales abstractas, a través de la resolución de casos concretos. En este sentido, más que una labor creativa invasiva del Poder Legislativo, la tarea interpretativa implica una actividad creativa del juzgador que atribuye significado a las disposiciones constitucionales, de modo tal que de ese ejercicio pueden derivarse derechos o subderechos que subyacen, aun cuando no abiertamente, en el texto constitucional (se trata de un tema no del todo pacífico, en tanto algunos se han manifestado en el sentido de que bajo la forma de “interpretación” jurídica se ha dado paso a un activismo judicial que asume más bien posiciones propiamente legislativas).

Precisamente porque la creación de derechos por el juez constitucional se hace en el dictado de sus sentencias, esto se traduce en la creación de normas individualizadas (como son las sentencias) cuya efectividad, más allá de las partes del juicio, está sujeta a las reglas de validez y obligatoriedad que para el precedente judicial estén establecidas. Así, por ejemplo, si se trata de interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia en acción de inconstitucionalidad, que obtuvo ocho votos, se tratará de un sentencia cuyos criterios interpretativos serán extensivos y exigibles por cualquier persona, dados los efectos “generales” que puede tener ese tipo de sentencias (art. 105 constitucional). En cambio, si se trata de un criterio interpretativo que ha sostenido un juez de distrito, así sea que lo haya hecho en múltiples sentencias, no podrá adquirir la calidad de ser un criterio vinculante para el resto de los tribunales u operadores jurídicos (véase la legislación de amparo en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia). De hecho, en México es tan reglado el tema de la

obligatoriedad de los criterios judiciales, que el debate en torno a si es fuente formal o no de derecho está en gran parte sofocado de origen por especificarlo la ley; de modo que algunos criterios pueden llegar a considerarse prácticamente como “ley” por su obligatoriedad, y otros tan sólo como precedentes judiciales orientadores para quien los quisiera considerar.

Por otra parte, la creación de derechos por los jueces constitucionales en la gran mayoría de los casos se da en un contexto litigioso concreto (salvo cuando es en acción de inconstitucionalidad, por ser un medio de control abstracto); los criterios judiciales que así pueden caracterizarse tienen una “sombra”, siguiendo la terminología de López Medina (López Medina, 2006), o ámbito de aplicación estrecho; pues, idealmente, tendría que verificarse para su eventual invocación o aplicación la recurrencia de las mismas o asemejables condiciones normativas y de *facto*. En este sentido, la creación de derechos por el juez constitucional tiene una variación muy importante, prácticamente insalvable, con la actividad que se realiza por los órganos legislativos y que permite diferenciarlas de modo muy contundente.

La arraigada práctica mexicana de que se elaboren “tesis” de jurisprudencia a partir de las consideraciones sostenidas en las sentencias, y el que éstas sean, por protocolo (véase el Acuerdo General Plenario de la Suprema Corte 5/2003 que regula la elaboración de tesis), elaboradas a modo de *una abstracción del criterio*, por sí misma descontextualizada del resto del caso del que provienen y elaborada en términos conceptuales (en oposición a sobre problemáticas específicas) coadyuva a desdibujar las diferencias entre esta actividad jurisdiccional y la actividad propiamente legislativa, y no comunica bien la naturaleza del precedente judicial (Magaloni, A. L., 2011); suscita incluso debates en torno a la posibilidad de aplicar retroactivamente los criterios judiciales (al respecto pueden verse las tesis P./J. 145/2000, “Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley”, y 2a. XIV/2002, de rubro “Jurisprudencia. Los nuevos criterios son aplicables a los casos aún no decididos por el órgano jurisdiccional competente”).

Finalmente, es importante distinguir este concepto del diverso de “creación judicial del derecho” (en inglés, *judge made law*) en tanto que con este último generalmente se hace referencia a los sistemas jurídicos de corte sajón o de *Common Law*, en los que no prevalece un sistema de leyes escritas, como en los sistemas románicos como el nuestro, sino que su cuerpo normativo se conforma con el cúmulo histórico de los precedentes judiciales, y con base también en el sistema de *stare decisis* o vinculatoriedad del precedente característico del mismo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

CRÍMENES INTERNACIONALES

Si bien la doctrina internacional no cuenta con una definición clara y consensada sobre cuáles pueden considerarse crímenes internacionales, es posible afirmar que son aquellos actos u omisiones que han sido reconocidos por el derecho internacional como antijurídicos y que por su importancia y trascen-

dencia para la humanidad, su sanción no puede quedar de manera exclusiva y arbitraria a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

Mucho se ha cuestionado sobre cuáles constituyen las características que hacen que los crímenes alcancen el carácter de internacional; sin embargo, es posible afirmar que adquieren dicho carácter debido a que su brutalidad e inhumanidad alcanzan a afectar la conciencia de la comunidad internacional y, por tanto, de la humanidad en su conjunto.

Siguiendo a Antonio Cassese, existen cuatro elementos que determinan el carácter internacional de un crimen: 1) la existencia de responsabilidad penal internacional a nivel individual; 2) la norma que lo proscribe debe ser de carácter internacional y proteger valores considerados por toda la comunidad internacional; 3) debe ser sancionable, independientemente de que las normas estatales lo tipifiquen como delito, y 4) en caso de que el perpetrador haya actuado en una capacidad oficial como parte de un Estado, no debe existir la posibilidad de otorgar inmunidad.

En la actualidad se considera como *ius cogens* la proscripción internacional de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión y el genocidio, como crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte tendencia doctrinaria para considerar también en esta categoría al terrorismo, la tortura, la esclavitud, la desaparición forzada, la piratería y las ejecuciones extrajudiciales.

Lo anterior encuentra sustento en el derecho internacional consuetudinario, los tratados internacionales que han sido ratificados por la gran mayoría de los Estados, la *opinio juris* que refleja el reconocimiento de dichas conductas como antijurídicas en el ámbito internacional y, por último, en las decisiones y sentencias de tribunales internacionales.

Cada uno de los crímenes enumerados debe ser explicado de manera individualizada para entender su evolución histórica dentro del derecho internacional y las características que lo convierten en *obligatio erga omnes*.

a) *Crímenes de guerra*. Son las violaciones serias a las normas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo las violaciones a las convenciones de Ginebra adoptadas entre 1864 y 1949, las cuales se pueden presentar en el marco de conflictos armados internacionales y no internacionales.

La doctrina internacional ha considerado que una violación seria a las normas de derecho internacional humanitario implica que la conducta pone en peligro a las personas u objetos protegidos por las convenciones de Ginebra o son contrarios a valores de gran relevancia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para que una violación sea seria ésta debe constituir una infracción a una norma que protege valores importantes y debe implicar consecuencias graves para la víctima.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 8o., sin dejar de reconocer que la doctrina internacional lo considera como una guía muy importante en materia de derecho internacional pero no la única fuente, en las conductas subyacentes de los crímenes de guerra pueden ser: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente

contra la integridad física o la salud; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; la deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y la toma de rehenes.

b) *Crímenes de lesa humanidad*. Los también llamados *crímenes contra la humanidad* son todos aquellos actos cometidos como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil, con el conocimiento de dicho ataque. El catálogo de actos subyacentes de cuya actualización depende la existencia de un crimen de lesa humanidad ha variado históricamente y de acuerdo a los tribunales internacionales que han investigado y perseguido este tipo de crímenes.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 7o., los actos subyacentes del crimen de lesa humanidad pueden ser el homicidio; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el *apartheid* u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental.

c) *Crimen de agresión*. Históricamente, el crimen de agresión es uno de los más antiguos, ya que implica el quebrantamiento de la paz y el orden internacional. En los tribunales de Núremberg y Tokio, constituidos al término de la Segunda Guerra Mundial, el crimen de agresión jugó un papel muy relevante; sin embargo, a la fecha no ha existido un nuevo juicio internacional en el que se determine la responsabilidad penal de algún individuo por dicho crimen.

La Corte Penal Internacional señala su competencia por el crimen de agresión, sin embargo establece una cláusula de reserva para su entrada en vigor y reserva sobre su definición. En la Conferencia de Kampala, Uganda, celebrada en 2010, los Estados parte discutieron sobre la definición y entrada en vigor de dicho crimen como parte de la jurisdicción de la Corte. Se resolvió adicionar el art. 8o. bis al Estatuto de Roma, el cual señala que se entiende por agresión la planeación, comisión, iniciación o ejecución de un acto de agresión que por su gravedad y escala constituye una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas, por parte de una persona en una posición de control efectivo o dirija la acción política o militar de un Estado, destacando que su entrada en vigor se encuentra pendiente de la ratificación por parte de los Estados miembro.

d) *Genocidio*. Es la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de manera intencional. Tanto el art. 2o. de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio como el art. 6o. del Estatuto de Roma señalan como actos que pueden constituir el acto subyacente en la comisión del delito de genocidio la matanza de los miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

CRITERIO DE PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El criterio de presunción de constitucionalidad de la ley se ha convertido en uno de los más relevantes de la creación jurisprudencial de los órganos que ejercen el control de constitucionalidad. Ese favor *legis* implica que se otorga una confianza al legislador en la observancia e interpretación correcta de los principios constitucionales; que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando su contradicción con la carta magna es muy evidente y no deja lugar a la “duda razonable”; y que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios como para que pueda derivar de ella una interpretación inconstitucional habrá que presumir, cuando ello sea posible, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que se deberá aplicar dicha ley es precisamente la que permita mantenerla dentro de los límites constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981).

En conexión con lo anterior, conviene advertir que la esencia de ese proceder fue desglosada y precisada en un artículo clásico de James Bradley Thayer (“The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, núm. 129, 1893), en el cual se consideraba que el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino sólo aquellas que sean “tan evidentes como para no dejar lugar a la duda razonable”.

Antes de continuar parece oportuno hacer alusión a los principales argumentos que se suelen dar para justificar que la ley se presuma constitucional.

En primer lugar, se ha dicho que el juez constitucional debe partir de la idea de que el legislador actúa de conformidad con la Constitución. Hasta cierto punto se ha sostenido que cuando el órgano legislativo se encuentra en la necesidad de elaborar una disposición normativa toma en cuenta los postulados inspiradores del conjunto normativo, realizando su función dentro de los límites constitucionales y ajustando la ley a los parámetros establecidos por la Constitución. Por ello, el juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador.

En segundo lugar, se ha argumentado que se recurre a este criterio para huir del mentado *horror vacui* que genera la disposición en caso de ser anulada. Esta idea se eleva como particularmente útil sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de una disposición es un suceso muy grave

que, incluso, puede originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley invalidada regulaba (Gustavo Zagrebelsky, 1977). Ello por las graves consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con los dictámenes constitucionales (Girolamo Monteleone, 1984). La verdad es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el *inter* legislativo o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado siempre presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales (Aldo Maria Sandulli, desde 1967, ya evidenciaba esta problemática).

En tercer lugar, se ha señalado que el juez que tiene que resolver un juicio de constitucionalidad corre el riesgo de equivocarse. Por una parte, puede ocurrir que invalide una ley que tras una reflexión más profunda, a la luz de nuevos datos y argumentos, aparece como perfectamente constitucional. Por otra parte, puede suceder que declare válida una ley que en verdad es inconstitucional, como puede aparecer tras una mayor reflexión.

El riesgo de error se produce en las dos direcciones; sin embargo, en los sistemas de justicia constitucional donde existe control abstracto, el juez constitucional debe presumir la validez de la ley porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declarar constitucional una disposición legal que en realidad es inconstitucional (Javier Jiménez Campo, 1995). En cambio, el error opuesto, el de declarar inválida una ley que en realidad es válida, es más problemático. Y ello porque la disposición, que ha sido invalidada con efectos *erga omnes*, al ya no formar parte del ordenamiento jurídico, no puede dar origen a que se inicie un nuevo proceso para lograr que sea declarada conforme con la Constitución. Por el contrario, en sistemas de justicia constitucional donde existe el control concreto, el error de declarar inconstitucional una ley que en realidad es constitucional es menos problemático, porque los propios jueces, al decidir un nuevo caso, pueden revocar su propio precedente en el que declararon inconstitucional una ley, con lo que la ley recobra su aplicación. El precedente no supuso la expulsión de la ley del ordenamiento, sino sólo su falta de aplicación a un caso particular y, tomando en cuenta la doctrina del *stare decisis*, su inaplicación a los demás casos que fueran similares.

El primero de los argumentos mencionado se apoya en la noción de que el control jurisdiccional de la ley debe llevarse a cabo bajo la presunción de constitucionalidad de la misma, dada su génesis democrática; el segundo se basa en una exigencia práctica: intentar en la medida de lo posible huir del vacío que se provoca cuando una disposición normativa es declarada inválida; mientras que el tercero está relacionado con la necesidad de facilitar la corrección de errores, que implica que en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, el tribunal presuma su validez, pues de este modo los

posibles errores que él cometa podrán corregirse posteriormente y con una mayor facilidad.

El hecho de que la ley se beneficie de una presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que ésta es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto enuncia y el sistema de normas que el texto constitucional expresa, lo que se traduce en que sólo cuando existen suficientes razones en contra de la ley, el juez puede invalidarla. En palabras más técnico-procesales, la carga de la prueba corre a cargo del que demanda. De este modo se aplica un criterio normal de derecho procesal, cuya justificación extraprocesal radica en la necesidad de conservar el derecho y en el absurdo que supondría partir de la hipótesis opuesta: considerar que toda disposición normativa impugnada es inconstitucional.

Hay que recalcar que la presunción que juega a su favor la ley no equivale a decaimiento en la exigencia de su estricta constitucionalidad, ya que es evidente que la misión del órgano de control constitucional en cierta medida supone enjuiciar al Poder Legislativo, pero la esencia de tal control reside en la constitucionalidad apreciada jurídicamente de la actuación del legislador, el cual puede adoptar cualquier resolución, pero siempre dentro del marco constitucional.

También es imprescindible mencionar que la fuerza de la presunción de constitucionalidad de la ley puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. Por ejemplo, existen sistemas de control de constitucionalidad en los que no se ha introducido una presunción de constitucionalidad de la ley débil o moderada. Ello se hace patente en la regla con la que en el seno de los órganos jurisdiccionales se decide acerca de la constitucionalidad de una disposición de conformidad con una mayoría simple. Por el contrario, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que se exigen mayorías calificadas o reforzadas, según sea el caso, se ha incorporado una presunción de constitucionalidad de los productos legislativos fuerte.

Finalmente, otro elemento que hay que tener en cuenta es la regla que establece que en caso de empate en la decisión de un tribunal, decidirá el voto de su presidente. El hecho de que no se consagre un principio a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de que la deliberación del tribunal no haya sido mayoritaria, y que por el contrario con el voto del presidente se deshaga el empate en los procesos de control de la ley, es una forma de comprobar que en esos ordenamientos jurídicos no se ha querido reconocer a la ley una amplia presunción de constitucionalidad.

Giovanni A. Figueroa Mejía

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL (MÉXICO)

Cuando el órgano jurisdiccional considere que tiene que aplicar en el curso del proceso una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda, y que no tenga la facultad para dejar de aplicarla, entonces existe un mecanismo de control que permite que el juez ordinario y el juez constitucional se

coordinen: la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, si a un juez o tribunal local le surgen dudas sobre la constitucionalidad de la normativa que debe aplicar a un proceso que esté conociendo, entonces planteará, ante el órgano encargado del control de constitucionalidad local, una petición para que éste le indique el sentido que la disposición normativa debe tener (Edgar Corzo Sosa, 2000). En consecuencia, en el supuesto descrito, existe un monopolio del rechazo en caso de constatarse la inconstitucionalidad de una norma.

En cuatro entidades federativas mexicanas está contemplado este mecanismo de tutela constitucional: Veracruz, Chiapas, Coahuila y Nayarit. Sin embargo, sólo en Veracruz, Coahuila y Nayarit se ha incorporado en sus respectivas leyes de control constitucional, por ello únicamente me centraré en estos tres estados.

En cuanto al objeto de control, en Veracruz se reconoce capacidad interpretativa a los jueces ordinarios, pero se deja a la Sala Constitucional la competencia para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley local. Para activar el funcionamiento de la citada Sala se requiere que los magistrados de las demás salas, jueces de tribunales o juzgados de la entidad, eleven la cuestión ante ésta. Por tanto, dicha facultad no podrá, en ningún caso, ser empleada por los particulares. También se señala que las peticiones de las salas, tribunales y jueces del estado tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

También se contempla que se puede desechar de plano la cuestión cuando se advierta, de manera manifiesta, que la norma impugnada no tiene trascendencia en el proceso que ha motivado su planteamiento.

En Veracruz se establecen, de manera descriptiva, las características del proceso constitucional que debe ser seguido en la primera fase ante el juez *a quo*, que es la propiamente incidental: *a*) un juicio y una autoridad jurisdiccional; *b*) la no manifiesta falta de fundamento, y *c*) la relevancia. A éstos se agrega un elemento de origen jurisprudencial que es la interpretación adecuada de la disposición al significado ya establecido por la Constitución. Asimismo, se señalan aquellos elementos que entran en la segunda fase, que es seguida ante el tribunal, con la cual se instaura un juicio autónomo y principal, con vínculos más o menos estrechos con el caso concreto.

En Coahuila se ha regulado la cuestión de inconstitucionalidad en la Ley de Justicia Constitucional local, aun cuando este instituto no estaba previsto por la Constitución de ese estado. Al efecto, en su art. 67 se señala que la cuestión se promoverá “por las partes en un juicio, por el juez que conoce del asunto o cuando el pleno del Tribunal Superior de Justicia ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique...”.

Hay que destacar que la legislación de Coahuila establece que las partes legitimadas podrán presentarse para interponer la cuestión, ante el juez o tribunal que conozca del asunto, hasta antes de que se dicte fallo definitivo. De esta forma, y teniendo presente que la cuestión de inconstitucionalidad debe estar concebida como un procedimiento que impida que el juez dicte sentencia aplicando una norma de cuya constitucionalidad duda, el planteamiento de la sentencia sólo cobra sentido en el momento anterior a dictar sentencia,

antes de aplicar la norma que el juez considere que puede ser inconstitucional, porque sólo en este momento podrá justificar la aplicabilidad y relevancia de la misma, al haber despejado los posibles obstáculos procesales que condicionan la verificación de esas dos condiciones.

No obstante lo anterior, la legislación de Coahuila no incluye de manera expresa, como sí lo hace la de Veracruz, el elemento que debe ser considerado como indispensable para promover la cuestión: que la validez de la norma con rango de ley sea determinante para dictar el fallo.

Por su parte, en Nayarit se establece que la cuestión puede ser elevada a la Sala Constitucional-Electoral por alguna de las partes en el juicio, expresando los argumentos del por qué estima inconstitucional la ley cuestionada; o bien por el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto; incluso este mecanismo lo puede utilizar cualquier autoridad u organismo autónomo siempre y cuando —al igual que Veracruz— la ley sea determinante para la validez de la resolución, y tratándose de autoridad jurisdiccional la consulta se convierte en obligatoria cuando consideren que la ley puede ser contraria a la Constitución local.

Como se sabe, en Coahuila existe un control difuso de constitucionalidad, a través del cual todo juez ordinario (de oficio o a petición de parte) puede declarar la inaplicabilidad de una norma o acto que considere contrario a la Constitución local, existiendo una revisión ante el Pleno del Tribunal. Por tanto, en este estado no debió incluirse la cuestión de inconstitucionalidad, pues en él ya estaba reconocida la plena participación de todos los jueces locales en el control de constitucionalidad de las normas.

La cuestión de inconstitucionalidad en Veracruz, por su propia naturaleza, puede ser promovida por las salas del Tribunal Superior de Justicia (con excepción de la Sala Constitucional), tribunales y jueces del estado. En cambio, en Coahuila se promoverán por las partes de un juicio; por el juez que conoce del asunto; por el pleno del Tribunal Superior de Justicia cuando ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique la interpretación constitucional de un caso trascendental o sobresaliente a juicio de éste; o también en los de revisión de oficio de la declaración de inaplicación de la ley por parte de un juez; o bien la duda de constitucionalidad de una norma por parte de una autoridad diferente a la judicial.

En Coahuila este tipo de mecanismo, que tiene una naturaleza concreta, al tutelar derechos subjetivos, puede ser promovido por los particulares afectados en el juicio. Sin embargo, creemos indispensable precisar que los particulares sólo podrán plantear la cuestión ante el juez que conoce del asunto para que éste a su vez lo promueva ante el Pleno del Tribunal; pero lo que no se admite es que las partes directamente planteen la cuestión ante este último órgano jurisdiccional. En Veracruz, en cambio, no se les otorga esta facultad a los particulares.

En Veracruz no se precisa de manera clara cuáles serán los efectos que tendrá la respuesta que la Sala Constitucional dé a las peticiones sobre las dudas de constitucionalidad que planteen las salas penales, civiles, la Sala Electoral y la de Responsabilidad Juvenil, así como los tribunales y jueces del

estado. Lo único que se indica es que la Sala Constitucional tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones, cuando se advierta de manera manifiesta que no tiene trascendencia en el proceso ante el juez *a quo*.

En el caso de Coahuila y Nayarit se establece que si el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o la Sala Constitucional, respectivamente, determina la invalidez o validez de la ley, el juez o tribunal se deberá ajustar a dichas consideraciones para dictar su resolución.

Giovanni A. Figueroa Mejía

CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES

Una de las objeciones más reiteradas por lo que respecta a la actividad del *Ombudsman* es el carácter no obligatorio o imperativo de las recomendaciones de las comisiones públicas de derechos humanos. Esta objeción generalmente se complementa con la propuesta de que dichas recomendaciones se conviertan en vinculantes para las autoridades a las cuales se dirigen, lo que sólo revela el desconocimiento de la institución del *Ombudsman*.

Al respecto, en un primer plano debe señalarse que el carácter no vinculante u obligatorio de las recomendaciones no es sólo una característica peculiar de los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos establecidos en nuestro ordenamiento nacional, sino que corresponde a la esencia de las funciones de todos aquellos organismos que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, y también de algunos de carácter internacional que carecen de funciones jurisdiccionales, pero que deciden sobre las reclamaciones interpuestas por los afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales. En efecto, la finalidad de estas resoluciones es reparar de manera inmediata las violaciones a los derechos de los administrados, sin las dilaciones y formalidades de los procesos jurisdiccionales, como un apoyo a los agobiados tribunales y sin la pretensión de sustituir a estos últimos en su función final y definitiva de la tutela de los propios derechos.

Si de manera diferente se otorgara a las recomendaciones de los citados organismos no jurisdiccionales de carácter imperativo, éstos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual exigiría un conjunto de procedimientos que conllevarían más trámites y se perderían los aspectos favorables de la solución preventiva y expedita de conflictos de naturaleza administrativa, que es lo que ha otorgado prestigio universal a los organismos que han seguido directa o indirectamente el modelo del *Ombudsman*. Con justa razón se ha denominado a estos organismos como “magistratura de opinión”.

Además, debe tomarse en consideración que en la práctica de las actividades de los citados organismos no jurisdiccionales, uno de los aspectos más positivos que se desprenden de sus informes es el señalamiento de que un número muy importante de quejas y reclamaciones se resuelve rápidamente por medio de acuerdos entre los servidores públicos de dichos organismos con las autoridades responsables, por amable composición, que con bastante frecuencia resuelven voluntariamente las inconformidades de los afectados, lo que no se produce en el ámbito jurisdiccional, si se toma en cuenta que los

procedimientos de conciliación tienen efectos positivos muy limitados ante los tribunales.

Para dilucidar este problema, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el verbo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud para que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción realice la conducta necesaria con el fin de reparar la violación de los derechos del o de los afectados.

Por tanto, las recomendaciones pueden observarse desde dos enfoques. En primer término, ya se ha dicho que no son obligatorias para las autoridades respectivas, y por ello, como lo establece expresamente el art. 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. Desde otra perspectiva, las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos, ya que tienen carácter público, pues además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. No son simples sugerencias o insinuaciones a la autoridad responsable, sino que constituyen verdaderos títulos jurídicos.

Finalmente, debe recordarse que *si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, adquiere carácter obligatorio o imperativo* para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla, y con ello el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación, como lo señala, también de acuerdo con un principio general, el art. 47 de la Ley de la Comisión Nacional. Pero aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la recomendación no tiene atribuciones, en caso de incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo. Debe tomarse en cuenta que en los supuestos de incumplimiento o de no aceptación de las recomendaciones, aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, además de la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes.

Ha resultado muy provechosa la existencia de *recomendaciones generales*, que establece el art. 140 del Reglamento Interno de la CNDH, con fundamento en el art. 6o., frac. VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que tienen el propósito de promover ante las autoridades responsables el cambio o modificación de conductas reiteradas que llevan consigo violaciones a los derechos humanos; dichas recomendaciones generales son aprobadas por el Consejo Consultivo de la CNDH y publicadas en la *Gaceta de la Comisión* y en el *Diario Oficial de la Federación*. Estas recomendaciones no requieren de la aceptación de las autoridades a las que van dirigidas.

Por último debemos destacar que fue muy importante la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que adicionó este texto al art. 102, apartado B, segundo párrafo, de nuestra carta magna: “Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

José Luis Soberanes Fernández

CUOTAS DE GÉNERO EN EL EJERCICIO DE DERECHOS POLÍTICOS

Las cuotas de género son medidas orientadas a establecer una presencia mínima (número o porcentaje) de mujeres en posiciones políticas. Constituyen una forma de acción afirmativa para superar obstáculos sociales y culturales que inhiben la participación política de las mujeres en igualdad de condiciones frente a los hombres, tradicionalmente usadas en los Parlamentos. Su naturaleza es temporal, pues están diseñadas para existir sólo en tanto subsista la asimetría de género; es decir, los niveles de subrepresentación que les dan origen.

Desde su aparición han enfrentado dos tipos de oposición. Una vertiente de crítica las considera discriminatorias contra la participación política de los varones. La segunda, cuestiona la imposición de una restricción a la libertad de sufragio de los ciudadanos. No obstante, poco a poco las cuotas de género han logrado reducir ambas oposiciones para su incorporación a las legislaciones nacionales y subnacionales. En efecto, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa las considera como una práctica válida para la efectividad de los mecanismos de participación de sectores desprotegidos. En ese sentido, el código de buenas prácticas de dicha Comisión es claro en señalar que cuando las cuotas de género tienen base constitucional no son contrarias a la igualdad del sufragio.

Previo a la adopción de las cuotas de género, se consideraba suficiente la *equidad competitiva* que eliminó restricciones del voto de la mujer y su participación en los órganos políticos con base en una inicial expansión del principio de equidad. Sin embargo, ese reconocimiento formal no logró por sí solo disminuir la subrepresentación política de la mujer. Esa visión clásica del principio de equidad se mantuvo vigente la mayor parte del siglo XX, hasta que la presión de grupos feministas fue abriendo paso a una nueva noción: la *equidad de resultados*.

Este concepto se refiere a que todas y todos por igual tienen asegurado y garantizado el ejercicio del derecho de que se trate. Toma en cuenta las diferencias y problemas sustanciales, y para remediarlos propone una serie de tratados diferenciados o medidas compensatorias que, como las cuotas de género,

tienen como fin conseguir el goce real del derecho para los grupos vulnerables o tradicionalmente discriminados.

Con esa evolución conceptual sobre la equidad se materializa la perspectiva de igualdad como un derecho distributivo. Es decir mediante la adopción de políticas públicas específicas encaminadas a que las mujeres logren niveles equivalentes a los varones en el acceso a cargos de elección y en los porcentajes de representación política.

Si bien existen cuotas de género adoptadas voluntariamente por algunos partidos desde la década de 1970, Argentina fue el primer país del mundo en incorporar las cuotas en su legislación nacional en 1991, mediante la Ley 24.012, “Ley del Cupo Femenino”, haciéndolas con ello obligatorias para todos los partidos políticos.

Para 1995, los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas unánimemente firmaron la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing, con el propósito de facilitar la participación y el acceso igualitario de las mujeres a los puestos de decisión política. A partir de entonces, las diversas naciones han implementado el uso de cuotas de género en sus legislaciones.

I. TIPOS DE CUOTAS DE GÉNERO. A fin de distinguir las prácticas pro-género de algunos institutos políticos (cuotas voluntarias) de aquellas acciones afirmativas contempladas por los Estados, cuando las cuotas están previstas en una norma se les denomina cuotas obligatorias. Éstas pueden ser aplicadas durante el proceso de nominación, de manera que constriña a los partidos a postular mujeres en sus listas de candidaturas en una determinada proporción. En estos casos, algunas legislaciones permiten que las mujeres sean postuladas en lugares poco favorables de la lista, mientras que otras más ambiciosas buscan generar mayores equilibrios. Las más estrictas, por ejemplo, obligan a intercalar hombres y mujeres a lo largo de las listas de candidaturas de representación proporcional, a partir del respeto más amplio a los principios de paridad, alternancia y no discriminación. Las cuotas obligatorias pueden estar plasmadas en una norma constitucional o legal.

a) *Cuota de escaños reservados*: se definen así los espacios de representación que sólo podrán ser ocupados exclusivamente por mujeres. Generalmente se han aplicado en Asia y África. Un precursor de este modelo fue implementado en Paquistán en los años cincuenta, donde las mujeres votaban únicamente por las mujeres que ocuparían un escaño reservado.

b) *Leyes cuota*: son mecanismos que modifican el sistema electoral al exigir cierto porcentaje de candidaturas ocupadas por mujeres. Este sistema, iniciado en Argentina (1991), es el que más se ha extendido en la práctica.

c) *Cuotas en partidos políticos*: es otra manera de llamar a las cuotas voluntarias. La medida no busca necesariamente un umbral específico en los órganos de representación del Estado. En efecto, su ámbito de aplicación puede ser dual: reservar determinados espacios en las dirigencias partidistas para la composición equilibrada de los órganos internos, o bien, bajo los principios de autodeterminación y auto-organización, determinar un número o porcentaje de candidaturas en las postulaciones a puestos de elección popular. Estos mecanismos fueron implementados originalmente en la década de los años setenta en los partidos de izquierda de Europa occidental.

d) *Cuotas de resultados*: es fijado un número determinado de escaños o porcentaje de la representación para ser ocupado por mujeres. En esta categoría caben diversas modalidades. Se pueden hacer distritos específicos (o circunscripciones) para mujeres, de manera que sólo sean designadas mujeres en esos ámbitos geográficos; o bien hacer compensaciones a la sobrerrepresentación de hombres y sustituirlos por mujeres que hayan participado en la elección a efecto de garantizar el número o porcentaje de escaños reservados para mujeres.

Una modalidad de la anterior es el sistema de mejor perdedor, el cual va asignando escaños a aquellas mujeres que recibieron el mayor número de votos (sin haber ganado), hasta obtener el número establecido por la cuota.

e) *Cuotas horizontales y transversales*: las horizontales exigen la elección o postulación de un número o porcentaje de candidaturas, tomando en cuenta el número total de un mismo cargo de elección (presidentes municipales, diputados, senadores). El enfoque vertical consiste en que respecto a los cargos que se eligen por planilla también debe obligarse la aplicación del principio de equidad y alternancia entre el hombre y la mujer en orden descendente (si la primera candidatura en la planilla es ocupada por una mujer, la segunda será para un hombre y así sucesivamente).

II. EXCEPCIONES A LAS CUOTAS DE GÉNERO. Un caso atípico en la incorporación de cuotas de género a las legislaciones nacionales es el mexicano. La acción afirmativa por muchos años permitió que las cuotas se incumplieran cuando las candidaturas de mayoría relativa surgieran de procesos democráticos de elección al interior de los partidos. Esto hizo en los hechos nugatorio el propósito buscado por la norma, puesto que los partidos encontraron un salvoconducto para postular de manera arbitraria al número de mujeres que determinaban sus dirigencias con independencia de si se cubría o no la cuota de género. En la actualidad, gracias a la interpretación jurisdiccional del tribunal electoral, las cuotas de género ya no son sujetas de excepción; es decir, los partidos tienen que cumplir con el 40% de candidatas mujeres y también con la alternancia en la integración de las listas de candidatos de representación proporcional. Tampoco es posible postular candidatas propietarias mujeres y suplentes hombres, a efecto de evitar que una vez en el ejercicio del cargo, se les presione a renunciar o sean sustituidas por sus suplentes.

III. EFECTOS DE LOS SISTEMAS ELECTORALES EN LAS CUOTAS DE GÉNERO. Es mayor la efectividad de las cuotas en los sistemas que permiten una pluralidad de candidatos por distrito o circunscripción, de manera que puedan postularse candidatos de ambos sexos. Lo mismo ocurre en los sistemas proporcionales frente a los de mayoría, en los que un solo candidato obtiene la totalidad de la representación de su circunscripción o distrito. En sentido contrario, la celebración de elecciones primarias tiende a disminuir la eficacia de las cuotas.

María del Carmen Alanís Figueroa

D



DATOS PERSONALES (PROTECCIÓN)

Se refiere a los posibles usos inadecuados de la información concerniente a las personas tanto físicas como morales. En muchos países dicha protección está regulada jurídicamente a nivel constitucional o en leyes generales o específicas. Los derechos más significativos al respecto son el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (conocidos como ARCO).

Dichos datos personales pueden ser públicos o privados, dependiendo de si es el Estado o los particulares quienes los recaban, resguardan y/o emplean, sin importar si su procesamiento es realizado en forma manual o digitalizado.

En reformas constitucionales publicadas en el *DOF* primeramente el 30 de abril de 2009 en el art. 73, adicionó la frac. XXIX-O como una de las facultades del Congreso para legislar “en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”, y por otra parte, del primero de junio de 2009 se adicionó en el art. 16 un segundo párrafo, que actualmente establece que “ Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

Lo anterior dio lugar a dos reformas legislativas: la primera, publicada en el *DOF* el 5 de julio del 2010, por la que se expidió la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y se reformaron los art. 3, fracs. II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y una segunda, publicada en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011, por la que se expidió el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. La autoridad encargada de velar el cumplimiento de estas dos disposiciones legislativas es el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

De manera más reciente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en la meta IV: México Próspero, en la estrategia y líneas de acción transversales Gobierno Cercano y Moderno, en el rubro VI.A., se señala que la administración pública federal buscará “Garantizar el acceso a la información y a la protección de los datos personales...”.

La evolución constante de la tecnología genera nuevos esquemas de protección técnica de dichos datos personales, como por ejemplo la biometría; sin embargo, el derecho se ha caracterizado por mostrar continuos rezagos para articular modelos efectivos de tutela, por lo que continuamente se requieren de actualizaciones legislativas efectivas.

Julio Téllez Valdés

DEBIDO PROCESO

El concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa; otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa

tener un “debido proceso”, con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia (por ejemplo, el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros).

El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio “debido” no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del “debido proceso”. El origen aceptado es la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* —que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*— ha desarrollado un alcance no solo procesal, sino inclusive informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así una condicionante diferente al modelo donde nace (*common law* anglosajón), porque el *civil law* tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley, e inclusive sin tener mención expresa se consagró en las Constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales. Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial* —*substantive due process of law*—, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó

un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En resumen, el debido proceso se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

- a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal y
- c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Oswaldo A. Gozáini

DECISIONES INTERPRETATIVAS

En el marco de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes se entiende por decisiones interpretativas aquellas resoluciones que condicionan la validez del texto legal objeto de enjuiciamiento a la interpretación que formula la jurisdicción constitucional. Se elude, de este modo, la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del texto legal mediante la sujeción del precepto examinado a la comprensión constitucionalmente conforme que dicta el órgano judicial, o bien mediante la prohibición de aplicación del precepto en cuestión bajo una interpretación considerada inconstitucional por dicho órgano.

La emisión de decisiones interpretativas se asocia a la existencia de una jurisdicción constitucional con poder para invalidar o no aplicar normas con rango de ley aprobadas por las cámaras de representación popular si el órgano juzgador estima la incompatibilidad entre el texto legal y el texto constitucional. En este sentido, la contención con la que debe actuar la jurisdicción constitucional en el examen de un precepto aprobado por la mayoría de los representantes de la ciudadanía (expresada en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y en el principio de conservación de las mismas) induce a evitar la declaración de inconstitucionalidad si es posible extraer una interpretación del precepto legal constitucionalmente adecuada.

El análisis del fenómeno de las decisiones interpretativas se ha desarrollado con intensidad en aquellos modelos de control de constitucionalidad de las leyes de tipo concentrado en los que un órgano de naturaleza jurisdiccional

ostenta el monopolio de rechazo de preceptos legales (así, especialmente, en la República Federal de Alemania según el sistema establecido por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Austria, en Italia y en España, también en Francia con las particularidades sobre la composición y los procedimientos de control de leyes que definen al Consejo Constitucional) aunque asimismo se ha perfilado la cuestión, aunque con ciertos matices, en los modelos de control de constitucionalidad de tipo mixto (Portugal, Colombia), de tipo difuso con elementos de concentración (así México) de tipo difuso (Estados Unidos, Argentina), o incluso en sistemas en los que determinados tipos de normas legales están excluidos del control de constitucionalidad y el órgano juzgador recurre a la decisión interpretativa para modular las posibles incompatibilidades entre la norma legal y la norma constitucional (así el modelo de la Confederación Helvética en lo que atañe a las leyes federales).

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado la jurisdicción ordinaria (que no cuenta con el poder de declarar la inconstitucionalidad y la invalidez de un precepto con rango legal) tiene la obligación, con todo, de haber intentado realizar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley como requisito para plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el respectivo tribunal constitucional. Los órganos judiciales que integran el Poder Judicial también cuentan, de este modo, con la capacidad de emitir decisiones interpretativas si se encuentran en condiciones de formular una interpretación constitucionalmente conforme del precepto en principio constitucionalmente dudoso. La regla general de la vinculación de las decisiones de la jurisdicción constitucional a todos los órganos del Poder Judicial en todo tipo de procedimientos de control de normas que rige en la mayoría de Estados que cuentan con el modelo de control de constitucionalidad concentrado supone que la jurisdicción ordinaria también se encuentra vinculada a las decisiones interpretativas, y que, por tanto, tiene la obligación de aplicar la ley según la interpretación establecida por el tribunal constitucional (aunque ello no ha sido pacífico a lo largo de la historia del control de constitucionalidad de la ley en algunos sistemas como notoriamente se planteó en el caso italiano en las primeras décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional).

Una de las principales críticas planteadas por la doctrina a la formulación de decisiones interpretativas por parte de las jurisdicciones constitucionales consiste en apreciar una suerte de intervencionismo judicial al reconfigurar el sentido normativo del precepto impugnado e introducir contenidos no previstos por el legislador bajo el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme. En principio, según una visión estricta del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el órgano que asume el ejercicio de dicho control solo cuenta con dos posibilidades: o desestima la impugnación del precepto legal o aprecia su inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara su invalidez. Pero el propio Hans Kelsen, tanto en su *Teoría del derecho* como en sus escritos sobre la jurisdicción constitucional, ya asumió el carácter creativo de la interpretación, y en particular de la interpretación constitucional, de modo que parecía admitirse que los tribunales constitucionales emitieran decisiones intermedias entre la mera desestimación y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto legal.

Con el fin de poner coto a interpretaciones constitucionalmente conformes realizadas por las jurisdicciones constitucionales que desborden los contenidos normativos previstos por el legislador tanto algunas legislaciones sobre derecho procesal constitucional como la propia jurisprudencia de algunos tribunales han establecido límites al uso de decisiones interpretativas. Entre ellos se cuenta el respeto a la literalidad del precepto legal y la prohibición de asignar al precepto enjuiciado un contenido no previsto por el legislador o palmariamente contrario a lo establecido en el texto legislativo. La jurisdicción constitucional no puede, así, tratar de reconstruir una norma que no está debidamente explícita en el texto legal o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos para extraer la norma llamada a respetar el mandato constitucional. En algunos sistemas, la práctica de la tergiversación del sentido del precepto legal examinado con el fin de salvar la constitucionalidad de la norma ha merecido la definición de una categoría específica de decisión dentro del conjunto de las decisiones interpretativas (las llamadas decisiones manipulativas), así como también se ha determinado una categoría particular para definir aquellas resoluciones en las que la jurisdicción constitucional directamente condiciona la validez del precepto legal a disposiciones establecidas por el propio órgano judicial (decisiones aditivas), lo que generalmente sucede cuando la jurisdicción constitucional declara inconstitucional un precepto en la medida en que el legislador no tomó en consideración algo que, constitucionalmente, debió prever.

Héctor López Bofill

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En el ejercicio de sus funciones, los dos órganos del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE), han desarrollado importantes estándares sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana. Le dieron amplio contenido a través de una generosa interpretación del derecho de buscar, recibir y difundir información de toda índole (incluso ofensiva o perturbadora), difundida en cualquier soporte (oral, escrito, visual, artístico), incluyendo la protección del derecho de acceso a la información en poder del Estado (CoIDH, caso Claude Reyes y principio 4 de la Declaración de Principios) y el derecho a la verdad (ver CoIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia).

Desde 1985 se desarrollaron características fundamentales de esta libertad, destacándose el rol de pilar democrático, su carácter de derecho individual y colectivo (buscar y recibir información), el deber de los Estados de brindar una protección simultánea a sus inescindibles dimensiones individual y social y el carácter instrumental para el ejercicio del periodismo (CoIDH OC-5). Se crearon estándares internacionales, entre los que se debe resaltar: 1) la prohibición cuasiabsoluta de actos de control previos; 2) el carác-

ter taxativo de las limitaciones permitidas en el art. 13 (derecho no absoluto sujeto únicamente a responsabilidades posteriores establecidas expresamente en la Convención, que cumplan requisitos de legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática), y 3) la interpretación restrictiva de las limitaciones permitidas por la propia Convención y el deber de usar medidas menos lesivas a la libertad de expresión. Asimismo, la Corte desarrolló el concepto de derecho de rectificación o respuesta consagrado en el art. 14 de la Convención (CoIDH OC-14).

En 2000, la CIDH, en respaldo a la RELE, adoptó 13 principios en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (DPLE), impulsando la jurisprudencia desde 2001, al llevar ante el tribunal casos y asuntos relativos a: a) censura previa; b) responsabilidades posteriores: penales y civiles; c) restricciones indirectas, y d) necesidad de protección preventiva de este derecho.

a. Actos censura previa, prohibidos por el art. 13 y por el principio 5 de DPLE: el sistema interamericano se diferencia de otros mecanismos universales y regionales, en que se rige por el principio de prohibición cuasiabsoluta de todo acto de control previo contra cualquier tipo de expresión, difundida por cualquier medio, proveniente de cualquier órgano del Estado (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). Afirma que las expresiones únicamente pueden estar sujetas a responsabilidades posteriores, señalando como sola excepción a este principio el supuesto establecido en el art. 13.4 de la CADH, el cual permite regular el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

La Corte resolvió casos de censura clásica, reafirmando que cualesquiera actos de control previos son *per se* incompatibles con la Convención Americana. El Estado no puede justificar ni defender los elementos legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad frente a actos de censura (ver CoIDH “*La última tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros*, censura cinematográfica y caso *Palamara Iribarne*; CIDH. Informes Alejandra Matus; Francisco Martorell, censura en la publicación de libros). Parte de la doctrina (Eric Barendt) critica este principio, porque otorga un derecho absoluto a publicar por primera vez cualquier expresión, por ser dogmático y por no tomar en cuenta el carácter del discurso ni su posible impacto grave en otros derechos, en casos en que parecería lógico e incluso conveniente permitir al Estado detener, por orden judicial, al menos temporalmente, la difusión de información (ej. seguridad nacional y difusión de documentos confidenciales o secretos).

b. Responsabilidades posteriores permitidas por el art. 13.2 y los principios 11 y 12: los órganos del sistema se han pronunciado sobre la imposición de medidas penales y civiles como responsabilidad ulterior para contrarrestar el supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Respecto al uso de figuras penales, miran con particular cuidado los casos en que los Estados usan sus distintas tipificaciones para proteger el derecho al honor de las personas, del Estado o de instituciones (difamación, calumnia, injurias o desacato) por la difusión de expresiones de interés público. Desarrolló el concepto de mayor tolerancia a la crítica por parte de las instituciones del Estado, funcionarios o personas públicas y de especial protección de las expresiones de interés público (casos Herrera Ulloa, Ricardo

Canese, Palamara Iribarne, Kimel, Usón Ramírez, Fontevecchia y D'Amico y principio 11, DPLE). La Corte Interamericana, al igual que su par Europea, no considera el uso del derecho penal para proteger el honor —ni siquiera por funcionarios públicos— *per se* incompatible con la Convención. Sin embargo, en varias ocasiones la Corte determinó que su uso fue desproporcional en una sociedad democrática, al considerar el derecho penal el medio más severo que tiene el Estado entre otras alternativas posibles y la ambigüedad de las redacciones de los tipos penales analizados. Estas decisiones tuvieron el efecto de lograr una despenalización parcial de ciertas conductas cuando estaban comprometidas informaciones de interés público o personas públicas al ser una reparación ordenada por la Corte (ver CoIDH casos Palamara Iribarne; Kimel; y Usón Ramírez). En otros casos no se ordenó un cambio legislativo, pese a la declaración de violación a la libertad de expresión por el uso de figuras penales similares (ver casos Herrera Ulloa; Ricardo Canese, y Santander Tristán Donoso). Por su parte, la CIDH y la RELE tienen una postura más contundente en torno a la necesidad de despenalizar estas figuras, acercándose tímidamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, comenzando desde 1995 con la recomendación de erradicar el desacato, hasta requerir a los Estados en 2008 que deroguen todos los delitos contra el honor, basada en el inevitable efecto inhibitorio que tiene la penalización de cualquier tipo de expresión. La RELE afirma que solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1995 e Informe Anual de la RELE 2008). En cuanto a responsabilidades civiles, en 2011 la Corte por primera vez se pronuncia sobre la gravedad que pueden revestir, frente a la legítima protección del derecho a la vida privada —incluso de personas públicas— requiriendo una ponderación de la conducta desplegada por el emisor, las características del daño causado y otros datos que demuestren la necesidad de recurrir a la vía civil, encontrándolas desproporcionadas en el caso particular (CoIDH, caso Fontevecchia y D'Amico).

c. Restricciones indirectas descritas en el art. 13.3 y en los principios 12 y 13: pueden tener graves efectos en la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, y presentan dificultades ante los órganos del sistema para acreditarse porque muchas veces las graves acciones de los Estados que representan “abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información” se dirigen directamente a personas jurídicas o medios de comunicación (ver casos Ríos y Perozo) o tienen fines inicialmente legítimos, como la lucha contra los monopolios mediáticos. Las restricciones indirectas son aquellas que parecen dirigidas a otros objetivos legítimos, diferentes a restringir la libertad de expresión. La Corte determinó como restricciones indirectas: dejar sin efecto la nacionalidad del director de un canal de televisión buscando indirectamente coartar su libertad de expresión y el derecho a recibir información de la sociedad (caso Ivcher Bronstain); las limitaciones aplicadas a una persona para salir del país y el despido de una institución pública (caso Ricardo Canese); las investigaciones administrativas, la suspensión de autorización

para hacer publicaciones en determinado diario (caso Palamara Iribarne). No consideró que se presentaron suficientes evidencias respecto de restricciones indirectas; por ejemplo, en casos de alegados uso reiterados de oficios por el ente de control de telecomunicaciones, presencia militar en las antenas de transmisión, uso abusivo de cadenas nacionales por parte del gobierno, y la abstención del aparato estatal de prevenir que controles de personas ajenas al Estado impidan la comunicación y circulación de ideas (casos Ríos y Perozo). Actualmente se encuentra pendiente un importante caso en el que deberá atender alegatos sobre restricciones indirectas por uso abusivo de las facultades de concesión y revocación de licencias a medios de comunicación (ver demanda CIDH, caso Marcel Garnier y otros).

Por otro lado, sin calificación tan clara sobre el tipo de restricción (censura, responsabilidad ulterior o restricciones indirectas) la Corte encontró violación únicamente a la parte descriptiva del art. 13.1 en algunos casos, declarando, por ejemplo, como discriminatoria la prohibición de hablar en lengua indígena a una persona privada de libertad, afectando la dignidad personal (caso López Álvarez y principio 2, DPLE); como atentatorias al Estado de derecho a la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas (ver. CoIDH, caso Manuel Cepeda Vargas y principio 9, DPLE), actos de agresión y hostigamiento contra un periodista durante la cobertura de noticias (caso Vélez Restrepo), desarrollando la conexión entre restricciones ilegítimas de facto y el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros (ver casos Uzcátegui y otros; Vélez Restrepo y Perozo y otros). En ocasiones, a pesar de encontrar violación a la integridad personal de los periodistas (art. 5, CADH, casos Ríos y Perozo), solo encontró violación al art. 13.1 de la CADH por el contenido de discursos de funcionarios de alta investidura y su reiteración, que implicaron omisión del Estado en su deber de prevenir hechos de violencia contra periodistas (ver también caso Cepeda Vargas). Técnicamente algunos hechos de estos casos podrían encajar en alguna de las categorías de restricciones descritas en la Convención.

d. Protección preventiva: la Corte emitió medidas provisionales para evitar daño irreparable a la libertad de expresión en contadas ocasiones, entre las que se destacan la orden de abstenerse de publicar una sentencia condenatoria impuesta a un periodista por delitos contra el honor y dejar sin efectos su inscripción en el registro de delincuentes, al afectar su credibilidad, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo (Asunto Herrera Ulloa) y la protección a trabajadores que acudían a un medio de comunicación, ordenando la adopción de protección perimetral en la sede (Asuntos Ríos y Perozo). La CIDH, por su parte, cuenta con numerosas medidas cautelares para proteger vida e integridad física de comunicadores sociales y defensores de derechos humanos, así como evitar, entre otros, la aplicación de sanciones penales, la destrucción de boletas electorales y el cierre de medios de comunicación, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Temas pendientes. La Corte Interamericana todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre, entre otros, los poderes estatales en torno a la distribución de publicidad oficial y el uso de fondos públicos en campañas electorales, la regulación de internet y el verdadero alcance o elementos que

surgen de los incisos 13.4 (regulación acceso a espectáculos públicos) y 13.5 (discurso de guerra e incitación a la violencia). Para ver los desarrollos en la materia se debe recurrir importantes principios e informes, elaborados por la RELE.

Alejandra Gonza

DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LAS ELECCIONES

La calificación y declaración de validez de las elecciones en México se ha realizado por medio de dos modelos, en un inicio el *político* a través de un colegio electoral, y los que se encuentran vigentes el *administrativo* y *jurisdiccional* realizado por el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral, según la elección de que se trate, federal o estatal, como se explica a continuación.

Antecedentes. La historia constitucional mexicana enseña que la calificación de las elecciones y la entrega de las constancias de acreditación eran realizadas por los propios miembros que integraban los órganos de elección popular.

La Constitución de 1917 optó por continuar con esa tradición del siglo XIX, al consagrar que cada Cámara del Congreso de la Unión (diputados y senadores) debía calificar las elecciones de sus miembros a través del colegio electoral respectivo, reconociendo de este modo el sistema de autocalificación electoral.

El colegio electoral de la Cámara de Diputados, conformado para este efecto, también calificaba la elección de presidente de la República, dando lugar al sistema de heterocalificación electoral.

Ese diseño constitucional perduró aproximadamente 77 años. El decreto de reforma al art. 60 de la Constitución, publicado en el *DOF* el 3 de septiembre de 1993, marcó la tendencia de desaparecer ese sistema de tipo político.

La reforma eliminó la base constitucional de los colegios electorales de las cámaras de Diputados y Senadores para calificar las elecciones de sus miembros y trasladó esta atribución a los consejos del Instituto Federal Electoral, pero dejó subsistente el entonces contenido del art. 74, frac. I, de la Constitución, el cual otorgaba facultad a la Cámara de Diputados para erigirse en colegio electoral a fin de calificar la elección presidencial, por lo que al amparo de esta disposición, en 1994 aún se constituyó para ese objeto.

El decreto de reformas a la Constitución, publicado en el *DOF* el 22 de agosto de 1996, puso fin a ese sistema de calificación de las elecciones, dando lugar a uno nuevo, que es el que rige actualmente.

Fundamento. El desarrollo del proceso electoral federal transcurre en diversas etapas, a saber: 1. La de preparación de la elección; 2. La de jornada electoral; 3. La de resultados y declaración de validez de las elecciones, y 4. La de dictamen y declaración de validez de la elección y de presidente electo.

El fundamento orgánico, sustantivo y procesal del sistema actual de declaración de validez de las elecciones federales se sustenta en los arts. 41, base V, párrafo noveno; 54, 56, 60, y 99, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 12 al 18, 109, 118, inciso q), 210, 293 a 312, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; 49 al 70, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; y

186, 187, 189, 195, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en la jurisprudencia electoral.

Declaración de validez de la elección. El proceso electoral federal comprende la elección del titular del Poder Ejecutivo, de diputados y senadores al Congreso de la Unión; en todos los casos las elecciones son objeto de declaración de validez, atribución que se encuentra encomendada tanto a un órgano administrativo (Instituto Federal Electoral) o jurisdiccional (Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), según la elección que corresponda.

La declaración de validez de la elección es un acto formal de la autoridad electoral, una vez concluido el cómputo distrital, calificada la elección como legal y constatado, los requisitos de elegibilidad del candidato que obtuvo la mayoría de votos. Se concreta con la entrega de la constancia respectiva.

La etapa de resultados y declaración de validez de la elección inicia con el envío de la documentación y expedientes electorales a los consejos distritales, y concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los consejos del Instituto Federal Electoral. El cómputo distrital atiende ordinariamente el procedimiento siguiente: 1. Se abren los paquetes electorales de la elección que no tengan muestras de alteración; 2. Si los resultados de las actas no coinciden o muestran alteraciones evidentes y no existiera acta alguna de escrutinio y cómputo, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo, o bien el recuento de votos en la totalidad de las casillas si existiera una diferencia entre el primer y segundo lugar igual o menor a un punto porcentual, levantándose el acta circunstanciada conducente; 3. Se suman los votos emitidos a favor de partidos políticos y coaliciones; 4. Se verifica el cumplimiento de los requisitos formales de la elección y de elegibilidad de los candidatos de la fórmula con mayor votación, y 5. Se emite y expide la constancia de mayoría y validez a favor de la fórmula ganadora, salvo que los integrantes de ésta fueran inelegibles. Así culmina esta etapa.

Dictamen y declaración de validez de la elección presidencial. A la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le corresponde emitir exclusivamente el dictamen y la declaración de validez de la elección y de presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resuelto el último de los juicios de inconformidad o cuando se tenga constancia de que no se presentó alguno y hecha la sumatoria final de la elección. Esta instancia, en su caso, puede declarar la nulidad de la elección.

En este tipo de elección la etapa concluye al aprobar la Sala Superior el documento que contiene una perspectiva de conjunto, en principio, las situaciones de hecho y de derecho relacionados con lo siguiente: 1. La etapa preparatoria de la elección; 2. La jornada electoral; 3. Los resultados preliminares y de los cómputos distritales, así como resoluciones de juicios de inconformidad, y 4. El dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo; este último se sostiene en el cómputo final de la elección y en el candidato que obtuvo más votos, la validación de la elección al desestimarse la pretensión de invalidez y en la elegibilidad del candidato que obtuvo más sufragios.

Esa declaración se notifica al candidato ganador; a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por conducto del presidente de la mesa

directiva, a fin de que expida y publique el bando solemne para dar a conocer a toda la República a la persona que ha sido declarado presidente electo; al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; al Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como su publicación en diversos medios electrónicos y en el *DOF*.

La declaración de validez de la elección presidencial, así como la emisión del dictamen, en estricto sentido, no es una determinación judicial ni puede considerarse como jurisdiccional, debido a que no dirime un litigio o pretensiones contradictorias; es un acto o resolución que se materializa en un momento posterior a la decisión de los juicios de inconformidad, cuyas sentencias pueden confirmar y modificar el resultado del cómputo distrital y dar lugar a una recomposición de votos.

El dictamen y la declaración, por sí solos, no se pueden considerar formalmente como jurisdiccionales, porque no son el resultado concatenado de un litigio o proceso judicial, aunque materialmente sí lo es, al encontrarse emitidos por un órgano judicial, al margen de que lo hace un órgano máximo especializado en la materia.

Al ejercer esa atribución, la Sala Superior deberá sesionar con la presencia de por lo menos seis de sus siete integrantes, a más tardar el seis de septiembre del año de la elección.

El sistema introducido en 1996 ha permitido a la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobar por unanimidad de votos el cómputo definitivo, declarar la validez de la elección y emitir el dictamen correspondiente de la elección presidencial de los años 2000, 2006 y 2013, en las fechas 2 de agosto, 5 de septiembre y 31 de agosto, respectivamente, de esos años.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa. A los consejos distritales del Instituto Federal Electoral les corresponde realizar los cómputos distritales de la elección de diputados por el principio de mayoría relativa conforme al procedimiento antes aludido, declarar la elegibilidad de los candidatos de la fórmula que hubiera obtenido la mayoría de votos y emitir la declaración de validez de la elección; agotada esta fase, el presidente del consejo distrital expide la constancia de mayoría y validez, debiendo remitir copia certificada de la constancia respectiva a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, los consejos locales del Instituto, hecho el cómputo de entidad federativa correspondiente a la elección de senadores por el principio de mayoría relativa y de la fórmula registrada en primer lugar por el partido político que por sí mismo hubiera logrado obtener el segundo lugar en la votación, además, cumplan con los requisitos de elegibilidad, procederán a declarar la validez de la elección, así como entregar las constancias de mayoría y validez a las fórmulas que hubieran obtenido el triunfo; en el caso también se deberá enviar copia certificada de la constancia conducente a la Oficialía Mayor de la Cámara de Senadores.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional. El Consejo General del Instituto Federal Electoral, en ejercicio de sus atribuciones, determina el cómputo total de la elección de di-

putados y senadores por el principio de representación proporcional, declara válida la elección de diputados electos bajo ese principio en las cinco circunscripciones plurinominales en que se encuentra dividido el territorio mexicano y el de senadores electos con base en la circunscripción plurinominal nacional, acto seguido, procede a asignar a los partidos políticos los diputados y senadores que constitucional y legalmente les corresponde. El presidente del Consejo expide a cada partido político las constancias de asignación proporcional, de lo que informará a la Oficialía Mayor de las cámaras de Diputados y Senadores, respectivamente.

Impugnación. Las determinaciones de los consejos distritales y locales del Instituto Federal Electoral relacionados con el cómputo definitivo, la elegibilidad de la fórmula ganadora, la declaración de validez de la elección y la entrega de la constancia respectiva de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa son impugnables ante las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las sentencias que éstas emitan podrán ser revisadas solo por la Sala Superior vía recurso de reconsideración; además, las asignaciones de representación proporcional hechas por el Consejo General de ese Instituto se podrán impugnar ante la Sala citada, instancia que resolverá en única instancia.

El sistema federal de declaración de validez de las elecciones se encuentra armonizado con las legislaciones estatales relacionadas con las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, lo que fortalece de modo integral el avance democrático en México.

Valeriano Pérez Maldonado

DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

En sentido amplio, la declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona. En el derecho constitucional comparado se observa una tendencia al acogimiento de este tipo de declaratorias. Los tribunales constitucionales de los países europeos se caracterizan por realizar un control de constitucionalidad de las normas con efectos generales. Las sentencias de la Suprema Corte estadounidense conllevan una protección similar; pues aunque sus sentencias no contienen una declaratoria con efectos generales, la ley declarada inconstitucional no puede volver a aplicarse en atención al principio de *stare decisis*. En Latinoamérica, las cortes constitucionales de Guatemala y Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador son algunas de las facultadas para declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos generales.

En el caso de México, la declaratoria de inconstitucionalidad de normas con efectos generales se previó expresamente a partir de las reformas de 1994 al art. 105 constitucional, estableciéndose que procede en acción de inconstitucionalidad y en controversia constitucional; en este último caso solo respecto de disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por

la Federación, de los municipios impugnadas por los estados o cuando la controversia se haya suscitado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente; entre dos poderes de un mismo estado, o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad la declaratoria de invalidez requiere de una mayoría de cuando menos ocho votos y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal.

En sentido estricto, la declaratoria general de inconstitucionalidad es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria. Este mecanismo constituye un hito en la evolución del juicio de amparo, el cual desde su nacimiento contempló una fórmula que constaba de dos elementos: la limitación de los efectos de la sentencia al caso particular y la prohibición expresa de dar efectos *erga omnes* a las sentencias de amparo, a lo que se denominó “principio de relatividad de las sentencias” y que fue la nota distintiva del amparo, a la cual se le atribuyó en parte su consolidación en el orden jurídico mexicano.

La reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011 modelizó este arraigado principio, dando lugar a la declaratoria general de inconstitucionalidad. El cambio fue impulsado por un sector importante de la doctrina que había advertido una serie de inconvenientes teóricos y prácticos que generaba. La formulación clásica del principio de relatividad de las sentencias vulneraba el principio de igualdad por permitir la existencia de normas inconstitucionales aplicables y obligatorias para algunos gobernados y para otros no, además de que la vigencia de normas generales inconstitucionales vulneraba la supremacía constitucional, afectaba la regularidad del orden jurídico mexicano y constituía un obstáculo para la consolidación de un Estado democrático en sentido sustancial.

En términos del art. 107, frac. II, constitucional, el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad se desarrolla en dos fases. En un primer momento, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva por segunda ocasión consecutiva sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, en amparo indirecto en revisión, debe informar de ello a la autoridad emisora. Posteriormente, en caso de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Corte debe notificar a la autoridad emisora a fin de que en un plazo de noventa días naturales se supere el problema de inconstitucionalidad; de lo contrario, la Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que sea aprobada por mayoría de ocho votos, fijando sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

La Ley de Amparo introduce algunas precisiones a ese procedimiento, al señalar que tratándose de normas emitidas por los poderes legislativos federal y locales, el plazo de noventa días se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal,

en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución local, según corresponda. Establece que los plenos de circuito, por mayoría de sus integrantes, pueden solicitar a la Suprema Corte que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general. Asimismo, se especifica que la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen; será obligatoria; tendrá efectos generales, y establecerá sus alcances y sus condiciones, así como la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los que no podrán ser retroactivos, salvo en materia penal, debiéndose remitir al *Diario Oficial de la Federación* y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General 15/2013, en el que, entre otras cosas, se detalla el procedimiento a seguir cuando la jurisprudencia respectiva haya sido emitida por un tribunal colegiado de circuito, estableciéndose que ello deberá hacerse del conocimiento del pleno de circuito respectivo, el cual lo comunicará a la Corte para los efectos de la notificación a la autoridad emisora. Se precisa que de encontrarse pendiente de resolución una contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se dicte el fallo correspondiente en la contradicción de tesis, lo que preferentemente se deberá realizar por el Pleno dentro del plazo constitucional de noventa días. Asimismo, se señala que si antes de transcurrir los noventa días respectivos entra en vigor una nueva norma general que modifique la norma declarada inconstitucional, el procedimiento de declaratoria general se deberá declarar sin materia. Finalmente, si el proyecto de declaratoria general no alcanza la votación calificada, se desestimarán el asunto y se ordenará su archivo.

Para la eficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad, la Ley de Amparo contempla un procedimiento sumario para el caso de que la norma general respectiva sea aplicada con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria. El procedimiento se lleva a cabo ante un juez de distrito, quien debe dar vista a las partes y dictar una resolución ordenando a la autoridad aplicadora que deje sin efectos el acto, o bien determinando que la norma no fue aplicada, resolución que puede impugnarse mediante el recurso de inconformidad. Si después de ello la autoridad aplica nuevamente la norma general declarada inconstitucional, el acto puede combatirse mediante el procedimiento de denuncia por repetición del acto reclamado.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

DEFENSA CONSTITUCIONAL

La noción de “defensa constitucional” es un concepto bastante amplio y omnicompreensivo, pero no por ello equívoco, dado que desde sus inicios esta expresión comprendió a lo que tempranamente se entendió como protección *jurídica* de la Constitución.

Ciertamente, desde una perspectiva histórica, la expresión “defensa constitucional” o “defensa de la Constitución” fue acuñada por vez primera en dos obras capitales del pensamiento constitucional contemporáneo: *Der Hüter der Verfassung* (“El protector de la Constitución”), de Carl Schmitt, publicada en Alemania en 1931 (y posteriormente traducida al castellano por Manuel Sánchez Sarto con el nombre *La defensa de la Constitución*) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, de Hans Kelsen (más tarde traducido bajo el título “¿Quién debe ser el protector de la Constitución?”, por Roberto J. Brie). En el contexto de esta polémica, el profesor Schmitt sostenía que el encargado de la defensa de la Constitución debía ser un órgano político, y más específicamente, el presidente del *Reich*, de conformidad con el art. 48º de la Constitución de Alemania de 1919. A ello respondió Kelsen, sin embargo, señalando que, dejando de lado los riesgos de la judicialización de la política (y viceversa), lo correcto era entregar el rol de defensor de la Constitución a un órgano *ad hoc*, especializado en la tarea de controlar los actos de poder potencialmente infractores del texto constitucional, y cuya decisión gozaba de efectos *erga omnes*.

En un sentido más estricto, el profesor Héctor Fix-Zamudio define a la “defensa de la Constitución” como aquella que está integrada por los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normativa constitucional, así como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales en un sentido formal y real o material. O, en términos de Karl Loewenstein: pasar de una Constitución “nominal” a otra auténticamente “normativa”, en la que comunidad y Constitución se sitúan en una relación de “simbiosis”. Esta definición, sin embargo, admite una clasificación ulterior, a decir del citado profesor mexicano, que se desprende en dos categorías: la “protección de la Constitución” y las “garantías constitucionales”; la primera de las cuales alude a todos aquellos factores que figuran en la Constitución para limitar el poder y encauzar la acción de sus titulares, mientras que la segunda se refiere más bien a los medios típicamente procesales que tienen como finalidad la reparación del orden constitucional allí cuando éste es vulnerado por los órganos de poder (Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*).

Sin embargo, en un sentido más amplio, Díaz Revorio nos recuerda que, atendiendo a lo que establecen las Constituciones occidentales modernas, es posible identificar dos sentidos de la expresión “defensa de la Constitución”: por un lado, en un sentido *formal*, como la defensa referida al conjunto de mecanismos y órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción (lo que incluye a la reforma constitucional, el órgano encargado de sancionar tal infracción, los recursos y garantías jurisdiccionales como el amparo, entre otros), siendo más propio hablar de “garantía de la Constitución”; y por el otro, en un sentido más *sustantivo*, como el conjunto de mecanismos destinados a salvaguardar los valores fundamentales de un sistema constitucional (lo que abarca desde la separación de poderes hasta los derechos fundamentales, pasando por el principio democrático). Dentro de este último concepto, se entiende que el objeto de protección no es la Constitución como norma jurídica, sino como sistema de valores, siendo sus instrumentos de defensa tanto jurí-

dicos como políticos; por tanto, defensa constitucional será, como recuerda el citado autor, la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que tienen por finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Se busca, por este medio, que la Constitución no permita que sus *enemigos*, utilizando los medios que ella dispone, alteren el orden constitucional y pretendan destruir el sistema democrático (a ello se alude con el término “democracia militante”) (Díaz Revorio, Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*).

Dicho esto, hoy se puede afirmar que la noción de “defensa constitucional” se concreta o materializa a través de la *jurisdicción constitucional* (vale decir, a través de una defensa o protección *jurídica* de la Constitución”), entendida ésta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, según la noción clásica a la que se arribó en Heidelberg (Alemania), en 1961, en el congreso auspiciado por el Max Planck Institute.

Gerardo Eto Cruz

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. ENFOQUE JURÍDICO

Los juristas europeos, a diferencia de los estadounidenses, durante el siglo XIX no llegaron a un consenso sobre si la Constitución debía ser defendida por mecanismos jurídicos ni sobre quién debía realizar esa labor. En este periodo primó en Europa la tesis que sostenía que la Constitución no necesitaba específicos instrumentos jurídicos para su defensa, sino más bien que todos los poderes del Estado, así como también los ciudadanos, estaban comprometidos moralmente con esa labor. En Estados Unidos, por el contrario, se asumió desde fines del siglo XVIII y claramente con la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, que la Constitución como primera norma jurídica del Estado debía ser defendida por los jueces de la república. De lo contrario, se estimó que la supremacía constitucional devenía en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, la situación en Europa fue cambiando a fines del siglo XIX. Los problemas para la unidad fundamental del Estado federal en algunos países europeos, como Alemania y Suiza, así como la irrupción de partidos de inspiración marxista a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que pusieron en jaque la alternativa liberal-conservadora hasta ese momento reinante, llevaron a las democracias europeas a proponer mecanismos institucionales para defender el principio de supremacía constitucional. Las cuestiones centrales de la federación *versus* las normativas de los Estados federados, así como las reglas centrales del juego político diseñadas en la Constitución, debían ser defendidas por instrumentos jurídicos efectivos. Se comienza a hablar en este periodo de rigidez constitucional y de defensa jurídica del principio de supremacía constitucional.

De esta manera, la discusión en Europa sobre la forma como se debía defender la Constitución terminó en 1920 en Austria, con la creación del Tribunal Constitucional. Ese tribunal se debe fundamentalmente a la obra de Hans Kelsen, quien participó activamente en la discusión y en la redacción de sus disposiciones. Similar tribunal fue creado en el mismo año en Checoslovaquia. Luego bajo la Segunda República española se creó en 1931

un Tribunal de Garantías Constitucionales, que era en lo sustancial un tribunal constitucional. Finalmente, después de la Segunda Guerra Mundial prácticamente todos los países europeos crearon tribunales constitucionales. Lo mismo se replicó después en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

Tenemos de este modo que en la actualidad la principal defensa jurídica de la Constitución está representada por la judicial. Ésta se crea como un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los intereses de las minorías políticas representadas en el Parlamento. En este sentido, los dos modelos paradigmáticos de defensa jurídica de la Constitución son el estadounidense y el europeo continental, aunque desde luego entre ellos existen importantes diferencias.

La defensa jurídica judicial de la Constitución está encomendada en los Estados Unidos de Norteamérica a los jueces ordinarios; a todos ellos. Se habla así de un control difuso de constitucionalidad. En Europa, por el contrario, esa defensa se encomienda en régimen de exclusividad a un tribunal especial; al tribunal constitucional. Se habla en este caso de un control concentrado de constitucionalidad. La razón del porqué se atribuye esta función a estos jueces especiales está dada por la evidente influencia de Hans Kelsen. Kelsen proponía que un órgano especial verificara un juicio abstracto de normas donde quedara excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, para así evitar toda subjetividad que estaba tan presente en muchos de los jueces europeos de ese entonces. Por otra parte, ese órgano de control debía adoptar como parámetro exclusivo del enjuiciamiento a la Constitución concebida solo como regla procedimental y de organización, y nunca como fuente generadora de problemas morales y sustantivos. El tribunal constitucional debía controlar la legitimidad de las leyes a modo de un operador jurídico lo más cercano a la razón y a la lógica.

Si bien el modelo de defensa jurídica de la Constitución hoy es de general difusión, esto no significa que su implantación sea pacífica: una cuestión esencialmente polémica es su carácter transformador del ordenamiento jurídico, respecto del cual se ha dicho que en muchas ocasiones los tribunales, cuando controlan la constitucionalidad de una ley, operan a la manera de un “legislador negativo”. En este sentido, en el marco del derecho europeo fueron especialmente importantes las críticas formuladas por Carl Schmitt, quien creía ver en la defensa de la Constitución derechamente una actividad política. Por otra parte, en la actualidad también se ha criticado el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional, la que tienen la posibilidad de dejar sin efecto leyes aprobadas por la mayoría democráticamente legitimada en las asambleas legislativas. Frente a estas objeciones se ha dicho que la Constitución necesita ser defendida también de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria. La Constitución es por definición superior y estable frente a las mayorías democráticas circunstanciales.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy está bastante asentada la idea de que la defensa de la Constitución se puede llevar a cabo por cauces jurídicos y jurisdiccionales. Desde el momento en que la Constitución dejó de ser una

carta de navegación política dirigida al legislador y al gobierno, pasando a ser concebida como norma jurídica y, más aun, como la primera norma de todo el ordenamiento jurídico. Ello ha venido a significar que todos los tribunales de justicia se vean en la obligación de aplicar la Constitución. Toda aplicación del derecho supone potencialmente una aplicación constitucional y, por lo tanto, toda actividad jurisdiccional también supone potencialmente un contenido constitucional, y ello es aplicable tanto al tribunal constitucional como a los tribunales ordinarios. Tenemos así que se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la de mera legalidad, y el juez ordinario es también juez constitucional en cuanto aplica la Constitución.

La evolución se ha dado también en el sentido de que en el control de constitucionalidad no solo se realiza una defensa de tipo procedimental, sino que también hay una defensa de los contenidos que se encuentran consagrados en la carta fundamental. De esta manera, para que la labor de los tribunales constitucionales (o de las cortes supremas en su caso) pueda ser entendida como actividad jurídica jurisdiccional, dichos órganos suelen estar organizados bajo los principios de independencia e imparcialidad y actuación conforme a los principios de *nemo iudex sine actore* y del proceso legal.

A diferencia del modelo difuso, en los sistemas concentrados aparecen como legitimados activos generalmente órganos públicos, aunque en la actualidad existe una importante tendencia a incorporar como actores del sistema a los jueces ordinarios, e incluso a los particulares, a través de la figura del control incidental de constitucionalidad. Sea quien sea el legitimado activo, lo importante es destacar la actuación rogada y no oficiosa del tribunal constitucional. A su vez, el proceso y el contradictorio desarrollado entre partes en términos de igualdad es esencial para ofrecer a los jueces argumentos que desde diversos puntos de vista abordan el conflicto constitucional. El contradictorio debe constituirse como vía idónea para proveer una defensa de la Constitución, ya sea que esa defensa sea de tipo objetiva o procedimental o bien subjetiva, centrada en la tutela a los derechos fundamentales de los individuos. Razones de respeto del debido proceso o epistémicas aconsejan articular un contradictorio entre partes para que el tribunal constitucional pueda fallar de mejor manera el conflicto constitucional.

Finalmente, suele exigírsele a las sentencias de los tribunales constitucionales que sean fundamentadas y públicas.

*Andrés Bordali Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. ENFOQUE POLÍTICO

Uno de los debates clásicos de la teoría de la Constitución dice relación con la forma como esta debe ser garantizada. Esto ha dado lugar a una pluralidad de modelos, cuya sistematización más elemental obliga a distinguir entre mecanismos jurídicos y mecanismos políticos de defensa. Esta discusión ha sido planteada con pasión en los círculos académicos, pero también ha tenido importantes implicancias en el diseño institucional en diversos países.

Al respecto, es particularmente célebre la polémica Kelsen-Schmitt acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, durante la época de entreguerras. En realidad, la cuestión no puede ser entendida sin hacer una breve referencia a que detrás de las posiciones defendidas por cada uno de estos autores, lo que hay es una concepción muy diferente acerca del significado de la voz “Constitución”. En este sentido, para el primero, la garantía de la Constitución se relaciona con su idea de concebir el ordenamiento jurídico como un sistema de normas ordenadas jerárquicamente, en cuya base se sitúa la norma constitucional, la que cumple el papel de servir de fuente de origen y validez de todo el ordenamiento jurídico. En estas condiciones, lo lógico sería encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, aunque la tesis de Kelsen era encomendar esta función a un tribunal especial, cuya actividad se remitiera únicamente a los aspectos de forma.

Por el contrario, para Schmitt no es correcto concebir a la Constitución como una norma (o un conjunto de normas), sino que ésta más bien se identifica con una decisión política del pueblo, que adquiere conciencia de su existencia colectiva. De este modo, el concepto de Constitución de Schmitt se sitúa en las antípodas del anterior. Si en Kelsen la Constitución es básicamente forma, en Schmitt ésta es esencialmente voluntad pura. Es por esto que para el autor alemán no tiene sentido encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, pues esta es una tarea eminentemente política de defensa de la unidad nacional, no habiendo nada imparcial en ella. En consecuencia con lo anterior, propone que es el presidente del *Reich* el órgano más adecuado para defender la Constitución y no un tribunal constitucional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el debate se consideró superado, toda vez que las Constituciones que se redactaron en aquella época se decantaron por el modelo de control jurisdiccional defendido por Kelsen, aunque con algunas modificaciones, dejando de lado las ideas de Schmitt, por considerarlas próximas al pensamiento autoritario. De esta manera, en el contexto de los países del *civil law* primó la idea del control jurídico de la Constitución, abandonándose la idea de que la Constitución podía ser tutelada por un órgano de naturaleza política. Sin perjuicio de lo anterior, como una excepción que confirmaba la regla, se solía citar al constitucionalismo inglés, el que durante siglos había estado esencialmente informado por el principio de soberanía del parlamento, y que por lo tanto carecía de control jurisdiccional de la Constitución. En todo caso, las circunstancias presentes en el país insular eran muy diferentes del resto de Europa: una Constitución consuetudinaria y un sistema parlamentario que contaba con siglos de evolución hacían allí poco aplicables los insumos de un debate que se había generado en países de habla alemana y de profunda tradición jurídica romano-canónica.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la segunda mitad del siglo XX comienzan a surgir cada vez con más fuerza críticas hacia la jurisdicción constitucional, lo que hará reflotar posteriormente el debate acerca de la conveniencia de una defensa política de la Constitución. La cuestión, si bien fue planteada originalmente en EEUU, puede ser transportada a los países del *civil law* sin problemas. Hay que recordar que en EEUU el debate acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución quedó saldado tempranamente

con la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803. La primera formulación exitosa de estas críticas está en el libro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, el cual se convirtió en la obra más citada del derecho constitucional estadounidense durante el siglo XX. En síntesis, la objeción trae causa en el acusado activismo de la Corte Suprema de dicho país durante dos periodos distintos: la *Lochner Era*, en la que los conservadores jueces anularon sistemáticamente la legislación social durante las dos primeras décadas del siglo XX, y la Civil Rights Revolution, donde, por el contrario, la progresista Corte Warren declaró inconstitucional una serie de leyes que permitían la segregación racial. En ambos casos, Bickel observó que en la actividad de control de constitucionalidad se producía generalmente una sustitución de la decisión del legislador, órgano que encarna la democracia representativa, por parte de un tribunal que no posee ningún tipo de legitimación popular.

Este debate volvió a resurgir con toda fuerza durante la década de 1990, justamente cuando en el Reino Unido se discutía la adopción de una declaración de derechos y la creación de un mecanismo de control jurídico de constitucionalidad. En este contexto, fue Jeremy Waldrom quien defendió con mayor fuerza la idea de mantener una defensa política de la Constitución, fundándose en que los derechos fundamentales están mejor protegidos en países que no permiten a los tribunales invalidar la legislación. La razón está dada porque muchos de los conceptos contenidos en las Constituciones tienen un evidente contenido moral, y debido a que en cuestiones de dicha naturaleza normalmente reina un profundo desacuerdo entre personas razonables, es mejor dejar la decisión de asuntos tales como como aborto, eutanasia o acciones afirmativas, a las instituciones de la democracia representativa, que si bien no aseguran la corrección de la decisión (como tampoco lo hacen los tribunales), sí le reconocen al ciudadano la calidad de agente moral autónomo.

En síntesis, a pesar de que en la actualidad la defensa jurídica de la Constitución es la regla general, el debate no está cerrado, y no en vano importantes autores defienden que la defensa de la Constitución debe tener lugar en los parlamentos y no en los tribunales. Por otra parte, algunos países han optado por sistemas mixtos de defensa de la Constitución, o en palabras de Mark Tushnet, “formas débiles de revisión judicial”. Al respecto, los casos más conocidos son Canadá y el mismo Reino Unido, que permiten a los órganos legislativos responder frente a una sentencia que anula o inaplica una ley. Así, por ejemplo, en el caso canadiense, de acuerdo con la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Parlamento puede expresamente aprobar una ley para revocar una interpretación de la Corte Suprema.

*Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL

Las Constituciones democráticas de nuestros días mantienen la necesidad de expresar el sistema de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales que se desarrollan al interior de una sociedad determinada, pero se caracterizan esencialmente por su condición de normas jurídicas vinculantes

y plenamente exigibles frente a todos los poderes públicos e, incluso, frente a los particulares.

La Constitución, como norma jurídica vinculante, se ha desarrollado a partir de la previsión de un conjunto de instrumentos dirigidos a tutelar la supremacía y fundamentalidad de sus prescripciones. Estos instrumentos, de conformidad con la doctrina más calificada, son de carácter jurídico y procesal, preventivo o reparador, y tienen como propósito limitar al poder y hacer que sus manifestaciones discurran por los cauces definidos por la propia norma constitucional, y frente a su vulneración o desconocimiento, activar los instrumentos procesales que permitan la reintegración del orden constitucional.

Los mecanismos de carácter reparador conforman lo que hoy se conoce como “protección de la Constitución”, mientras que los de carácter procesal conforman el apartado de “garantías constitucionales”.

En el ámbito de Estados que se caracterizan por su alto nivel de descentralización política es frecuente encontrar una dualidad de textos constitucionales, la Constitución que racionaliza la estructura federal del Estado, y aquellas que se erigen en fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas, y que deben estar en concordancia con la primera. Ambas son Constituciones que se caracterizan por haber emanado históricamente de procesos constituyentes originarios, porque expresan un contenido típico —que consagra el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales, el reconocimiento del principio democrático de la soberanía popular, la división de poderes, la descentralización política, y la justicia constitucional—, porque se diferencian de las demás normas por el sentido de estabilidad que les confiere el principio de rigidez constitucional, y por su posición al interior del ordenamiento jurídico es de privilegio, dada su condición de norma suprema. En función de ello, es evidente que se ven necesitadas de mecanismos que permitan proteger su contenido y de instrumentos dirigidos a su tutela efectiva.

No existe mejor diseño para la protección de la Constitución que un articulado conjunto de instrumentos, agentes, instituciones y principios dirigidos a la racionalización del poder. Ese diseño se encuentra presente en las Constituciones estatales, porque su aparición y posterior evolución ha permanecido anclado en las premisas del constitucionalismo liberal, que tiene en la limitación del poder a unos de sus postulados esenciales. Precisamente por ello, este tipo de Constituciones reconocen el principio de división de poderes en su dimensión externa —relaciones entre poderes del Estado—, e interna —vínculos entre la mayoría y la minoría, entre el gobierno y la oposición— como el principal instrumento para la moderación de las expresiones de la potestad estatal, y a los principios de supremacía y rigidez constitucionales como mecanismos de garantía normativa de sus postulados y herramienta de armonización de las exigencias de cambio y permanencia de su contenido.

Las Constituciones estatales fortalecen su legitimidad y consecuentemente su respeto a través de los ámbitos de participación que disponen en favor de los grupos sociales representativos de la sociedad, y del espacio institucional que garantizan a los partidos políticos. Entre mayor equilibrio existe entre los

ámbitos de participación política directa de los ciudadanos y el espacio reservado a la representación político-partidista, y más amplias vertientes para la toma de las decisiones colectivamente vinculantes, más desconcentrado estará el poder. No obstante, esa delimitación no garantiza *per se* que no se presenten conflictos derivados del acceso al ejercicio del poder. Por el contrario, los conflictos electorales son un rasgo de la democracia pluralista de nuestros días, y el establecimiento de mecanismos de solución de los mismos constituye un elemento habitual para ofrecer conductos institucionales para la resolución de disputas políticas. En este aspecto, México ha avanzado sustancialmente al establecer un modelo plenamente judicial de resolución de conflictos electorales, caracterizado porque cada estado de la República cuenta con un tribunal electoral de naturaleza autónoma o bien incorporado al Poder Judicial en calidad de tribunal o de sala especializada en materia electoral.

Los medios de protección de las Constituciones abarcan también al conjunto de disposiciones sobre el régimen económico y financiero, que tienen como propósito hacer realidad los postulados de la justicia social.

Frente a estos contenidos esenciales para el respeto del orden constitucional y la prevención de su vulneración se han desarrollado mecanismos que actúan una vez producida alguna violación con objeto de resarcirla. Es así que sobre la estela de las garantías desarrolladas para la tutela del orden constitucional general o nacional se han implementado distintos instrumentos para la específica garantía de las Constituciones estatales.

En México, en particular, se han creado tribunales constitucionales *ad hoc* para la tutela de la Constitución estatal, o bien se ha confiado su garantía al órgano cúspide de la organización judicial o a una específica sala constitucional. Igualmente, se ha establecido un abigarrado conjunto de instrumentos procesales para la salvaguarda de los derechos humanos, la protección de la división de poderes en sus vertientes horizontal y vertical, la regularidad del ordenamiento jurídico, la omisión inconstitucional del legislador, el control previo de constitucionalidad, y la cuestión de inconstitucionalidad, todo ello en sistemas de control de constitucionalidad, que de manera reciente han evolucionado hacia sistemas de naturaleza mixta, que hacen convivir modalidades de control concentrado con un renovado control difuso de constitucionalidad producto de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los recientes desarrollos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal (véase voz “justicia constitucional local”).

César Astudillo

DEFENSOR

Vocablo que proviene del latín *defendere*, que tiene la connotación de rechazar, proteger o resguardar, por lo que hace referencia a la persona que realiza esa acción a favor de sí mismo o de otro. La amplitud del significado se ve restringida, no obstante, según las circunstancias: así, en el derecho penal sustantivo se habla de la legítima defensa propia y a favor de tercero, según se despliegue la acción de proteger de la lesión a bienes jurídicos pertenecientes al mismo

sujeto u otro de una agresión, ya sea para hacerla cesar o para evitar que se presente cuando es inminente.

Pero es en el campo de los procedimientos en donde el concepto adquiere amplia relevancia para denotar a la persona que actúa, alega o representa a otra que es sujeto o parte en un procedimiento.

García Ramírez (*Curso de derecho procesal penal*), hace una interesante referencia de la figura del defensor en Grecia, Roma y otros países, y cómo fue incorporándose en las legislaciones occidentales. Resulta interesante lo que señala Mommsen: “La defensa originaria fue, a no dudarlo, la audefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el patronus, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil” (*Derecho penal romano*).

Como sea que fuere, es el campo de los procedimientos penales en el que la figura del defensor del acusado se ha convertido en una exigencia, y a nuestro juicio resulta un imperativo si se considera lo siguiente:

1) En la actualidad, el procedimiento penal asume formas que requieren que una persona letrada en leyes participe a favor del acusado; este, salvo casos de excepción, desconoce las formalidades propias de los actos que constituyen aquél, así como la trascendencia que tienen respecto de su persona.

2) En ocasiones corresponde al acusado probar o acreditar algo relacionado con los hechos que se ventilan en el proceso, debiendo existir alguien que lo asesore, guíe o asuma la tarea de hacer llegar a conocimiento del juzgador los elementos respectivos: *v. gr.* quien invoca haber lesionado como repulsa a una agresión sufrida.

3) El moderno procedimiento penal exige la figura del acusador, representado en la persona de un agente del ministerio público o de un fiscal, quien posee conocimientos técnico-jurídicos en la concreta rama general del derecho penal. La igualdad procesal que debe imperar en el procedimiento criminal exige, pues, que el acusado cuente con alguien que sea poseedor de la misma ciencia. Si no existiera esa paridad de conocimientos entre acusador y acusado-defensor, existiría un desequilibrio procesal, que necesariamente conduciría a resolución injusta en contra del acusado.

Estas cuestiones han obligado a que las Constituciones modernas, de una forma o de otra, exijan la presencia del defensor del acusado dentro de los procedimientos penales bajo una de dos opciones: la designación de un defensor particular o la designación de un defensor del Estado (defensor público o de oficio).

La Constitución Política mexicana respecto del imputado refiere en el art. 20, apartado B, frac. VIII, lo siguiente: “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público”.

Entonces, el que representa al imputado puede ser un defensor particular o un defensor público, y si bien procesalmente tienen los mismos derechos y

obligaciones en juicio, entre ambos existen algunas diferencias. En efecto, el abogado (licenciado en derecho) o defensor particular es de libre elección por parte del imputado, lo cual no quiere decir que el elegido necesariamente deba aceptar el cargo de defensor; por el contrario, el defensor público está obligado a asumir el patrocinio de quienes le correspondan. El defensor particular puede lícitamente renunciar —no abandonar— la defensa, pero defensor público no la puede renunciar, salvo excepcionales casos de impedimentos y excusas. Los servicios del defensor particular en cuanto a su costo están sujetos a lo que se haya acordado; el defensor público no tiene derecho a cobrarle cantidad alguna a su defendido; su remuneración corre a cargo del Estado.

Es relevante hacer un comentario acerca de la libertad de elección de defensor cuando éste es el público. La libertad que tiene el imputado es elegir al defensor público frente al defensor particular, lo cual no quiere decir que pueda elegir dentro del universo de defensores públicos a uno en lo específico, porque los defensores públicos —*v. gr.* los federales— están adscritos a una concreta unidad del ministerio público de la federación, juzgado de distrito o tribunal unitario de circuito, con la finalidad de que asuman la defensa de los casos que se presenten en cada una de las adscripciones, sin que ello implique que no existan casos de excepción.

La calidad profesional y ética del defensor particular o del defensor público es algo que ha llamado la atención de los estudiosos del tema. Sobre este tópico mucho se ha dicho acerca de la colegiación obligatoria para que el respectivo colegio sea el encargado de velar por el actuar profesional y ético del abogado. En México, respecto de los defensores particulares no existe una instancia específica que tenga atribución en el tema; sin embargo, en materia federal los defensores públicos están sujetos a requisitos de ingreso, de supervisión y de evaluación que, en su conjunto, implican una verdadera certificación de su capacidad, además de estar sujetos a las responsabilidades de índole administrativa que prevé la ley de la materia por faltas en su actuar.

Una reflexión es la referente a que día con día, por las condiciones económicas que privan en el país, más personas acuden a los servicios legales gratuitos, entre ellos los de índole penal. Así las cosas, el art. 17 constitucional, en el penúltimo párrafo, dispone: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores”.

Instrumentos internacionales de los que México es parte contemplan directa o indirectamente la defensa en materia penal. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, 3. b), y “Toda

persona inculpada de delito tiene derecho... a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.2.d) y e)”, entre otros.

A propósito de “garantías necesarias para su defensa”, del principio de contradicción dentro del proceso penal y de la igualdad entre las partes, Ferrajoli (*Derecho y razón*) señala la defensa, esto es, el acusado y su defensor deberían contar con iguales recursos técnicos y materiales con los que cuenta el acusador.

La figura del defensor penal no debe ser confundida con servidores públicos, cuya misión es proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades de las autoridades públicas: el *Ombudsman* (Defensor del pueblo), porque éste no representa en juicio penal a una persona en lo particular ni asume los deberes y derechos de un defensor.

María Teresa Pérez Cruz

DEFENSOR DEL PUEBLO

Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el Defensor del Pueblo (DP), un órgano cercano a los ciudadanos, creado para tutelar los derechos de los particulares vulnerados por una *mala gestión* de las autoridades administrativas públicas, que ha sido definido como “un paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna” (P. Carballo Armas).

Esta institución tiene su origen en la Constitución sueca de 1809, aunque una figura de *controlador* de la administración pública, en ausencia del rey, se remonta a 1713, en el Reino Unido (el *Chancellor of Justice*).

Rápidamente se difundió en todos los países escandinavos, y en la mayoría de los casos fue incorporado a las Constituciones (la finlandesa de 1919, la danesa de 1953...). En estos países el DP es una realidad enraizada en la práctica política y enmarcada en el contexto institucional; los ciudadanos confían en él, y los titulares del cargo gozan de prestigio y autoridad.

La experiencia escandinava, y en particular la sueca, ha contribuido a la creación de un modelo que al final de la Segunda Guerra Mundial ha circulado en los ordenamientos europeos y en muchos extraeuropeos, con ligeros matices en cuanto a sus competencias.

Algún estudioso contraponen a ese arquetipo un modelo anglofrancés, que se puede resumir en los casos del *Parliamentary Commissioner* británico (creado por el Parliamentary Commissioner Act 1967 para investigar sobre los casos de mala administración a instancia de parte, denunciados por los miembros del Parlamento) y del antiguo *Médiateur (de la République)* francés (nombrado por el gobierno y con la reforma constitucional de 2008 sustituido por el *Défenseur des droits*, nombrado por el presidente de la República con el consentimiento de las dos Cámaras). No parece que las dos experiencias puedan concretar

un modelo que contraponer al sueco, sino dos instituciones con finalidades similares al *Ombudsman* sueco, organizadas de manera peculiar y con menores garantías de independencia.

Un factor determinante para la creación del DP fue la expansión de la actividad de la administración pública en la posguerra, debida a la asunción de nuevos servicios públicos típicos del Estado social. Así, se ampliaron los conflictos entre la administración, y los administrados y fue necesario establecer mecanismos de control ulteriores respecto a los clásicos para la protección de los administrados. Es por eso que esta institución se difundió tan rápidamente en todo el mundo; su “dimensión universal” está comprobada por la creación en 1978 del International Ombudsman Institute (IOI), la única organización global para la cooperación entre más de 150 instituciones de DP (mucho más activas son otras organizaciones “regionales”, como la Federación Iberoamericana de Ombudsman, que agrupa a los 18 DP de ámbito nacional existentes en la región y acoge en sus reuniones también los DP de las entidades territoriales).

Esta institución se ha consolidado en las democracias representativas modernas, extendiéndose también “hacia arriba” (a nivel comunitario) y “hacia abajo” (a nivel regional y local, también en ausencia de un DP estatal, como en Italia, Alemania, Canadá). En 1979, el Parlamento Europeo propuso la creación, en su seno, del Defensor del Pueblo Europeo; el Tratado de Maastricht lo institucionalizó en 1992 con la tarea de investigar e informar sobre los casos de mala administración en las instituciones y órganos de la Unión Europea (con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia). Solo en 1995 el Parlamento Europeo nombró al primer DPE (con sede en Estrasburgo). Al DPE le incumbe dar forma al vago derecho a una buena administración enunciado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el Tratado de Lisboa.

En algunos Estados descentralizados la figura del DP regional y local se suma a la habitual del DP nacional o estatal, e incluso del DP europeo, lo que puede ocasionar serios problemas de competencia, duplicidades administrativas y confusión en los ciudadanos: por ejemplo, en España, un ciudadano de Marbella puede acudir en defensa de sus derechos ante el Defensor del Ciudadano del Ayuntamiento de Marbella, ante el Defensor Ciudadano de la diputación provincial de Málaga (provincia a la que pertenece Marbella), ante el DP andaluz (dado que la provincia de Málaga pertenece a la comunidad autónoma de Andalucía), ante el DP español y ante el DP europeo. El éxito cosechado por los DP y la buena imagen de la que gozan ante la ciudadanía, o quizá tal vez el afán por reproducir las instituciones propias de un Estado, llevó en las décadas pasadas a la proliferación de defensores regionales y locales. Sin embargo, en la actualidad esta tendencia se ha invertido como consecuencia de la política de disminución del gasto público (como en Italia, donde los defensores cívicos del ayuntamiento no trabajaron con éxito y fueron suprimidos en 2010).

Hoy, a la misma figura corresponden nombres diferentes con connotaciones semánticas, que abarcan el concepto de tutela de los derechos y de mediación entre el ciudadano y la administración pública: *Ombudsman* en Suecia,

Difensore civico en Italia, *Volksanwaltschaft* en Austria, *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore civico parlamentare* en Suiza, *Provedor de Justiça* en Portugal, Defensor de los Habitantes (Costa Rica), Procurador de los Derechos Humanos (Guatemala, El Salvador y Nicaragua), Comisionado o Comisión de Derechos Humanos (Honduras y México)...

A pesar del nombre, esta institución se caracteriza por las siguientes características comunes, dicho con el lenguaje del comparatista, por unos elementos determinantes, que se encuentran en las leyes institutivas, como son: la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y la falta de mandato imperativo; la tutela de los derechos alternativa a los remedios clásicos; el impulso para mejorar las prácticas de la administración pública.

Con relación a la estructura, el DP puede ser un órgano unipersonal o colegial (con los adjuntos); es nombrado por el Parlamento, del cual representa una *longa manus* en la tutela de los derechos de los administrados, y a quien debe dar cuenta de la actividad desplegada con un informe anual (la abundante documentación producida permite un análisis anual de la situación de los derechos en el país); los miembros tienen que cumplir con unos requisitos en el momento de la elección (ejemplo ciudadanía; pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, a veces conocimientos jurídicos, etcétera) y durante el mandato (las leyes institutivas prevén algunas causas de incompatibilidad con el cargo de DP).

Con relación a las competencias, el DP puede desempeñar funciones de supervisión-control (de la actividad de la administración pública, atendiendo tanto a parámetros legales como no legales) o de reparación, accediendo a los documentos públicos y pidiendo la colaboración de las instituciones controladas (este procedimiento de mediación es lo que habitualmente se pide al DP).

El DP ofrece a los ciudadanos una vía rápida y poco formalizada para llevar a las instituciones sus quejas ante el mal funcionamiento de la administración pública (trámite de presentación de las quejas sencillo, gratuito y sin necesidad de asesoramiento jurídico).

La investigación del DP termina con una decisión jurídicamente no vinculante ni recurrible y con la comunicación al interesado del resultado de la misma, así como la respuesta obtenida de la administración, además de una serie de recomendaciones o propuestas de reformas normativas, de adopción de medidas concretas o de rectificación de los criterios empleados por la administración, según los casos analizados. Sus decisiones tienen un valor persuasivo.

En algunos casos el DP tiene la legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad (normalmente, objeto del recurso son leyes importantes para garantizar los derechos de los ciudadanos), de amparo, hábeas corpus, hábeas data ante el Tribunal Constitucional.

Esto ocurre en la mayor parte de los países latinoamericanos, y cuando no está previsto, expresamente una concepción generosa de la legitimación también permitiría hacerlo. Además, en Latinoamérica, muchos países han añadido competencias ulteriores respecto al prototipo europeo-español en el cual se inspiraron (se trata de la promoción de los derechos humanos y de la educación en derechos humanos, dos tareas que confirman la propensión de

las actividades de los DP cada vez más hacia la garantía global de los derechos humanos).

La experiencia latinoamericana confirma la progresiva difusión de la institución del DP y la progresiva mutación de su rol: de controlador (de la legalidad) de la administración pública a tutor y promotor de los derechos (no solo de los consolidados derechos civiles y políticos, sino de nuevas situaciones subjetivas y de algunas categorías de sujetos desfavorecidos o tradicionalmente discriminados).

Giorgia Pavani

DEFENSOR INDÍGENA (LENGUA Y CULTURA)

Es quien representa en juicio o procedimiento los intereses y derechos individuales o colectivos de una persona o pueblo indígena, con la característica fundamental e imprescindible que debe conocer y comprender la lengua, cultura y demás especificidades del grupo social o persona que representa, con el propósito de que los actos de defensa se realicen a partir de la cosmovisión particular de la persona o comunidad indígena.

El defensor indígena concebido en el marco de una defensa adecuada no se agota en contar con un intérprete o traductor; implica garantizar que la persona indígena en todo momento del juicio o procedimiento se encuentre asistida de un defensor que le explique y asesore los alcances de los actos jurídicos en los que interviene. Según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito penal inicia desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible —fase de investigación— y culmina cuando finaliza el proceso, o en su caso, hasta la etapa de ejecución de la pena.

El derecho de contar con un defensor indígena se concibe como un derecho fundamental, que puede ser analizado como un prisma; primeramente como un derecho irrenunciable, que es condición y esencia de todo acto jurídico en un Estado constitucional y democrático de derecho; como una obligación del Estado a garantizar que en todo procedimiento judicial o administrativo las personas tengan una defensa adecuada —técnica— la cual debe ser efectiva, y como un derecho de las personas a poder designar a un defensor para que las asesore o defienda en juicio o procedimiento. Así, la falta de defensa equivale a un desequilibrio procesal, que deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder. El derecho de defensa se relaciona con el tema de la legítimidad de las resoluciones, pues es condición para la validez de una resolución judicial o administrativa que a las partes se les reconozca y respete ese derecho. Desde la perspectiva de un juicio justo, el derecho de defensa se concibe como la obligación del Estado de proporcionar un letrado y el derecho de la persona a contar con un asesor técnico que se encargue de una defensa adecuada.

La existencia del defensor indígena tiene como propósito reducir la distancia cultural que opera de facto entre la persona o grupo indígena en relación con las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no consideran a determinadas minorías culturales.

Así, en todos los juicios o procedimientos en que una persona indígena sea parte de manera individual o colectiva, el operador jurídico está obligado a juzgar a partir de la cosmovisión indígena.

El ejercicio pleno del derecho de defensa, desde la perspectiva indígena, implica atender a las costumbres y características culturales de cada etnia o comunidad indígena (dependiendo de cada legislación estadual, podrán considerarse dictámenes para conocer la cultura, tradiciones y costumbres especiales de cada comunidad) siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el estándar del derecho internacional de los derechos humanos ni de los constitucionalmente reconocidos por cada Estado.

Para la comprensión del derecho de defensa en la perspectiva indígena, debe decirse que se considera como tal a aquella persona que se adscriba y autorreconozca como indígena —criterio de conciencia de identidad—; esto es, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de esas comunidades; la calidad indígena de una persona se acredita con su sola manifestación, de manera que el tema del lenguaje no es condición para considerar a una persona indígena, ya que se debe atender a su cosmovisión a partir de una diversidad cultural y de un criterio basado en diferencias no solo culturales o económicas, sino en relación con el acceso para ejercer sus derechos. Así, el derecho se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales.

Para la Organización de las Naciones Unidas, las poblaciones indígenas se llaman también “primeros pueblos”, “pueblos tribales, aborígenes y autóctonos”. El día nueve de agosto es considerado como el Día Internacional de los Pueblos Indígenas. Entre los instrumentos internacionales más relevantes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Diversidad Biológica. En el estándar internacional deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico nacional del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se destaca que en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional e internacional, deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para solucionar las controversias entre sus integrantes.

En todo proceso judicial o administrativo es obligación de las autoridades pronunciarse en torno al reconocimiento de la calidad indígena de alguna de las partes que intervengan en el proceso; de igual forma, es obligación indagar respecto cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula la persona y que en todo caso hayan podido influir en el desarrollo

de los hechos materia de litigio; además, deben considerarse las diferentes normas de fuente estatal aplicables, así como las específicas que pueden existir en la comunidad cultural de la persona, e incluso advertirse sus costumbres y tradiciones, para entender su cosmovisión. En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde la cosmovisión de la persona indígena, considerando sus costumbres, tradiciones, cultura y demás aspectos particulares; es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

En cuanto al derecho comparado, diversas Constituciones contienen pronunciamientos a derechos indígenas, entre las que destacan: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Venezuela, Rusia, Noruega, Finlandia, Sudáfrica (en su Constitución no se utiliza el concepto indígena, sino el de comunidades culturales, religiosas y lingüísticas).

*Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza*

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional es un modelo de organización estatal que adquirió forma después de la Segunda Guerra Mundial y que fue cobrando fuerza como paradigma de organización política ideal —y, en algunos países, real— en Occidente. Este modelo de organización persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos, sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales —de libertad (civiles), políticos y, sobre todo, sociales— de los individuos que integran la colectividad política. Desde un punto de vista de diseño institucional, para lograr ese objetivo el modelo reúne los siguientes elementos:

a) La existencia de una Constitución —preferentemente escrita—, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y político, y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez (que es un procedimiento agravado, diferente al que se requiere para modificar las leyes ordinarias, para poder reformar el contenido de la Constitución). Esto último tiene como finalidad ofrecer estabilidad a las normas constitucionales, lo cual es un elemento que contribuye a la seguridad jurídica. El documento constitucional puede incluir como parte de su contenido a normas provenientes de otros ordenamientos, como es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dando lugar a lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”. Cuando ello sucede, la norma suprema del ordenamiento está compuesta por ese conjunto de elementos normativos;

b) El contenido básico de la Constitución (o del bloque constitucional) es, por un lado, el principio de la separación de poderes (en donde el Poder Legislativo juega un papel más relevante que el Ejecutivo, en cuanto creador de las normas colectivas y principal detentador de la representación política, y el Poder Judicial es el garante último del principio de imparcialidad) y, por el

otro, los derechos fundamentales — sociales, de libertad (civiles) y políticos — de las personas (y sus garantías);

c) Esos derechos constituyen el núcleo sustantivo y el proyecto de justicia ideal que promueve y busca proteger el modelo. Mediante la garantía de los mismos se busca ofrecer a todas las personas un piso de igualdad material y de satisfacción de necesidades básicas (que van desde la alimentación hasta la educación, el trabajo y la vivienda), un amplio catálogo de derechos de libertad y la posibilidad de participar activa y autónomamente en la adopción de las decisiones fundamentales de su colectividad ejerciendo los derechos políticos. Este ideal de justicia tiene sentido práctico cuando las normas constitucionales se traducen, en los hechos, mediante la acción de los diferentes actores políticos y sociales, en políticas públicas que materializan los derechos;

d) Como una garantía del contenido constitucional (sobre todo de los derechos fundamentales), se contempla la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el “control de constitucionalidad de las leyes”. Es el caso de las cortes, tribunales o jueces constitucionales;

e) Ello supone el abandono del principio que caracterizaba al “estado legislativo de derecho”, que consistía en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional, las mayorías políticas — por más amplias que éstas sean — están sometidas a la Constitución, y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. Por ello, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático de los ciudadanos. Esto significa que en la democracia constitucional no existen poderes absolutos;

f) El elemento democrático del modelo reside en las instituciones y procedimientos “mínimos necesarios” para la existencia de esta forma de gobierno (voto libre y sin discriminaciones, competencia pluripartista, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas), y requiere, idealmente, de una ciudadanía informada, organizada y vigilante que no limita su participación política al momento electoral;

g) Además, el sistema democrático se articula sobre la base de principios normativos que muestran su dimensión axiológica: igualdad política, libertad positiva, pluralismo, tolerancia, laicidad, etcétera.

Como puede observarse, este modelo incorpora y presupone un nivel muy ambicioso de justicia. Por un lado, incluye los elementos (traducidos en un catálogo de derechos sociales) de un proyecto que, de llevarse a cabo, se traduce en una sociedad equitativa, en la que las necesidades básicas de las personas están satisfechas y, en esta medida, ofrece bases de igualdad de condiciones a todas las personas. Alimentación, vivienda, educación, salud, trabajo, etcétera, son derechos de las personas y, por lo tanto, en obligaciones a cargo del Estado (y también de entidades privadas). La agenda social no es una cuestión secundaria o potestativa, sino que se traduce en un vínculo irrenunciable que *debe* satisfacerse.

Pero esta agenda social — en el marco de este modelo — no puede estar desvinculada ni materializarse sin un amplio conjunto de libertades fundamentales. Desde la libertad de pensamiento hasta la libertad de asociación,

pasando por las libertades de expresión, reunión, tránsito, etcétera, el modelo democrático constitucional incorpora dentro de su proyecto de sociedad justa a los ideales ilustrados de la agenda liberal clásica. La tesis sobre la que descansa el modelo supone que es posible satisfacer las necesidades sociales sin sacrificar las libertades de los individuos para lograrlo. De hecho, se asume que la garantía de los derechos sociales es una precondition para el verdadero ejercicio y disfrute de las libertades modernas. Igualdad y libertad comparecen como ideales que se refuerzan y realizan mutuamente y no, a pesar de las posibles tensiones entre ambos, como bienes irreconciliables e irrealizables conjuntamente.

Finalmente, el modelo incorpora a las instituciones de la democracia, y con ellas recupera y proyecta los mismos principios de la igualdad y la libertad en su dimensión política, y, de esta manera, hace suyo el ideal de la autonomía ciudadana como parte del proyecto de sociedad justa. “Cada persona un voto”, “todos los votos valen igual”, “cada voto en libertad”, etcétera, son enunciados que expresan el ideal democrático de la autonomía política individual. En esta forma de organización, la democracia moderna, con sus principios e instituciones, también forma parte del ideal de justicia. La tesis de que cada persona debe tener el derecho/poder de participar activamente en la adopción de las decisiones colectivas que afectan su vida cotidiana se traduce en mecanismos institucionales concretos de participación política. En paralelo, por medio de la garantía de los derechos de reunión y asociación política se procura que las personas se organicen activamente para influir en otros ámbitos de decisión de la vida colectiva (sindicatos, empresas, universidades, organizaciones no gubernamentales, etcétera).

Los ideales recogidos en los derechos sociales de libertad y políticos se articulan sobre la base de un reconocimiento a la diversidad social y a la pluralidad política. Las diferencias —obviamente, no en el plano económico y, por lo tanto, no las desigualdades— se valoran de manera positiva, y también constituyen elementos del modelo de justicia social entendido en sentido amplio. De ahí deriva toda una agenda de convivencia social basada en las ideas de tolerancia y no discriminación, tolerancia que supone reconocer el derecho de los demás a pensar y vivir de manera diferente a la nuestra y no discriminación, que implica asumir que las personas valen lo mismo en cuanto tales y no por sus preferencias, creencias, características físicas, orientaciones sexuales, pertenencias étnicas, etcétera.

Pedro Salazar Ugarte

DENUNCIA DE JUICIO POLÍTICO

El término “juicio político” es utilizado para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Es un procedimiento jurisdiccional, iniciado a partir de una denuncia que puede formular cualquier ciudadano, cuya instrumentación ha sido encomendada al Poder Legislativo, y que tiene por objeto la investigación de las conductas de los servidores de alta jerarquía a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 110 de la Constitución federal, a efecto de determinar la responsabilidad política

puesta de manifiesto en dichas conductas y aplicar las sanciones correspondientes.

El proceso relacionado con un juicio político se integra de dos etapas: la primera, de instrucción, que se ventila ante la Cámara de Diputados y sus comisiones (art. 10 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), y la segunda, de la que conoce la Cámara de Senadores constituida en jurado de sentencia, es propiamente el juicio de responsabilidad (arts. 22 y siguientes de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), lo que provoca el inicio de la etapa preliminar o de instrucción es una denuncia. En los términos de los arts. 21 y 109, último párrafo, de la Constitución Política, la denuncia puede provenir del Ministerio Público o de un ciudadano.

La denuncia debe ser presentada ante la Secretaría General, que vino a sustituir a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en los términos del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en ella se debe señalar como responsable a uno de los servidores públicos a que hace referencia el art. 110 constitucional.

La denuncia debe ser ratificada por su autor ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados dentro del término de tres días que establece el apartado A del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La ley no distingue, aunque debió haberlo hecho: la ratificación debe efectuarse sin importar que la denuncia provenga del Ministerio Público o de un ciudadano.

A la denuncia se deben acompañar los elementos de prueba que permitan presumir la existencia del ilícito (a éste la ley, en forma impropia, lo denomina infracción) y la probable responsabilidad del acusado. Las pruebas admisibles solo son aquellas que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, que es supletoria de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 45). El que no se cumpla con este requisito da lugar a que la denuncia sea desechada o desestimada por la subcomisión de examen previo.

La denuncia debe estar referida a algunos de los ilícitos a que hacen mención los arts. 110 de la Constitución Política y 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Este requerimiento deriva en una limitante inicial a las acciones de las cámaras de Diputados y de Senadores; ellas, en su función de acusar y juzgar, tienen una competencia limitada en cuanto a la materia.

Existe la posibilidad de que se presente una nueva denuncia en contra del servidor público o de que ella sea ampliada; esto es factible mientras tanto no esté agotada la instrucción (art. 42 de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos). En esos dos supuestos, sus autores deben ofrecer pruebas. La nueva denuncia o su ampliación se deben hacer ante la Cámara de Diputados, por conducto de su Oficialía Mayor. Es de suponerse que en ambos supuestos debe haber una ratificación dentro de los tres días que sigan a la presentación.

Hecho lo anterior, la denuncia, junto con sus pruebas, debe ser turnada a la subcomisión de examen previo (art. 12, apartado C, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos); ella, en un plazo no mayor de treinta días.

Dicha comisión deberá determinar:

1) Que de conformidad con el art. 110 de la Constitución, el acusado es uno de los servidores públicos que gozan o gozaron de inmunidad durante el tiempo de su encargo.

2) Que en virtud de lo anterior, con fundamento en el art. 110 de la Constitución, la única competente para juzgar al acusado, en su carácter de servidor público que goza de inmunidad, por violaciones graves a ella o a las leyes federales o por manejo indebido de fondos y recursos federales, es la Cámara de Senadores, constituida en jurado de sentencia, con base en la acusación que, en su caso, le presente la Cámara de Diputados.

3) Que el proceso que se sigue al servidor público se inició dentro del término de su ejercicio o dentro de un año después, por lo que se está dentro del supuesto previsto en el primer párrafo del art. 114 de la Constitución.

4) Que la denuncia formulada no está referida a perseguir expresiones de ideas emitidas por el servidor público, ello para dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo de la frac. I del art. 109 de la Constitución.

5) Que la denuncia formulada en contra del servidor público y presentada ante la Oficialía Mayor fue formulada por el Ministerio Público o por un ciudadano plenamente identificado; por lo mismo, la autoría de ella es atribuible a un mexicano, y no es anónima, por lo que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 9o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6) Que, de conformidad con el Ministerio Público o el denunciante, la conducta delictiva atribuida al servidor público acusado es una de las previstas en los arts. 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

7) Que en el trámite de la denuncia formulada por el Ministerio Público o el denunciante en contra del servidor público se respetó en forma escrupulosa el turno de querrelas y denuncias que se lleva en la Cámara de Diputados (art. 31 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

De no reunirse alguna de las circunstancias mencionadas, la subcomisión se encuentra facultada para desechar de plano la denuncia presentada, o bien declararla procedente.

Hecho esto, la denuncia pasa a la Sección Instructora, que practicará todas las diligencias para comprobar la existencia de la conducta que se atribuye al servidor público, precisando la personal y específica participación de éste así como las circunstancias en que dicha conducta se produjo.

Informará al denunciado sobre la materia de la denuncia, haciéndole saber su garantía de defensa, y que deberá, dentro de los siete días naturales siguientes a la notificación, comparecer o informar por escrito.

Abrirá un periodo de prueba de 30 días naturales, dentro del cual recibirá las pruebas que ofrezcan el denunciante y el servidor público, así como las que la propia sección estime necesarias.

Si al concluir el plazo señalado no hubiera sido posible recibir las pruebas ofrecidas oportunamente, o es preciso allegarse otras, la Sección Instructora

está facultada para ampliar el término, en la medida en que resulte estrictamente necesaria.

Terminada la instrucción del procedimiento, se pondrá el expediente a la vista del denunciante, por un plazo de tres días naturales, y por otros tantos a la del servidor público y sus defensores, a fin de que tomen los datos que requieran para formular alegatos, que deberán presentar por escrito dentro de los seis días naturales siguientes a la conclusión del segundo plazo mencionado.

Si de las constancias se desprende la inocencia del encausado, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán que se declare que no ha lugar a proceder en su contra por la conducta o el hecho materia de la denuncia, que dio origen al procedimiento.

Pero si lo que se desprende es la responsabilidad del servidor público, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán lo siguiente:

Que está legalmente comprobada la conducta o el hecho materia de la denuncia; que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado; la sanción que deba imponerse de acuerdo con el art. 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y que en caso de ser aprobadas las conclusiones se envíe la declaración correspondiente a la Cámara de Senadores, en concepto de acusación, para los efectos legales respectivos.

Las conclusiones contendrán, asimismo, las circunstancias que hubieran concurrido en los hechos; una vez emitidas las conclusiones, la Sección Instructora las entregará a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien anunciará que dicha Cámara debe reunirse y resolver sobre la imputación, dentro de los tres días naturales siguientes.

El día señalado para que la Cámara de Diputados se reúna y resuelva sobre la imputación se erigirá en órgano de acusación, previa declaración de su presidente. En seguida, la Secretaría dará lectura a las constancias procedimentales o a una síntesis que contenga los puntos sustanciales de éstas, así como a las conclusiones de la Sección Instructora. Acto seguido, se concederá la palabra al denunciante, y en seguida al servidor público o a su defensor, o a ambos si alguno de éstos lo solicitara, para que aleguen lo que convenga a sus derechos. El denunciante podrá replicar y, si lo hiciera, el imputado y su defensor podrán hacer uso de la palabra en último término. Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

Si la Cámara de Diputados resolviera que no procede acusar al servidor público, éste continuará en el ejercicio de su cargo. En caso contrario, se le pondrá a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remitirá la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan aquélla ante el Senado.

Una vez recibida en la Cámara de Senadores la acusación en el juicio político, se turnará a la Sección de Enjuiciamiento, la que emplazará a la Comisión de Diputados encargada de la acusación y al acusado y a su defensor. Ello para que presenten por escrito sus alegatos dentro de los cinco días naturales siguientes al emplazamiento.

Con alegatos o sin ellos, la Sección de Enjuiciamiento debe emitir sus conclusiones tomando en cuenta las consideraciones hechas en la acusación y los alegatos que en su caso se hubieran formulado, proponiendo la sanción que en su concepto deba imponerse al servidor público y expresando los preceptos legales en que se funde.

La Sección de Enjuiciamiento tiene la atribución de escuchar directamente a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y su defensor.

La Sección de Enjuiciamiento podrá disponer la práctica de otras diligencias que considere necesarias para integrar sus propias conclusiones.

Emitidas las conclusiones, la Sección de Enjuiciamiento las entregará a la Secretaría de la Cámara de Senadores.

Recibidas las conclusiones por la Secretaría de la Cámara de Senadores, su presidente anunciará que debe erigirse ésta en jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la entrega de dichas conclusiones, procediendo la Secretaría a citar a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y a su defensor.

En la fecha y hora señaladas para la audiencia, el presidente de la Cámara de Senadores la declarará erigida en jurado de sentencia, la Secretaría dará lectura a las conclusiones formuladas por la Sección de Enjuiciamiento.

A continuación, se concederá la palabra a la Comisión de Diputados, al servidor público o a su defensor, o a ambos. Concluido lo anterior, se retirarán el acusado y su defensor, pero permanecerán los diputados en la sesión, pues en seguida se procederá a discutir y a votar las conclusiones y a aprobar los que sean los puntos de acuerdo, que en ellas se contengan. Una vez que se tenga una determinación, el presidente hará la declaratoria que corresponda.

La decisión que emite el Senado en materia de juicio político al erigirse en jurado de sentencia, es un acto meramente judicial por la obligación de observar las formalidades y solemnidades del procedimiento, el que sigue siendo judicial en cuanto a los motivos en que se funda, pero administrativo en cuanto a su objeto. Si la resolución que se dicte en el juicio político es condenatoria, se sancionará al servidor público con destitución. También podrá imponerse inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público desde uno hasta veinte años.

Manuel González Oropeza

DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Por derecho a la alimentación se entiende el derecho a tener acceso, de manera regular y permanente, a una alimentación adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Estos dos perfiles diferentes del derecho a la alimentación implican el derecho fundamental del individuo a un acceso suficiente a una alimentación segura; es decir, sin riesgos para su salud. En este sentido, podemos decir que cada persona tiene derecho a la seguridad alimentaria, entendiendo por esta un derecho bidimensional, que comprende tanto el perfil del acceso, la llamada *food security*, cuanto el derecho a consumir un alimento que sea sano, lo que se llama *food safety*. En las fuentes jurídicas, el

derecho a la alimentación se encuentra tradicionalmente afirmado asociado a una vida física y psíquica satisfactoria y digna, entonces como *food security* y solo recientemente ha sido reconocido también el perfil de *food safety*.

Derecho a la alimentación (derecho internacional). A nivel internacional, el derecho fue reconocido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 25.1 afirma que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (...)”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 ha consagrado el derecho a la alimentación, en su art. 11.1, en el que afirma: “(...) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. Mas específicamente, el art. 11.2, consagra “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”. A estos efectos, se establece, además, que los Estados partes del Pacto adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) “Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

En 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la observación general 12, con la que interpretó sus obligaciones en detalle. El derecho ha sido reconocido, además, en varios otros documentos internacionales *ad hoc*, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c) y art. 27.3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25.f), y art. 28.1).

El derecho a la alimentación ha sido también reconocido por distintos instrumentos regionales, aunque no como derecho autónomo, siendo afirmado más o menos explícitamente como uno de los perfiles mencionado en el marco de la protección de otros derechos, y esencialmente del derecho a la vida, a la salud o a la educación. Es este el caso de los siguientes documentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, también conocida como “Pacto de San José” (art. 4, “derecho a la vida” y art. 5, “derecho a la integridad personal”), y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el llamado “Protocolo de San Salvador”, de 1988 (art. 10, “derecho a la salud”); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, (art. 5, “supervivencia y desarrollo”, art. 11, “educación” y art. 14, “salud y servicios médicos”); el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, de 2003. Varias son, además, las fuentes de derecho internacional no vinculantes que afirman el derecho, como las Directrices vo-

luntarias adoptadas en 2004 por todos los estados miembros de la FAO para realizar progresivamente el derecho a la alimentación.

Derecho a la alimentación (derecho europeo). En el marco europeo, que es siempre un ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, no hace una referencia explícita a un derecho a la alimentación, pero goza indirectamente de la protección ofrecida a otros derechos, y principalmente el derecho a la vida (art. 2) y la prohibición de la tortura (art. 3).

Asimismo, por los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, aunque no mencionando el derecho a la alimentación, consagra toda una serie de principios que lo incluyen como proyección del bien jurídico que estos mismos expresamente protegen, es decir: la dignidad humana (art. 1), el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad de la persona (art. 3) y la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4). Además de este perfil implícito de protección de la alimentación como *food security*, la Unión Europea prevé también una perspectiva explícita y acentuada de *food safety*, y, con el reglamento n. 178/02 ha consagrando claramente el derecho a la seguridad alimentaria, que goza de protección también en vía de precaución, dando así lugar a una rama completamente nueva de derecho de la Unión Europea, y, por el principio de supremacía, también del derecho interno de los Estados miembros, que es el derecho alimentario.

Derecho a la alimentación (derecho comparado). Si se hace un análisis comparado sobre la afirmación del derecho en las Constituciones nacionales, incluidos los Estados que contemplan las citadas normas internacionales en materia de protección del derecho en su “bloque constitucional”, y por consecuencia deben cumplir con ellas, señalamos la existencia de dos categorías: por un lado, la categoría de los Estados que no incluyen el derecho a nivel constitucional y, por otro lado, la de los Estados que hacen una referencia explícita al derecho. La decisión de reafirmar explícitamente el derecho en el texto de su Constitución corresponde, en este caso, al deseo de reafirmar aún más su fuerza en el plano interno. En esta segunda categoría todavía hay que matizar entre las Constituciones que afirman el derecho de forma general y las que lo prevén tanto de manera general como con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población.

En el primer grupo se colocan la Constitución de Bolivia (art. 16), Bangladesh (art. 15 y art. 18), Congo (art. 34), Etiopía (art. 90), Haití (art. 22), India (art. 47), Malawi (art. 13), México (art. 4 y art. 27), Nicaragua (art. 63), Nigeria (art. 16), Pakistán (art. 38), República Dominicana (art. 8), República Islámica de Iran (art. 5 y art. 43), Rusia, Sri Lanka (art. 27), Ucrania (art. 48) y Uganda (art. 14).

En el segundo grupo es posible incluir las Constituciones que hacen una mención específica del derecho con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población, como la Constitución de Paraguay, con relación a los niños, que tienen derecho a que la familia, la sociedad y el Estado garanticen una protección contra la desnutrición (art. 54), y las personas de tercera edad, que gozan de una protección integral a cuyo efecto la familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios asis-

tenciales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, etc. (art. 57). La misma actitud de Paraguay es adoptada por Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Guatemala (art. 51 y art. 99) y Cuba (art. 9.b). La Constitución de Ecuador, de 2008, afirma el derecho para todos los ciudadanos (art. 23.20 y art. 42) y también con referencia a algunas categorías (art. 43, art. 49 y art. 50), además, combinando ambos aspectos *security* y *safety* del derecho. En esta misma categoría se puede colocar la Constitución de Sudáfrica (arts. 27 y 28).

Derecho a la alimentación (jurisprudencia). Hay pocos casos que tratan específicamente del derecho de la alimentación y que reconocen su justiciabilidad, tanto a nivel constitucional que en un marco más amplio de protección del derecho.

En el ámbito nacional, destaca una sentencia de julio 2013, que condena por omisión al Estado de Guatemala por no garantizar el derecho a la alimentación de cinco niños y niñas en un proceso enmarcado dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (*Juzgado de la niñez y Adolescencia y de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal del Departamento de Zacapa*).

En Argentina, una sentencia de 2007 ha afirmado que tanto el Estado Nacional como una provincia no han cumplido cabalmente con el mandato legal de garantizar los derechos humanos de los pobladores de las zonas referidas, incluido el derecho a la alimentación (*Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia del Chaco*).

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a la alimentación con referencia a la alimentación escasa de los detenidos, que integra una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes durante la detención (*Ostrovar vs. Moldova, Modârca vs. Moldova, Florea vs. Romania*).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido indirectamente la violación del derecho a la alimentación y la responsabilidad internacional del Estado principalmente por violación de garantías judiciales y de la integridad personal, y además de estas dos razones, también como consecuencia de la violación de otros derechos; es decir, por violación de los derechos a la vida (*Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*), y, cuando las víctimas hayan sido niños, de los derechos del niño (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*), por tratos inhumanos y degradantes (*Díaz Peña vs. Venezuela*), y también por falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, de reconocimiento de la personalidad jurídica, de protección judicial, por el incumplimiento del deber de no discriminar (*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*), así como por violación de la libertad de asociación, de la libertad de circulación y residencia (*Fleury y otros vs. Haití*).

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO A LA DIFERENCIA

Para definir el derecho a la diferencia nos referiremos en primera instancia al más conocido término de derecho a la igualdad. La idea del derecho a la igualdad se encuentra profundamente arraigada en las distintas corrientes del pensamiento occidental. Desde las Institutas de Justiniano encontramos

que los atributos de la personalidad y sus derechos derivan de la naturaleza humana, por lo cual las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos eran consideradas antinaturales.

El cristianismo refuerza esta idea, en que las personas, como hijos de Dios, tenían igualdad de sustancia, pero desigualdades reales, que derivaban de su pueblo, situación familiar, sexo, edad o condición social. Con la codificación de los derechos humanos en la era moderna, y en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se fortalece la idea del derecho a la igualdad, el derecho a tener los mismos derechos, a pesar de ser diversos.

Al constatar, sin embargo, que la diversidad conduce frecuentemente a la desigualdad y a la discriminación, la Organización de las Naciones Unidas promulgó diversas convenciones de derechos humanos que reconocen la diversidad, la igualdad de derechos y el *derecho a la diferencia*, entendido como el derecho a ser diferente sin ser desigual, respetando el acceso a los derechos, es decir, a no ser discriminado por ser diferente.

Estas convenciones son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, y por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

En los ordenamientos jurídicos actualmente se reconoce el derecho a la diferencia por edad, al reconocer derechos específicos a niñas, niños y jóvenes o a personas adultas mayores o por sexo, al reconocer los derechos por embarazo y maternidad por ejemplo. De manera más reciente, se encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural. Ejemplos del derecho a la diferencia se encuentran en:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...” (art. 2) (2001).

2) Constitución Nacional de Argentina: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural...” (art. 75, inc. 17) (1994)

3) Ley Constitucional sobre los Derechos de las Minorías Nacionales (Narodne novine, nos. 155/2002 y 47/2010) de la República de Croacia: “La República de Croacia garantiza a las y los miembros de las minorías nacionales, el derecho a la representación en el Parlamento Croata” (art. 19).

El derecho a la diferencia, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural (en sentido amplio, que incluye preferencia religiosa, orientación sexual o política entre otras), no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los “distintos”, sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia; es decir, evitar la discriminación.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

DERECHO A LA FAMILIA

La Real Academia Española define a la familia como el “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia”.

La familia es un grupo de personas ligadas por lazos de parentesco, y a los adultos se les atribuye la responsabilidad del cuidado de los hijos. Esos lazos de parentesco se establecen, bien porque todos descienden de un tronco común, o se crean con motivo del matrimonio.

Las relaciones familiares siempre han sido reguladas por el derecho, estableciéndose puntualmente los derechos y obligaciones de los miembros que conforman la familia: tradicionalmente, en las sociedades occidentales, esas relaciones familiares han estado asociadas al matrimonio. Así se conformó el derecho de familia, que contiene todas esas normas que regulan las relaciones entre los miembros de la familia.

Sin embargo, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se plantea el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a constituir una familia, considerando a ésta como el elemento fundamental de la sociedad, y por ser la familia una de las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad debe ser protegida.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que todos los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, en la que disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. También este instrumento internacional considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que establece para el Estado la obligación de protegerla.

A partir de estas declaraciones, con el reconocimiento, tanto de la importancia que la familia tiene para el buen desarrollo de una sociedad como de la necesidad de que el Estado la proteja, se fortalece el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a tener una familia, y el Estado les debe garantizar plenamente el goce de ese derecho.

El derecho de las personas a tener una familia se convalidó en posteriores instrumentos internacionales. Así, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en todos ellos se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la socie-

dad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconociéndoles a la mujer y al hombre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas del país.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, también reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en donde, en particular las niñas y niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Asimismo, reconoce que niñas y niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, que le fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ratifica, en principio, que la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye, según la Corte, un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado tanto en la Declaración Universal como en la Declaración Americana, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana.

En las Directrices de Riad igualmente se enfatiza que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo que los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en su art. 4, considera a la familia como la unidad básica de la sociedad y el medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, por lo que debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, y señala que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

En la Constitución Política de Colombia se reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, estableciendo para el Estado y la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Rosa María Álvarez

DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL

La palabra “imagen” proviene del latín *imago*, *imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de un bien o una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser reproducida por dibujo, fotografía, grabación y cualquier otro medio existente para su captación y reproducción. También dentro de ella se encuentran los rasgos que permiten identificar a una persona.

El derecho a la imagen personal es un derecho de la personalidad, que faculta a la persona para impedir que su apariencia física sea reproducida sin su consentimiento. La necesidad de su protección surge con la fotografía como mecanismo para captar la imagen de una persona sin que ella se percatara de dicha conducta, y sobre todo cuando su destino fuera crear publicidad o algún desprestigio a la persona o su familia.

Los antecedentes legislativos de protección a la imagen personal a través del derecho de autor del fotógrafo se dieron en Alemania (1876), Australia (1885) y Bélgica (1886); en todos ellos se reconoce el derecho de autor del artista, pero se indica la necesidad del consentimiento de la persona representada en el retrato. La jurisprudencia francesa hizo contribuciones importantes, al vincular el derecho a la imagen personal y familiar con los sufrimientos que puede sentir un familiar cuando se divulga la imagen de un integrante de su familia en el lecho de muerte, y como consecuencia el deber de reparar el daño a los sentimientos, lo que hoy conocemos como “daño moral”.

El derecho a la propia imagen tiene dos facetas: la positiva, la facultad personalísima de imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra propia imagen, y la negativa, para poder impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución por un tercero sin nuestro consentimiento expreso o tácito.

El derecho a la imagen se ha relacionado con varios derechos de la personalidad, como el respeto a la privacidad, el derecho al honor, a la identidad, al propio cuerpo; incluso se consideró como parte de alguno de esos derechos. Nosotros tenemos la convicción de la autonomía del derecho a la imagen, que cada vez necesita mayor protección, porque los medios para la captación de imágenes y su difusión son prácticamente vertiginosos, y en algunos casos se causan daños graves a la persona o su familia.

Cuando se niega la independencia del derecho a la imagen, de la vida privada, del honor y la fama, es porque se considera que el daño es más grave cuando se suma el ataque a la fama, al honor o a la privacidad; pero igual daño se causa cuando la imagen de la persona es distribuida, incluso sin que se afecte la privacidad, el honor y la fama; si esta no está de acuerdo con ese hecho.

La normatividad como derecho de la personalidad autónomo la encontramos en el Código Civil italiano; en España, en la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; esta legislación consta de 9 artículos.

En México, Distrito Federal, en 2006 se publicó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen. En su art. 16 define a la imagen personal como “La reproduc-

ción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material”, y el art. 17 identifica el derecho a la imagen como “Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma”.

Como todo derecho, y en particular como derecho de la personalidad, esta facultad encuentra límites generales y particulares, que se reflejan en la propia personalidad del titular de la imagen y en las circunstancias concretas de la captación y difusión.

Elvia Lucía Flores Ávalos

DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información encuentra su más claro antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo art. 19 se establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esta garantía también es reconocida, con ligeras modificaciones, por otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.1). De los mencionados instrumentos internacionales se desprende que junto al derecho de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Destaca la incorporación de los conceptos recepción e investigación, y el de información, que se suma a las libertades de opinión y expresión, dándole un contenido más amplio.

La evolución que tuvieron los medios de comunicación e información durante el siglo XX, con la invención del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine, la televisión, hasta llegar al surgimiento de las computadoras y el internet, amplió y modificó la capacidad de los seres humanos de comunicarse. Este avance tecnológico hizo necesario reformular la concepción original de la libertad de expresión, que protegía principalmente al emisor de la información, es decir, la persona que expresa sus ideas y pensamientos, frente a la eventual intervención de un tercero —autoridad o persona—, que pretendía impedirsele, para ampliar su ámbito de protección a los receptores de la información, adquiriendo así un nuevo alcance.

Para Jorge Carpizo, el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días, y que es indispensable tener en cuenta para fortalecer y garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural. Para explicar esta evolución establece un modelo de círculos concéntricos, en el que en un primer círculo se encuentra la libertad de pensamiento; en un segundo círculo, que engloba al primero, se contiene la libertad de expresión; en un tercer círculo se encuentra la libertad de imprenta, y un cuarto círculo, más amplio, que engloba a los

otros tres, y que es el derecho a la información. Los círculos exteriores van ampliando los derechos y las libertades con la finalidad de hacerlos más efectivos (*Constitución e información*).

Sergio López Ayllón señala que el derecho a la información (contenido en la libertad de expresión en sentido amplio) es la garantía que tienen las personas de conocer de manera activa —es decir, investigando— o pasiva —recibiendo— las ideas, opiniones, hechos o datos que se producen en la sociedad, y que les permiten formarse su opinión dentro de la pluralidad, diversidad y tolerancia que supone una sociedad democrática. Resulta entonces que la libertad de expresión, en su concepción contemporánea, comprende tres libertades interrelacionadas: las de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas; la protección alcanza tanto aquellos que expresan y difunden sus ideas o pensamientos como a quienes las reciben, y aun a quienes desean investigarlas (*El acceso a la información como derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana*).

Por su parte, para Héctor Faúndez Ledesma, de la Declaración Universal se pueden apreciar dos elementos fundamentales, que deben ser examinados en forma separada: en primer lugar, la libertad de expresión propiamente dicha, en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas, y, en segundo término la libertad de información, como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Precisa que se han distinguido dos “subespecies” de la libertad de expresión: a) la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de opinión, la que estaría configurada por la libertad de pensamiento o la libertad ideológica, y b) el derecho a la información en su doble vertiente, que permite comunicarla y recibirla. Mientras en el primer caso el objeto de protección es la idea, en el segundo lo sería la noticia, o el dato (*Los límites de la libertad de expresión*).

El derecho a la información, en tanto derecho humano fundamental que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales, obliga a los Estados que los han suscrito por formar parte de su derecho interno, así como en diversas Constituciones políticas, como la mexicana (art. 6o.), permite a cualquier persona, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal persona tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio. En caso de una violación por parte del Estado, la persona tiene una competencia específica para su protección, que en el caso mexicano se configura a través del juicio de amparo.

A la obligación del Estado de abstenerse tiene adicionalmente la obligación positiva de garantizar al individuo el acceso a una información, que, por serle útil y beneficiosa, constituye un bien jurídico; en tanto derecho subjetivo, es un derecho individual y público que posee una proyección social, debido a que se encuentra indisolublemente unido al interés social y garantiza el pluralismo ideológico de la sociedad. Contempla la intervención del Estado para tutelarlos, asumiendo la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad sea veraz y refleje la realidad y tenga un contenido que le permita una participación informada en la atención de los problemas nacionales.

Se debe precisar que el objeto sobre el que recae el derecho a la información no se limita únicamente a las noticias, sino que su objeto es más amplio, extendiéndose a datos, hechos, comentarios y juicios, cualquiera que sea la forma que revistan y el medio por el que se transmitan. Otro aspecto importante del derecho a la información es la difusión, que debe ser sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión, circunstancia que implica reconocer la universalidad en la difusión de las informaciones.

El derecho a la información también reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de interés público, por lo que es obligación de todo Estado democrático no obstaculizar o restringir el ejercicio de ese derecho, así como es su responsabilidad facilitar el acceso a la información en poder de las distintas instituciones públicas. Ésta es una modalidad clave mediante la cual se cumple el derecho a la información. En América Latina, la tendencia ha sido ampliar las funciones del Estado en la garantía de los derechos informativos, reconociendo que, además de garante, es una fuente de información, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, indicando que el art. 13 del Pacto de San José establece el derecho de todas las personas a pedir información y la obligación del Estado de proveerla sin necesidad de acreditar un interés directo para obtenerla o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Luis Raúl González Pérez

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

En el derecho constitucional comparado, el derecho a la libertad de información es una herencia del siglo diecinueve, que ha penetrado en el derecho constitucional. La mayoría de las Constituciones democráticas y cartas de derechos humanos en el mundo establecen a la libertad de información como una libertad interrelacionada con la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información es necesario para ejercer ideas y opiniones que contribuyan a la pluralidad democrática.

Para Thomas Emerson, la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información, hasta los derechos de reunión y asociación.

El desarrollo normativo de estas Constituciones en las diversas regiones del mundo ha sido influenciado por el propio desarrollo del derecho a la información en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La doctrina tradicional de interpretación del derecho a la información en estos tratados comprende el concepto de información como aquella que proviene de los medios de comunicación, y que tiene el carácter de contribuir al interés general democrático.

El derecho a la información ha sido tradicionalmente entendido como un derecho a la información inherente al ser humano y realizado a través de los medios de comunicación y las tecnologías de la información. Las Constituciones y cartas de derechos anglosajonas fundan la garantía de expresión e información en el deber de la no injerencia, que impone una obligación negativa al Estado de intervenir y obstruir el principio del “libre flujo de información”, incluso a través de las fronteras. Dicho principio proviene de la doctrina norteamericana dentro de los discursos del estadista norteamericano James Madison.

En esta concepción, la información es necesaria para participar en decisiones que le afectan, sobre procesos de gobierno, pero también sobre asuntos de interés público. Esta idea tiene su fundamento en la filosofía de John Milton, quien definió que la búsqueda y el descubrimiento de la verdad en el “mercado de las ideas” es una libertad del hombre, y que con Felix Frankfurter derivó en una idea moderna del “progreso de la civilización”. En opiniones constitucionales de Estados Unidos, el juez Oliver Wendell Holmes en 1919 utilizó la metáfora del libre intercambio de las ideas, tal y como sucede en un mercado comercial, y en 1953 el juez William O. Douglas argumentó que los periódicos, revistas y libros son una oferta fundamental en el mercado de las ideas.

La jurisprudencia constitucional europea vincula estrechamente la libertad de información con la libertad de expresión. Se caracteriza por ser un derecho social fundamentalmente en jurisprudencias de España, Inglaterra, Francia, Italia y los países nórdicos. La interpretación dominante es que se trata de una libertad a estar informados y a recibir información plural proveniente de las diversas fuentes de información, retomando las ideas liberales del mercado de información y el principio del libre flujo.

La doctrina internacional más antigua coincide en que se trata de una libertad no absoluta, y que sus límites deben estar previamente fijados en la ley para asegurar “el respeto a los derechos y a la reputación de los demás”, “el derecho a la vida privada” o la “protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”.

Las leyes que garantizan el derecho a la información gubernamental han cambiado drásticamente el panorama jurisprudencial desde las últimas décadas del siglo veinte. Más de noventa países en el mundo han adoptado leyes de transparencia y acceso a la información. Estas leyes se conforman desde dos enfoques: uno basado en la libertad de información constitucional (orientado a derechos humanos), y otro procedimental administrativo, fundado en el principio de publicidad de los gobiernos liberales.

La jurisprudencia constitucional interamericana ha reconocido que el derecho a la información incluye un derecho de acceso a la información gubernamental, como es el caso de Argentina, Chile y México. Las cortes constitucionales y tribunales de la región han reconocido el derecho a la información como un derecho humano inalienable y universal. Derecho que está considerado indispensable para garantizar la formación y la existencia de la opinión pública y para la realización de otros derechos humanos que pueden satisfacerse mediante el acceso a la información (Costa Rica). El derecho a la

libertad de información se ha consagrado también para que el público decida por sí mismo si la acción de gobierno es apropiada o no, a través de peticionar directamente información gubernamental (Estados Unidos).

En otra tendencia de la jurisprudencia constitucional comparada ha vinculado el derecho a la información con el “derecho a la verdad”. Se encuentra como un derecho que protege a las víctimas, a sus familiares, y a la sociedad en general, para conocer los hechos de las atrocidades perpetuadas por los gobiernos del pasado. Esta ha sido la interpretación de cortes constitucionales en Hungría, Bulgaria, Moldovia, México, Guatemala, entre otros.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la información se encuentra previsto en gran parte de las Constituciones de los Estados europeos; es reconocido en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en el art. 11 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el art. 10. La larga tradición del derecho a la libertad de información europea se distingue por el inseparable vínculo con la libertad de expresión, en el que comparten su justificación y aplicación. La libertad de información es, por lo tanto, un pilar fundamental en el marco de la idea de democracia liberal europea.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, los Estados parte decidieron establecer una relación filial de las libertades informativas, donde la libertad de expresión “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informes o ideas”. De manera que la interpretación de la justificación de la libertad de información se hace a través de las razones democráticas que sostienen la defensa de la expresión.

El art. 10, párrafo 2, del Convenio, prevé que los límites conllevan “deberes y responsabilidades” y “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley”. El Convenio enumera límites a la libertad de información concretos: “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección a la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de información confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la información establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el papel clave que juega la prensa en la sociedad democrática. Ha dicho que en el ejercicio del “derecho del público a obtener información, opiniones e ideas” la prensa no debe rebasar los límites de sus deberes y responsabilidades cuando difunde información e ideas de todos los aspectos del interés público. Esto lo ha dicho en casos como *Zana v. Turquía*, 1997; *Von Hannover v. Alemania*, 2012; *Axel Springer v. Alemania*, 2012; *Handyside v. Reino Unido*, 1976.

El derecho de la prensa incluye la libertad de recibir ideas e información, ya que de otra forma no podría llevar a cabo su papel de contrapeso del poder.

De manera que por el término de “información” en el derecho internacional europeo se ha entendido información noticiosa que transmiten los medios de comunicación, en el estilo de la doctrina del libre flujo de las ideas norteamericana. De ahí que el derecho a la información de las personas que no son medios de comunicación a acceder a información de gobierno ha tenido un reconocimiento reacio en el Tribunal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el derecho a la información con el derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Ha dicho que la publicidad de los documentos en los casos donde la muerte de una persona se está investigando es relevante involucrar a los familiares de la víctima y proveerlos de información, pues la incapacidad de tener acceso a los testimonios de los testigos antes de que sean llamados a declarar los puede colocar en una posición de desventaja en el procedimiento judicial (*McKerr v. Reino Unido*, 2001; *Oğur v. Turquía*, 1999). Se trata del derecho a los hallazgos del caso y a los documentos del expediente de la investigación en fases preliminares, para participar efectivamente en la defensa.

La publicidad también se ha vinculado con un proceso judicial equitativo (art. 6o. de la Convención), que garantiza el derecho a un juicio público, donde las partes han sido proveídas de información pertinente para su defensa efectiva expresada en audiencia pública (*Nideröst-Huber v. Suiza*, 1997; *KP v. Finlandia* 1996).

Asimismo, en la jurisprudencia europea el derecho a la información gubernamental está también vinculado con el derecho a una vida privada y familiar. En el caso *Gaskin v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo dijo que toda persona tiene garantía al derecho a recibir información necesaria para conocer y entender su infancia y se propio desarrollo infantil. También reconoció la confidencialidad de la información de la vida privada como un límite al derecho a la información para la protección de terceras personas (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Godelli v. Italia*, 2009).

Aunque el Tribunal ha reconocido el valor democrático de la transparencia gubernamental y la utilidad de la información pública, se ha negado a reconocer y garantizar específicamente el derecho de la prensa y de las personas a recibir u obtener información de las autoridades o de documentos en posesión de las autoridades. Ha reconocido que es difícil interpretar el Convenio un derecho general al acceso a los datos y documentos administrativos. Por ello, su tendencia tradicional ha sido la de rechazar la idea de un derecho de acceso a la información pública de documentos administrativos (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Leander v. Suecia*, 1987).

En el caso *Guerra y otros v. Italia*, el Tribunal dijo concretamente que la libertad de recibir información “no impone ninguna obligación positiva” a los Estados a entregar dicha información, tal y como lo dijo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1087, y la Directiva 90/313/EEC del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la libertad de acceso a la información ambiental, donde se reconoce el acceso, y no un derecho de información. Por ello, el derecho del público a recibir información e ideas sobre asuntos de interés público es un “corolario” de las funciones de

los periodistas, y en el Estado recae la obligación de no interferir o restringir que las personas reciban información que otros transmiten.

En el caso *Eccleston v. Reino Unido*, de 2002, el Tribunal reiteró el criterio de *Guerra y otros v. Italia*, resolviendo que el derecho a recibir información que está contenido en el art. 10 del Convenio se refiere a información que otros comunican, y que no impone ninguna obligación en el gobierno de proveer información. Finalmente, en *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*, de 2009, el Tribunal puso en claro que cuando los órganos de gobierno detentan información que es necesaria para el debate público y niegan los documentos a solicitantes de esta información, se está frente a la violación del derecho a la libertad de expresión e información garantizada en el art. 10 del Convenio.

Por ello, aunque en el sistema europeo no existe un derecho general de acceso a la información de gobierno, las excepciones versan en la garantía a los derechos consagrados en los arts. 2o., 6o., 8o. y 10 de la Convención. Porque se trata de un derecho que las personas ejercen a través de la prensa y los medios de comunicación, el Tribunal ha dado preferencia en la garantía de este derecho a los medios. En el debate se discute cómo justifica el Tribunal esta desigualdad en la garantía del derecho a la información, y también lo que el Tribunal ha llamado “el derecho a conocer información de interés público”, sin que haya definido este término a detalle.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La libertad de expresión y de información son libertades hermanadas en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). La libertad de pensamiento y de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y de ahí que su vínculo interpretativo sea fundamental dentro de la jurisprudencia interamericana.

El derecho a la información en el sistema interamericano recoge la doctrina norteamericana del libre flujo de la información “sin consideración de fronteras”, y retoma su carácter democrático como un derecho individual y social. El ejercicio del derecho a la información no es absoluto, y está sujeto a los límites de “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, de acuerdo con la Convención.

En el sistema interamericano de derechos humanos, a diferencia de otros sistemas, el derecho a la información ha cobrado un carácter de justiciabilidad a través del llamado derecho de acceso a la información. Cada vez que el sistema internacional se ha encargado del derecho a la información hay una inclinación por extender su definición, promover su protección y fortalecer su causa. Esta tendencia ha sido en gran medida impulsada dentro del sistema de derechos humanos por los relatores especiales de la libertad de expresión, organismos de la prensa y de la sociedad civil organizada.

Diversos documentos del derecho interamericano dan cuenta de ello. La Declaración de Chapultepec, adoptada en 1994 por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), demanda que “las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público”. En esta categoría están los Principios de Lima, adoptados el 16 de noviembre de 2000 a convocatoria de la Sociedad Interamericana de Prensa, donde se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. Los Principios de Lima y la Declaración de Chapultepec no comprometen ni obligan a los gobiernos de los Estados latinoamericanos, pero contienen una relevancia social y moral para la región. Ambos documentos son un reflejo clave de la demanda social, del lenguaje que reclama la garantía del derecho de acceso a la información, y han sido retomados por los relatores de la OEA y la ONU como pruebas de la fortaleza de la voz que tiene la sociedad en Latinoamérica.

Igualmente importante de referir es el trabajo del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA, que en octubre de 2000 elaboró la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Establece que la garantía del acceso a la información en el poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos, contribuye a una mayor transparencia de los actos del gobierno y las instituciones democráticas; afirma que toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma y a actualizar, rectificar y/o enmendar estos datos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la primera Corte internacional en reconocer el acceso a la información como un derecho humano que supone la obligación del Estado a proporcionar la información a los individuos o grupos de personas. La resolución de la Corte en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 2006, recogió diversas recomendaciones sobre el acceso a la información que desde 1994 venía realizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte enaltece la importancia individual y social del derecho, rompiendo con la tradición europea de que el derecho a la información se centra principalmente en la información noticiosa que producen los medios de comunicación. La Corte sostuvo que el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula expresamente los derechos a “buscar” y “recibir” informaciones que “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”, sin necesidad de acreditar un interés jurídico.

Reafirmando este sentido democrático y la reformulación de la interpretación hacia la información gubernamental, ya no solo mediática, la Corte alude a la Carta Democrática Interamericana, que en su art. 4o. reconoce la importancia de “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad expresión y de prensa”, así como la participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado. Se incorpora también el sentido de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde el derecho de acceso a la información es la herramienta para que los ciudadanos

ejerzan un control democrático de las gestiones estatales. Finalmente, la Corte señala que el derecho de acceso a la información tiene restricciones; no es un derecho absoluto, mismas que deben aplicarse bajo los principios de proporcionalidad y conducencia, “interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

En la jurisprudencia interamericana, los principios rectores del derecho de acceso a la información son la máxima divulgación y el principio de buena fe de los funcionarios de gobierno en la atención a las solicitudes o peticiones de información de las personas. Asimismo, las obligaciones impuestas al Estado por el derecho de acceso a la información interamericano son las de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas; contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información; contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información; la transparencia activa; producir o capturar información; generar una cultura de transparencia; implementación adecuada; adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El art. 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho a la integridad personal dando expresamente una protección amplia, incluyendo en su inciso 1 a la integridad física, mental y moral. Permite que se declare responsabilidad internacional de los Estados por una violación a ese derecho, sin que necesariamente se lleguen a acreditar específicamente actos de tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Otros tratados solo enumeran estos últimos en sus textos (ej. art. 3, Convenio Europeo y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (véase Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles*, 2014).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana —coincidente con la europea y universal— destaca como características principales de este derecho: a) su inderogabilidad, aun en situaciones de emergencia (art. 27 de CADH); b) el principio de prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, aun en casos de amenazas a la seguridad nacional o uso para combatir el terrorismo; c) las obligaciones tanto negativas (abstención) como positivas que genera al Estado (medidas de prevención razonable contra ataques de particulares, deber de investigación y sanción a responsables, reparación y adopción de leyes y prácticas). Se destacan violaciones “procesales” al art. 5o. por incumplimiento del deber de investigar denuncias serias de tratos crueles o tortura (caso *Bayarri*), y d) en casos de privación de libertad se admite como legítimo únicamente el inevitable sufrimiento inherente a la detención, enfatizando la obligación de los Estados de garantizar la salud y la “vida digna” de las personas privadas de libertad (art. 5.3 CADH y caso *Vera*).

La jurisprudencia interamericana en torno al art. 5.2 es cuantiosa, y se apoya en tratados universales y regionales específicos contra la tortura, así

como en las interpretaciones de sus respectivos órganos de implementación (ONU y Corte Europea). Si bien en ocasiones resulta ambigua o antojadiza, se han desarrollado elementos para distinguir: a) casos de tortura, y b) casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

a. Actos de tortura: la CADH no define “tortura”, pero la interpretación de los órganos del sistema interamericano, en concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requieren los siguientes elementos para que se configure: 1) intencionalidad (no resultado de negligencia, accidente o fuerza mayor); 2) sufrimiento físico o psicológico severo; 3) cometida con un propósito u objetivo determinado (caso Buenos-Alves, párr. 79-81). Algún caso aislado que trataba sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez sugirió un cuarto elemento: participación de agentes del Estado o de particular actuando con su apoyo, aquiescencia o tolerancia, en cuya ausencia no se puede comprometer al Estado (véase caso González y voto “concurrente” jueza Medina Quiroga, en realidad disiente con este elemento).

A diferencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes, de Naciones Unidas, la Corte Interamericana exige la severidad del sufrimiento, y no requiere necesariamente el propósito de extraer una confesión incriminatoria o una declaración en contra de otra persona como propósito, aceptando también, por ejemplo, el objetivo de intimidación y castigo como fines de la tortura (Gómez Paquiyauri, párr. 116). Para determinar la severidad se usan tanto factores exógenos: característica del trato, duración, métodos usados y los efectos físicos y psicológicos (caso Buenos-Alves, párr. 83 y Loayza Tamayo, párr. 57), como factores endógenos: características de la víctima, edad, género, condición de salud o cualquier otra circunstancia personal.

Al categorizar casos como severos, declaró que constituyeron tortura, por ejemplo, golpes infligidos por policías durante tres días, uso de bolsas en la cabeza de la víctima y amenazas de dañar a un familiar (caso Bayarri), golpes en las orejas y estómago, insultos y privación de medicamentos (caso Buenos-Alves), puñetazos en el cuerpo y la cara, quemaduras de cigarro, descargas eléctricas en los testículos y práctica del submarino (caso Tibi); confinamiento solitario (De la Cruz Flores); violencia y violación sexual, privación de asistencia de salud pre y postnatal y de productos para la higiene personal (caso del Penal Miguel Castro Castro); castigo corporal, como el uso de látigo de nueve colas, junto a otras circunstancias de detención (caso Ceasar). En muchos de estos casos se combina tortura psicológica y física y condiciones de detención.

Asimismo la jurisprudencia desarrolló el concepto de tortura psicológica como aquella que a pesar de no contar con una consecuencia física visible en la víctima implica su sometimiento a un contexto de angustia y sufrimiento intenso, de modo intencional, para suprimir su resistencia psíquica y forzar a autoinculparse, o a confesar determinadas conductas delictivas; o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma (ej. propósito de anular la personalidad y desmoralizar a la víctima, caso Maritza Urrutia).

b. Pena o trato cruel, inhumano y degradante: la CADH no contiene definición expresa, y la interpretación conceptual de los órganos es ambigua. Se presentan dificultades de diferenciar los actos de tortura en algunos casos con los que son categorizados solo como tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de lograr la evidencia en el litigio internacional. El elemento de severidad juega un rol fundamental para la distinción, ya que los elementos de intencionalidad y propósito determinado también son exigidos para esta calificación (ver voto concurrente Cecilia Medina, caso González). Con base en la jurisprudencia de la Corte Europea surgieron algunos elementos que pueden ayudar a la categorización de los actos estudiados.

Trato degradante puede caracterizarse por énfasis en la inducción de sentimiento de miedo, ansiedad e inferioridad a la víctima, con el propósito de humillarla y quebrar su resistencia moral y física. Aun en la ausencia de lesiones físicas, puede existir sufrimiento moral y psicológico, que alcanza a trato inhumano (caso Loayza Tamayo, p. 57).

Trato inhumano enfatiza el sufrimiento mental y físico, considerando como tal a las amenazas de tortura inminente o de muerte tanto a la víctima como a un familiar, pudiendo incluso en algunos casos escalar hasta tortura psicológica (ej. testigos de brutal masacre Masacre Ituango).

Se ha calificado como trato cruel el fenómeno del corredor de la muerte o la espera en detención hasta que se haga efectiva la pena de muerte. Si bien no se afirma claramente que dicho fenómeno sea *per se* trato cruel, fue declarado como tal sumado a las circunstancias de detención de los casos particulares atendidos (casos *Raxcacó-Reyes, Hilaire y Boyce et al.*). También se consideró trato cruel actos de violencia sexual (adoptando concepto amplio que no solo se refiere a violación y no requiere necesariamente contacto físico) contra mujeres por ser obligadas a permanecer desnudas y negarles la posibilidad de higiene personal. De esta manera, también se consideró como violación del art. 5.2 el deterioro físico y psicológico debido a las condiciones de detención (caso del Penal Miguel Castro Castro).

Pero la categorización como conducta atentatoria del art. 5.2 de la CADH o una simple declaración de violación del art. 5.1 es muchas veces ambigua. En ocasiones no se encontró como trato cruel, inhumano y degradante, sin mayor explicación, conductas similares a las acaecidas en otros casos que lograron tal categorización (ej. caso Valle Jaramillo, la situación de sobrevivientes fue agonizante y amenazante, pero no clasifican como violación al art. 5.2). En el caso de que las víctimas involucradas sean niños o niñas, la Corte se inclina a encontrar más fácilmente una violación del art. 5.2, a diferencia de casos en que con hechos similares las víctimas son adultos (caso Instituto de Reeducación del Menor).

En cuanto a las violaciones al art. 5.1 de la CADH, se debe destacar la presunción *iuris tantum* de sufrimiento mental y moral de familiares cercanos (padres, hermanos, cónyuges y compañeros permanentes) de personas desaparecidas, torturadas o víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Para seres queridos con otros vínculos, se debe remitir evidencia que demuestren su cercanía (ej. búsqueda de justicia). En casos aislados la Corte ha dejado fuera de esta categoría a hijos de desaparecidos (caso Radilla Pacheco) y ha decretado

una violación del art. 5.2 respecto de familiares de víctimas (caso Bámaca Velásquez). Por otra parte, se declaró la violación a la integridad personal de periodistas por las afectaciones en su profesión sufridas como consecuencia de actos de hostigamiento de particulares mientras trataban de ejercer su labor (caso Luisiana Ríos y otros y Perozo y otros), así como respecto de personas que no pudieron acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (caso Atravía Murillo).

En cuanto a la separación física de condenados y procesados garantizada por el art. 5.4 de la CADH, la Corte solamente encontró violación en pocos casos, afirmando que atenta con el derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que se requieren medidas más adecuadas que la sola separación de celdas, colocando a los detenidos en diferentes secciones de un centro de detención o, incluso, de ser posible en distinto centro (caso Yvone Neptune). También la Corte, aunque no declara violación del art. 5.4, se pronunció en casos de necesidad de separar personas que se encuentran detenidas por incumplimiento de ley migratoria de carácter civil de aquellas alcanzadas por el sistema penal (caso Vélez-Loor).

En cuanto a la separación de niños, niñas y adolescentes de adultos exigida por el art. 5.5 en casos en los que pueden ser procesados, la Corte determinó que esto requiere medidas especiales de protección (art. 19, CADH), entre ellas: instituciones, jueces y procedimientos diferentes, así como tener como objetivo la búsqueda de rehabilitación (OC-17 caso Instituto de Reeducción del Menor).

En cuanto al concepto de reforma y readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la pena privativa de libertad descrita en el art. 5.6, la jurisprudencia de la Corte es escasa. En algún caso la Corte afirmó que las graves condiciones de detención de niños (violencia, abuso, corrupción, promiscuidad, etc.) no logran cumplir el objetivo de rehabilitación para regresar a la vida social. Como medida de reparación se ordenó asistencia vocacional y programas especiales de educación para las víctimas (caso Instituto de Reeducción del Menor).

Finalmente, cabe solo mencionar que en el marco de su función cautelar, ambos órganos del sistema cuentan con numerosas decisiones de protección de beneficiarios con riesgo inminente de sufrir daño irreparable a la integridad personal, y ha sido un mecanismo que ha salvado numerosas vidas (ejemplo, CIDH Medidas Cautelares. Ananías Laparra Martínez, preso que luchando por su inocencia obtuvo su libertad por condiciones de salud a través de medidas cautelares. Caso de fondo pendiente de decisión).

Alejandra Gonza

DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la protección de datos personales tiene un origen marcadamente europeo, surge en la década de 1970 en Alemania como autodeterminación informativa. Se define como el control sobre los propios datos, traducido en el haz de facultades (acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO) necesario para que resulte verdaderamente efectivo,

y que deviene como un derecho imprescindible para garantizar la protección a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en un mundo dominado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Este derecho contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad, al honor y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos. Por ello se dice que es en sí mismo un derecho fundamental.

El objeto de protección de este derecho no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Cabe enfatizar que el derecho a la protección de datos personales no protege a los datos *per se*, sino a su titular.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000 es reveladora al especificar los motivos por los que el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo y diferenciado del derecho a la intimidad, precisando que poseen diferencias que atienden a su función, objeto y contenido. No obstante, ambos comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, ya que atribuyen a su titular un haz de facultades consistentes, predominantemente, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinada conducta.

Así, el derecho a la intimidad tiene la función de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar, aquella información que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. Por su parte, el derecho de protección de datos le garantiza al individuo un poder de control sobre sus propios datos, su uso y destino, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta garantía impone al sector público y privado la prohibición de convertirse en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información.

Por otro lado, el objeto del derecho a la protección de datos personales, respecto de la intimidad, es más amplio. Es decir, extiende la garantía los datos que sean relevantes para el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar. En otras palabras, el objeto de protección no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos o esfera personal; por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos. Cabe destacar el hecho de que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los concernientes a la vida privada o íntima de la persona, sino todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, y servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, que eventualmente pudiera constituir una amenaza para el individuo.

Finalmente, en cuanto a su contenido, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de

toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; en otras palabras, deberes de no hacer. Mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades, consistente en imponer a terceros deberes jurídicos para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales; es decir, deberes de hacer, como el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el uso y destino de esos datos, así como el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

María de los Ángeles Guzmán García

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido considerado por los países democráticos como un principio fundamental de una sociedad pluralista (Alemania, España, Costa Rica, Colombia, México, Estados Unidos, Francia, Turquía, Italia, Canadá, entre muchos otros). Su propósito fundamental es respetar las creencias personales sin distinguir por sus contenidos y protegerlas de los valores mayoritarios que pueden ser opresivos. Sin embargo, la comprensión de este derecho y la valoración de sus eventuales restricciones han presentado múltiples dificultades interpretativas.

La dogmática del derecho no es unánime, de tal suerte que los conceptos de religión y conciencia aparecen usados indistintamente en la jurisprudencia. Al parecer, la libertad de pensamiento y de religión da origen a la libertad de conciencia y a la libertad de culto. Las primeras permiten a los sujetos creer o no, y la última, a manifestar, comportarse, dar a conocer o expandir esos pensamientos y creencias según sus convicciones no religiosas o religiosas. La libertad de culto incluye la libertad de propaganda, de congregación o fundación, de enseñanza, de reunión y asociación de las comunidades religiosas. Estas dos facetas podrían coincidir con la dimensión interna y externa del derecho. En general, al menos en Occidente y en países democráticos, solo la segunda faceta podría ser objeto de limitación estatal con base en el orden público, entendido como una situación que trasciende lo policivo, y que se refiere al mantenimiento de las condiciones que permiten el goce de los derechos y libertades de todos los individuos. No obstante, los Estados que proclaman una religión oficial, ya sean democráticos o no —como Costa Rica o los regímenes religiosos islámicos— o como parte de ciertos ordenamientos políticos —como Cuba o China— han llegado prácticamente a prohibir algunas o todas las religiones y han querido invadir todas las esferas de este derecho.

Los contextos políticos y culturales también marcan diferencias en cuanto a la jurisprudencia en la materia. En América del Norte y en ciertos Estados latinoamericanos (Colombia) se han hecho interpretaciones más inclinadas a la pluralidad; a diferencia de algunos países Europeos, esta distinción indica las dificultades que debe abordar la jurisprudencia en diferentes regiones, y llama la atención sobre el eventual avance de la tolerancia religiosa —enten-

dida como simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas— hacia el pluralismo.

Las herramientas metodológicas para juzgar las restricciones a este derecho también varían: en Europa se aplica el juicio de proporcionalidad (legitimidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), mientras que en Estados Unidos y en Canadá se aplica el juicio de razonabilidad, que analiza la proporcionalidad de manera graduada (juicio intermedio), y en algunos países de América Latina se ha intentado fusionar el procedimiento europeo y el estadounidense (Colombia), aunque esta última región no ha proferido abundante jurisprudencia sobre este derecho.

Los aspectos más problemáticos que se han planteado ante los jueces son, entre otros, la objeción de conciencia —médica o militar—, el reconocimiento de personería a los grupos religiosos, la discriminación, el derecho de los padres a escoger la educación religiosa para sus hijos, la tensión entre el derecho a la vida y las creencias religiosas, el uso de vestimenta o símbolos religiosos, la instalación de símbolos religiosos en establecimientos públicos, tensiones que se presentan en el ámbito laboral por los tiempos y espacios de culto, e incluso el no pago de impuestos y la desobediencia civil.

Algunos países europeos (España y Alemania) han considerado que existe un deber de neutralidad de las autoridades estatales respecto de convicciones religiosas, que implica la igualdad de trato de todas las agrupaciones. En países en los que no hay religión de Estado, la jurisprudencia ha considerado violatorio de la libertad de conciencia, de creencia y de culto colocar un crucifijo en aulas de escuelas estatales no confesionales, porque prima la neutralidad estatal (Alemania). Estos Estados también reconocen excepciones a la ley para asuntos que tocan de manera directa con la religión; por ejemplo, las dispensas por razones religiosas para sacrificar de cierta forma los animales que habrán de ser consumidos por los creyentes de un culto específico (Inglaterra). Tanto en Europa como en América Latina se ha afirmado que cuando las creencias religiosas o ideológicas se contraponen al derecho a la vida existe un deber de protección a la vida en el caso de personas sometidas a una especial tutela del Estado, a la edad o madurez de la persona sin que se puedan imponer tratamientos (España y Colombia). Además, en varios Estados la jurisprudencia ha considerado inconstitucional la obligación de asistir a actos de culto por violación de los derechos de los no creyentes o de adeptos a otra fe (España, Estados Unidos).

En Estados más severos con las restricciones, generalmente europeos, se ha admitido la prohibición de vestimenta religiosa en instituciones educativas (Francia y Turquía), a diferencia de lo que ocurre en países (Estados Unidos y Canadá).

Estos dos Estados cuentan con la jurisprudencia más profusa y elaborada en América. La jurisprudencia estadounidense ha evolucionado activamente en los últimos cincuenta años, y ha determinado que el libre ejercicio de la religión incluye que los adeptos puedan desobedecer una ley generalmente aplicable, a menos que el gobierno pueda demostrar: i) la existencia de un interés de Estado importante —es decir, mayor que simplemente razona-

ble—, y ii) que no haya alternativa o medios legislativos menos lesivos para lograr ese interés.

Esta protección también ha amparado a sujetos no religiosos para efectos de manifestaciones pacifistas; por ejemplo, en contra de la guerra de Vietnam. El trato indistinto entre creencias religiosas y no religiosas parece confuso dogmáticamente, y podría llevar a pensar en la necesidad de definir lo que es una religión. Pero la indefinición del concepto no afecta la protección de los derechos. De hecho, un enfoque similar es asumido por la jurisprudencia europea y canadiense, siendo esta última más detallada, al optar por evaluar la sinceridad de la creencia junto con el nexo entre la religión y ciertas prácticas. Por eso los demandantes no tienen la carga de mostrar la importancia teológica de su creencia, y solo deben demostrar que su creencia personal y subjetiva (religiosa o no) es sincera.

En Estados Unidos el uso de símbolos religiosos por parte de los empleados públicos está protegido. La jurisprudencia estadounidense ha determinado que los empleadores estatales deben ofrecer un “lugar razonable” para la práctica religiosa o probar que esas prácticas han impuesto un *undue hardship* al empleador. De manera similar ocurre en Canadá, donde los empleadores deben ajustar el lugar de trabajo y las regulaciones que tengan un impacto desproporcionado en ciertas minorías religiosas; es decir, dotar de unas condiciones razonables a estos grupos. Sin embargo, son admisibles las restricciones de buena fe resultantes de una necesidad ocupacional; por ejemplo, la prohibición de usar turbante porque el trabajo requiere el uso del casco. En el caso de empleadores privados, en los Estados Unidos se ha considerado que no hay límites constitucionales a la posibilidad de los empleadores de restringir el uso de ropa o símbolos religiosos. No obstante, las restricciones previstas para empleadores públicos son aplicables si el empleador tiene más de 15 empleados. Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que los empleadores deben garantizar el derecho al día de guardar por razones religiosas.

En cuanto a la protección a los derechos de los estudiantes, desde hace más de treinta años las cortes federales estadounidenses concluyeron que la neutralidad de las escuelas en temas religiosos no riñe con la potestad de exponer a los estudiantes a diferentes perspectivas en el currículo, incluso si ellas van en contra de las inclinaciones religiosas de las familias de los niños. Lo más importante es no obligar a los estudiantes a afirmar o negar una creencia religiosa determinada. Algunos eventos que sí podrían afectar los derechos de los estudiantes serían la instalación de símbolos religiosos aunque fueran financiados por privados (por ejemplo, los 10 mandamientos) o la participación de un ministro de una religión específica en un evento escolar (como la graduación), porque en ambos casos se ejerce sobre los estudiantes una presión indirecta y velada que puede ser tan poderosa como una obligación.

En América Latina los conflictos han sido mucho menores dado el contexto sociocultural, y, en general, reproducen problemas similares a los ya enunciados. Sin embargo, la región cuenta con países que tienen religión oficial (Costa Rica), y con uno que prohibió hasta hace muy poco la religión (Cuba). Además, uno de los aspectos más interesantes de sus debates tiene que ver con la confusión entre libertad religiosa y proselitismo político —que

eventualmente ha llevado a cancelar la autorización a muchas congregaciones en épocas de agitación política— y con la protección de las comunidades indígenas tanto en sus usos y costumbres como frente a religiones que adelantan procesos de evangelización que amenazan a las culturas originarias. Sin embargo, la tendencia normativa hacia la adopción del principio de pluralismo está presente, con lo cual la jurisprudencia parece inclinarse a dar una protección a todos los grupos que puedan coexistir en democracia y a brindar atención especial a los pueblos indígenas.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El continente americano no ha afrontado los acalorados debates derivados del derecho a la libertad de conciencia y de religión que ha afrontado Europa, debido, entre otras causas, a su composición sociocultural y a diversos fenómenos demográficos. Sin embargo, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha reconocido este derecho como elemento fundamental de la democracia en medio de sociedades diversas. Las tensiones derivadas de esta norma han propiciado varias discusiones, que en general han sido abordadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes y recomendaciones —especialmente por restricciones impuestas por dictaduras, durante guerras civiles o a causa de los principios de ciertos modelos de estado— y no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). No obstante, esta última ha aportado elementos valiosos sobre este derecho en sus opiniones consultivas.

El manejo de la dogmática del derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido similar a los desarrollos de Europa: el derecho contempla un aspecto externo y uno interno. El externo consiste en la libertad de profesar y divulgar sus creencias de manera individual o colectiva en la esfera pública o privada. El aspecto interno implica la libertad de conservar o de cambiar de religión o de creencias. Solamente el aspecto externo podría ser objeto de las restricciones que sean establecidas legalmente y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Adicionalmente, los Estados están obligados, a través de la ley, a prohibir la apología del odio religioso como incitación a la violencia y otras acciones ilegales similares contra una persona o grupo por motivos religiosos. Sin embargo, la norma no contempla la obligación de los Estados de reconocer la objeción de conciencia.

Los principales problemas que ha afrontado la región tienen que ver con las tensiones básicas que genera este derecho: discriminación, objeción de conciencia, reconocimiento de organizaciones religiosas, protección de minorías religiosas, entre otras. Con todo, existen particularidades propias del contexto político y de la historia de la región: por ejemplo, la promoción de doctrinas sociales y políticas vinculadas a una visión teológica que ciertos regímenes políticos han perseguido ilegítimamente y el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

La CIDH ha reconocido que los Estados tienen la obligación de controlar a los grupos que discriminan, promueven el odio religioso, persiguen u obstaculizan el ejercicio de derechos religiosos. Pero en ocasiones han sido los mismos Estados quienes directamente han afectado ese derecho. Por ejemplo, la CIDH constató obstáculos para ciertas religiones (Testigos de Jehová en Argentina y Paraguay, comunidad judía en Venezuela). Uno de los casos más alarmantes fue la persecución a la Iglesia católica durante la dictadura en Guatemala y durante la guerra civil en El Salvador debido a las actividades de asistencia religiosa y social, así como a los llamados a la no violencia. En todos los casos la CIDH ha llamado la atención de los Estados para eliminar las restricciones indebidas, sancionar las conductas que restrinjan el libre ejercicio del derecho, y adoptar medidas que garanticen la no repetición de estos hechos.

El trabajo de la CIDH también ha sido notable en el caso cubano, donde existían severas restricciones a la libertad religiosa debido al régimen político establecido. No obstante, la posición de la Comisión fue constante, y hace poco se logró una reforma constitucional a favor del derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

En cuanto a la relación entre la cultura, la espiritualidad y la posesión de tierras tradicionales de comunidades indígenas, no existe claridad ni uniformidad en los pronunciamientos de la CIDH y, por el contrario, aparece un elemento crítico, que eventualmente ocupará la atención tanto de la Comisión como de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido muy poco al derecho a la libertad de conciencia y de religión; en general lo ha hecho en ejercicio de su función consultiva con respecto a la intangibilidad de derechos y garantías y a la obligatoriedad de un recurso efectivo para su protección. En ese sentido, el derecho a la libertad de conciencia y de religión es intangible en su dimensión interna, y en su dimensión externa solo puede ser restringido bajo ciertas circunstancias determinadas por la CADH y, en todo caso, dada la intangibilidad del derecho, el recurso efectivo a través del cual se protege también es intangible.

En sede contenciosa, la Corte solo ha proferido una sentencia que trata directamente el tema con respecto a la censura de una película sobre la vida de Jesús. La Corte IDH no encontró que se hubiera producido una interferencia con art. 12 de la CADH por censurar un filme que, según los peticionarios, daba información sobre la religión y podría incidir en la decisión de la comunidad. Aunque sí descalificó la censura, la Corte consideró que ésta no lesionaba el derecho a la libertad de conciencia o de religión, pues no privó a ninguna persona de su derecho a conservar, cambiar, profesar o divulgar con libertad su religión o creencias.

A pesar de la inexistencia de otras decisiones al respecto —en términos de *rationes decidendum*— también se han presentado intentos por construir una dogmática que relacione la libertad de conciencia y de religión con el territorio ancestral en el caso de comunidades indígenas; sin embargo, aún no es clara la conceptualización.

En cuanto a la metodología de análisis de las restricciones a este derecho, llama la atención que la Corte IDH haya destacado que el art. 12 de la CAHD se refiere a la necesidad de aplicar un juicio de proporcionalidad en los casos en los que haya restricciones a la esfera externa del derecho, con lo cual parece asumirse la tendencia del modelo europeo.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ha enfrentado algunos de los grandes desafíos de la integración: respetar diferentes tradiciones constitucionales y proteger los derechos individuales en medio de herencias religiosas y culturales diversas. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contempla este derecho en su art. 9, sin definir lo que es una religión; sin embargo, se ha enfatizado en la seriedad e importancia de la creencia, la cohesión de grupo y su compatibilidad con la dignidad humana.

El CEDH distingue un ámbito interno y uno externo de este derecho: las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión interna— son intangibles; las libertades de manifestación de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión externa— sí se pueden restringir para proteger el orden público y los derechos y libertades de los demás. Ejemplos de la dimensión interna son la no obligatoriedad de jurar como requisito para posesionarse en un cargo público, por cuanto obliga a manifestar una creencia específica; y la prohibición de utilizar categorías religiosas como datos relevantes en los documentos de identidad, por exhibir y clasificar al sujeto como creyente. La dimensión externa se ejemplifica con la vestimenta religiosa o con las manifestaciones de pacifistas que se oponen al servicio militar obligatorio. Este último ejemplo recuerda que el ámbito de protección del art. 9 abarca a sujetos religiosos y no religiosos.

Además de estas distinciones, la jurisprudencia del TEDH ha acudido a los principios de neutralidad y de amplitud del margen de apreciación de los Estados para resolver los casos que involucran estos derechos. El primero de estos principios se ha aplicado, entre otras, a través de las siguientes formulaciones: i) el Estado debe ser neutral con respecto a la organización interna de grupos religiosos y a la selección de sus líderes; ii) si los Estados lo deciden, pueden establecer procedimientos para el reconocimiento oficial de los grupos religiosos, pero no pueden usarlos para favorecer o perjudicar a alguno de ellos, y iii) los Estados pueden regular los lugares de culto bajo las mismas condiciones mencionadas en ii).

El principio de neutralidad, sumado a las obligaciones de un Estado democrático, llevan al deber de garantizar tolerancia en caso de choques entre grupos religiosos. Para el cumplimiento de estas obligaciones, cuya complejidad no es de poca monta en el contexto europeo, la jurisprudencia del TEDH

ha reconocido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que permite considerar el contexto específico.

Los casos que ha estudiado el TEDH implican restricciones al art. 9 del CEDH, y los peticionarios cuestionan el sustento de las mismas. Por eso la herramienta metodológica que ha usado el TEDH corresponde a un juicio de proporcionalidad, en el que analiza la legitimidad de las medidas, que puede corresponder a su legalidad o a la persecución de un fin legítimo, según el CEDH; la necesidad de las mismas, consistente en la inexistencia de otras medidas menos restrictivas del derecho, y su proporcionalidad en sentido estricto, que implica que el beneficio de la medida en términos de derechos es mayor que la restricción de los mismos.

Algunas de las reglas jurisprudenciales del TEDH en la materia son las siguientes. El TEDH ha reconocido la autonomía de cada Estado para reconocer o no la objeción de conciencia. Sin embargo, en casos extremos y en países que no protegen a los objetores, el TEDH les ha dado protección con base en otros derechos distintos al art. 9 del CEDH; por ejemplo, la prohibición de tratamiento degradante y el principio de no discriminación.

La jurisprudencia del TEDH considera violatorias del CEDH las prohibiciones genéricas y poco precisas de proselitismo, porque aunque ese tipo de prohibiciones puede ser legítimo para mantener la paz y la democracia, la extrema amplitud normativa no es necesaria, ya que pueden existir otras medidas menos restrictivas del derecho.

El TEDH considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con la aplicación del margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas para efectos, entre otros, del reconocimiento legal de las Iglesias. Por otro lado, la jurisprudencia entiende que los derechos contenidos en el art. 9 del CEDH exigen al Estado asegurar que los grupos religiosos enfrentados entre sí por razones religiosas se toleren y puedan profesar sus creencias libremente. Aunque es legítimo adoptar medidas para el mantenimiento del orden público y los principios democráticos, la denegación de reconocimiento no es una medida necesaria, y resulta desproporcionada.

Sobre los lugares de culto, el TEDH ha considerado que es violatoria de la obligación de neutralidad e imparcialidad la irrupción injustificada de autoridades estatales en una reunión de culto que se realice en un lugar alquilado para ese efecto si no se hace de acuerdo con la ley

Por otra parte, el TEDH ha establecido que el solo hecho de utilizar vestimenta con connotaciones religiosas en un lugar público no influencia a otros ni viola la neutralidad estatal; por lo tanto, no puede prohibirse. Sin embargo, en otros casos la posición del sujeto y la de su eventual audiencia son relevantes, y hacen necesaria la restricción del uso de prendas con connotaciones religiosas. Fue el caso de una profesora de primaria que usaba prendas islámicas en sus clases, y la escuela se lo prohibió. El TEDH consideró que la restricción era necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, el orden y la seguridad públicos, ya que era muy difícil conciliar el principio democrático de la igualdad de género con el precepto religioso; además, enfatizó en la eventual posición de influen-

cia de la maestra sobre los niños. En otros casos el TEDH ha considerado admisible la prohibición de usar burka o pañuelos islámicos en universidades públicas. La jurisprudencia entiende que la interferencia al derecho está justificada porque su objetivo es proteger las libertades y derechos de otros, así como el orden público. El derecho a la libertad religiosa no es absoluto, y toma en consideración elementos de demografía política, porque bajo ciertos contextos tales restricciones ayudan a considerar y respetar todos los intereses religiosos. En este tipo de casos, la manifestación de símbolos religiosos en países con mayorías religiosas puede constituir presión a los estudiantes que no practican esa religión, y las restricciones se consideran legítimas y necesarias para proteger a la ciudadanía frente al extremismo religioso. De acuerdo con ello, el TEDH favorece el margen de apreciación, ya que las normas estatales deben proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y mantener el orden público.

Sin embargo, la jurisprudencia no es tan clara en el caso del uso de símbolos religiosos en lugares públicos. El TEDH ha aceptado que la instalación de crucifijos en escuelas públicas es admisible, porque se trata de un símbolo pasivo que no ejerce influencia o adoctrinamiento en los demás ni los hace partícipes en actividades religiosas de manera obligada. En ese sentido, no es proselitismo religioso, y no viola el art. 9 del CEDH.

Adicionalmente, cabe anotar que la jurisprudencia europea ha considerado que si los sujetos conocen las condiciones de ciertos establecimientos —como empleos y universidades— que implican restricciones al art. 9, y aún así se hacen parte de sus actividades, no podrían luego alegar violación de su derecho. Por eso los empleadores no están obligados a facilitar espacios o tiempos de culto.

Sin embargo, el art. 9 tiene varias facetas en el ámbito laboral, como lo muestra un caso reciente del TEDH, que estableció que una empleada cristiana podía usar un crucifijo de manera visible mientras atendía a los clientes de la empresa. Para el TEDH, la restricción a ese derecho que ejerció el empleador no superaba el juicio de necesidad. Sin embargo, como es propio del derecho jurisprudencial, los fundamentos fácticos de cada caso son relevantes para las decisiones. En un caso similar que trascurrió en un hospital, la restricción fue hallada legítima y necesaria por razones de seguridad laboral, seguridad de los pacientes y de salubridad.

En el mismo escenario laboral se han presentado conflictos de empleados religiosos que se niegan a adelantar ciertas funciones por considerarlas contrarias a su fe. Esos fueron los casos de un empleado que se negaba a adelantar funciones propias del registro civil en el caso de uniones de parejas del mismo sexo y de un terapeuta que se negaba a atender a estas parejas. En los dos casos el TEDH consideró que los despidos de los dos funcionarios fueron legítimos y necesarios porque buscaban la protección de los derechos de otros, que además eran personas históricamente discriminadas, por lo que es del interés de la democracia eliminar esa discriminación. La necesidad de la medida fue constatada por el TEDH, ya que no existía otra forma de lograr el objetivo propuesto de tratar en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.

La complejidad de la jurisprudencia es notable, y los desafíos que aún debe enfrentar el TEDH son inmensos. Sin embargo, las *rationes decidendum* establecidas, aunque muchas de ellas sean altamente cuestionables, operan como fuente fundamental para la resolución de casos futuros.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal es el derecho humano relativo a la protección física de las personas en contra de arrestos, detenciones u otras formas de privación ilegal o arbitraria por parte de los poderes públicos.

La anterior definición se ha manejado con frecuencia, como puede identificarse en diversas Constituciones latinoamericanas, en tratados internacionales de derechos humanos, y en su interpretación, corresponde a un sentido estricto y de forma negativa; es decir, que se protege en contra de su limitación; no obstante, como da muestra la reciente jurisprudencia interamericana, el derecho a la libertad personal, en un sentido amplio, se ha entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la libertad personal es una condición que toda persona en lo general debe disfrutar.

Etimológicamente, la palabra “libertad” proviene del latín *libertas* o *libertatis*, que se identificaba con el estatus de ser libre, en oposición a la de ser esclavo. En la actualidad, la prohibición de la esclavitud también se reconoce como un derecho humano. Aunque por lo regular esta prohibición y el derecho a la libertad personal son abordados de forma independiente en los distintos instrumentos nacionales e internacionales, países como Ecuador (a. 66.29 b y c) y Perú (a. 2.24) los protegen en mismo art. constitucional.

Entre las diversas construcciones conceptuales de “libertad” puede destacarse la de Isaiah Berlín, en el siglo XX, quien dividió la libertad en: 1) libertad negativa o “libertad de”, relacionada con la ausencia de obstáculos para su ejercicio, y 2) libertad positiva o “libertad para”, en donde la voluntad es un elemento crucial. Esta clasificación ha sido seguida por diversos autores, entre ellos Norberto Bobbio, quien definió a la libertad negativa como la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos; asimismo, sobre la libertad positiva señaló que se identifica con una cualificación de la voluntad.

Francisco Laporta, desde un punto de vista jurídico-político, señaló que hay libertad para actuar cuando: 1) no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo, entonces se puede actuar libremente; 2) no existe una norma que obligue a actuar de determinada manera, la ausencia de obligación permite igualmente actuar libremente, y 3) existe una norma que permite actuar de determinada forma. Con relación a lo anterior, la Constitución de Perú precisa en su art. 2.23, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; en consecuencia, “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Disposiciones similares contemplan los ordenamientos constitucionales de Ecuador (a. 66.29 d) y

Guatemala (a. 5). Por su parte, Miguel Carbonell relaciona el tercer supuesto de la clasificación señalada, con los *derechos fundamentales de libertad* que se encuentran reconocidos en las Constituciones modernas y en los tratados internacionales en la materia; entre ellos se encuentran la libertad de tránsito, de religión, de expresión, de asociación, entre otras. Sin detenernos en ellas, por no ser objeto de la presente voz, un elemento que se puede destacar es que los poderes públicos están obligados a no interferir en las conductas amparadas en estos derechos y también a resguardar su cumplimiento.

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en diversas Constituciones de los países latinoamericanos, entre las que se encuentran Argentina (43), Bolivia (23); Brasil (5.LIV), Colombia (28), Costa Rica (20 y 37), Chile (19.7), Ecuador (66.29), el Salvador (11), Guatemala (5 y 6), Honduras (69 y 71), México (14), Nicaragua (25.1 y 33), Panamá (21), Paraguay (9 y 11), Perú (2.24), República Dominicana (40) y Venezuela (60). Asimismo, España (17).

En el derecho internacional de los derechos humanos también está protegido el derecho a la libertad personal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, lo formuló relacionado con la prohibición de esclavitud y la detención arbitraria (3, 4 y 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempló el derecho a la libertad personal (9) y dispuso la prohibición de detenciones o prisión arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos, órgano creado en virtud de este tratado, en su observación general 8, señaló que el art. 9, párrafo 1, es aplicable “a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la migración”. Asimismo, dispone el derecho de toda persona a ser informada de las razones de la detención, el derecho a ser llevada sin demora ante el juez para ser juzgada o puesta en libertad, a recurrir ante un tribunal y al derecho de obtener reparación por su detención o privación ilegal.

Los tratados regionales de derechos humanos consagran también el derecho a la libertad personal. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales precisa ciertos supuestos en los que está permitida la detención y las garantías que deben acompañar a limitación de este derecho (5); la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consagra este derecho y prohíbe su privación ilegal o arbitraria (6), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho y dispone las garantías que deben acompañar su limitación (7).

El derecho a la libertad personal ha sido protegido de forma paralela con la seguridad personal por distintos tratados internacionales, como el PIDCP, los tratados regionales antes referidos y algunos ordenamientos constitucionales, entre los que se pueden mencionar los de Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y España. Lo anterior, en el sentido que se protege la libertad física de la persona en contra de su afectación por otras.

Como garantías específicas del derecho a la libertad personal, en sentido estricto; es decir, en la protección física de la persona, se pueden identificar: la prohibición de arresto o detención arbitraria, la legalidad en la privación de la libertad, el derecho a ser informado de las razones de la detención, a ser

presentado ante un juez en un plazo razonable, el derecho al control judicial de los arrestos y detenciones y la compensación por el arresto o detención ilegal o arbitraria. Asimismo, se relaciona con la prohibición de la desaparición forzada de personas, que justamente inicia con la privación de la libertad protegida por las convenciones Internacional e Interamericana en la materia.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad personal, consagrado en diversos ordenamientos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, ha sido interpretado por diversos órganos jurisdiccionales o constitucionales competentes en el ámbito interno de los distintos países, emitiendo criterios de prioritaria importancia. Como algunos ejemplos de interpretación constitucional de este derecho se pueden mencionar los siguientes:

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-163/08, señaló que del preámbulo y de diversos artículos de la Constitución de Colombia se deriva la consagración de la libertad como principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción de la libertad individual. En las sentencias C-730/2005 y C-1001/05, entre otras, señaló que el art. 28 de su Constitución representa la cláusula general del derecho a la libertad personal, en donde se reconoce que “toda persona es libre”. Este derecho puede tener límites, pero no puede ser arbitraria, por lo que la norma constitucional alude a garantías que están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental. Por lo anterior, nadie puede ser detenido ni apresado sino: 1) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) con las formalidades legales; 3) por motivo previamente definido en la ley; 4) la persona detenida previamente será puesta a disposición de juez competente, y 5) la detención no podrá ser por deudas.

En México, se ha señalado en una tesis de jurisprudencia en materia constitucional, que la libertad personal, entendida en sentido amplio, “es la capacidad de hacer o no hacer todo lo que está lícitamente permitido, luego, los actos que la restrinjan o limiten más allá de lo razonable, aun cuando no exista una determinación por escrito al respecto, violan ese derecho humano” (TA, 10ª época, T.C.C., *S.J.F y su Gaceta*; libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1435).

El Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 120/1990, abordó el concepto constitucional de libertad personal, y diferenció entre la libertad como autonomía del individuo para elegir diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses protegida en el art. 17.1 constitucional, y la libertad personal protegida en el art. 17.1 del mismo ordenamiento, relativa a la libertad física frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales. El numeral dispone el derecho de toda persona a la libertad y seguridad. Este derecho puede tener limitaciones, que pueden derivar en la privación legal de la libertad, como son: que sea en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; que sea conforme a derecho para comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. En el mismo sentido, contempla disposiciones relativas a la detención de niños por razones médicas o sociales, y a extranjeros.

El citado numeral establece también ciertas garantías para la privación de la libertad de una persona, como son: el derecho a ser informada de las causas de su detención en un plazo breve y en la lengua que comprenda, que sea presentada ante un juez y a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad, a presentar un recurso sobre la legalidad de su privación y, en su caso, a una reparación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha emitido diversas sentencias, en donde ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal. Por ejemplo, en el caso *Mckay v. The United Kingdom* (2006) señaló que el art. 5, junto con los arts. 2, 3 y 4, son derechos fundamentales que protegen la seguridad física e individual, y cada uno es de importancia primordial, en tanto que el propósito del numeral 5 es prevenir la privación de la libertad arbitraria o injustificada (párr. 30). En el caso *Ladent v. Poland* (2008), señaló que el derecho a la libertad y seguridad personal es de la más alta importancia “en una sociedad democrática” de acuerdo con el significado de la Convención (párr. 45). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Medvedyev and others v. France* (2010 párr. 76).

En el caso *Engel and others v. The Netherlands* (1976), señaló que el derecho a la libertad personal (art. 5.1) es compatible con la noción de libertad individual en sentido clásico; esto es, la libertad física de la persona, y pretende que nadie sea desposeído de ella de forma arbitraria (párr. 58). En el caso *Guzzardi v. Italy* (1980), señaló que la privación de la libertad se puede identificar con la clásica detención en prisión o estricto arresto, pero que se puede presentar en otras numerosas formas (párr. 95). En este mismo caso indicó que la privación de libertad, según el art. 5, depende de la situación concreta en la que deben ser considerados distintos criterios, como el tipo, duración, efectos y la manera de implementación (párr. 92). Precisó que la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es relativo al grado o intensidad y no a la naturaleza y sustancia (párr. 95). Los anteriores criterios han sido recogidos en casos más recientes, como el caso *Medvedyev and others v. France* (2010, párr. 73) y el caso *Creangă v. Romania* (2012, párr. 91).

Por otro lado, el TEDH, en el caso *Rantsev v. Cyprus and Russia* (2011), ha indicado que la privación de la libertad, en el significado del art. 5.1, aunque el tiempo de la misma sea corto, ello no afecta la conclusión sobre su concul-

cación, sino que debe enfatizarse la seriedad de la naturaleza y las consecuencias de la detención en el caso (párr. 317). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Iskandarov v. Russia* (2010, párr. 140).

Con relación a las obligaciones positivas respecto a la privación de la libertad de las personas, en el caso *Storck Germany* (2005), señaló que el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para proteger a las personas vulnerables, incluida la prevención de la privación de la libertad (párr. 102).

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este numeral se encuentra contemplada la prohibición de la privación, detención o encarcelamiento arbitrarios de una persona, el derecho a ser informada de las razones de su detención, el derecho a ser llevada ante un juez o dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; el derecho a recurrir ante un tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto y la prohibición de prisión por deudas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal en diversas ocasiones. Entre su jurisprudencia más destacable y reciente se pueden señalar los siguientes casos. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012) señaló que el art. 7 interpretado en forma amplia incluye un concepto de libertad en sentido extenso, como el derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, relativo a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Constituye así el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (párr. 142). Lo anterior también lo había señalado en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007), aunque en esta ocasión destacó que el art. 7 protegía el derecho a libertad física del titular del derecho, y que se expresa normalmente en el movimiento físico, cuya afectación se da de forma negativa con la privación o restricción de la libertad (párr. 53).

En el caso *Familia Barrios vs. Venezuela* (2011) y en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009), destacó que el art. 7 tiene dos tipos de regulaciones; una general, que indica el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales, y una específica, compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (2) o arbitrariamente (3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (5), y a impugnar la legalidad de la detención (6) (párr. 54 y 143, respectivamente).

En el caso *García y familiares vs. Guatemala* (2012), la Corte reiteró: 1) el aspecto material de la restricción al derecho a la libertad personal, que debe estar fijado en las Constituciones o leyes dictadas conforme a ellas, y 2) el aspecto formal, relativo a la estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la mismas. Asimismo, el Tribunal ha considerado que

toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de la detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física (párr. 100).

Otra sentencia que aborda una temática interesante es el *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), en donde la Corte analizó la privación ilegal de la libertad de manera conjunta con la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA NACIONALIDAD

En una concepción básica, podemos entender a la nacionalidad como un vínculo de orden jurídico que tiene una persona para con un Estado-nación, generándole un sentido de pertenencia con ésta, otorgándole derechos y obligaciones. De igual forma, podemos entender a la nacionalidad como una condición particular de los habitantes de un determinado lugar (nación), pertenecientes a éste, generándoles derechos y aspectos propios del lugar, y reconocimiento dentro de la sociedad en la que se desenvuelven cotidianamente. La nacionalidad se puede establecer desde diversos puntos de vista, ya sea desde un ámbito social o desde un ámbito jurídico-político. Lo anterior la ubica en el supuesto de ser reconocida como un derecho humano. Es de señalar que la nacionalidad se obtiene mediante diversos factores, que dependen de la normatividad interna de cada nación, sin que se desconozca la protección y reconocimiento que se le otorga a este derecho a nivel internacional.

Los derechos humanos son un instrumento de reconocimiento de la personalidad, misma que en un comienzo fue de naturaleza civil o privada, hasta llegar a un reconocimiento por parte de las propias autoridades, extendiéndose para ubicarlos dentro de un panorama internacional, dándoles mayor fuerza y protección frente a cualquier transgresión que pudiera ocasionárseles. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada el 10 de diciembre de 1948) hizo un reconocimiento de derechos iguales a toda persona, de entre los cuales no podía faltar el derecho humano a una nacionalidad que identifique a la persona (art. 15); además, se establece que se protegerá la nacionalidad de la persona, pues no se podrá privar de ella arbitrariamente.

Dentro de la teoría de los derechos humanos, estos se pueden diferenciar por generaciones; lo anterior, atendiendo a su orden prelativo de reconocimiento por los Estados y naciones. Por ello, al ser la nacionalidad un derecho de índole civil (estatus civil de la persona residente y perteneciente a una determinada nación, lo cual le genera derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos, a manera de ejemplo, recibir educación otorgada por el Estado; enrolarse en el servicio militar y contribuir al gasto público, entre otros.) y político (generando de igual forma derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos participar en asuntos públicos, votar, y la posibilidad de ser electo en cargos públicos de elección popular), se le ubica en los derechos

individuales clásicos o también llamados de *primera generación*, los cuales surgen del liberalismo político del siglo XVIII, y fueron instaurados en las primeras Constituciones escritas (Fix-Zamudio).

La nacionalidad se puede adquirir por diversas formas, las cuales son: i. *Nacionalidad originaria*, aquella que se adquiere con el nacimiento en un determinado Estado-nación (*ius soli*); es decir, se adquiere la nacionalidad del territorio en el que se nació, o la que se adquiere por la estirpe de la persona (*ius sanguinis*); es decir, corresponde a la calidad de nacionalidad que tengan los padres, a efecto de que el hijo herede alguna (filiación), y ii. *Nacionalidad derivada*, la cual se genera con la modificación primigenia de la nacionalidad, para adquirir la de otro Estado, en términos de la normatividad que le es aplicable.

Existen diversos Estados en los que la nacionalidad se vincula estrechamente a la autoridad estatal. Tal es el caso de países como Argentina, España, Chile, entre otros; es decir, la nacionalidad debe ser documentada mediante un certificado emitido por la autoridad estatal en la que se le reconozca dicha calidad. Lo anterior, a través de diversos requisitos establecidos en sus propias normas, previéndose, además, derechos y obligaciones para con el Estado al que pertenecen y les expidió su nacionalidad.

En el caso del Estado mexicano, la nacionalidad es un derecho reconocido dentro de su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (promulgada el 5 de febrero de 1917), en sus arts. 30, 32 y 37. En ese sentido, se prevé como un derecho que puede adquirirse en dos formas: i. Nacimiento (los nacidos dentro del país sea cual fuere la nacionalidad de los padres, los que nazcan en el extranjero, pero que sean hijos de padre o madre mexicanos, estos últimos aun cuando fueran por naturalización, y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes), y ii. Naturalización (los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores una carta de naturalización, así como la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos en ley). Además, la normatividad mexicana protege a la nacionalidad como un derecho reconocido en el ámbito nacional y extranjero, por lo que en ningún caso, siendo mexicano por nacimiento, se puede privar de dicha calidad; contrario a ello, en el supuesto de que el derecho haya sido adquirido mediante la naturalización, éste sí se puede perder bajo algunas circunstancias, como lo son: i. La adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera; ii. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero; iii. Por usar un pasaporte extranjero; iv. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y v. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

Es de resaltar que a nivel internacional se ha establecido un reconocimiento y protección de manera constante al derecho que se tiene a la nacionalidad, el cual, al ser un estado civil de las personas, sirve como base para el reconocimiento de otros derechos humanos. Por ello, de conformidad con la Convención American sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (suscrita en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969), en su art. 20 se reconoció y protegió la nacionalidad, estableciendo que “ Toda persona tiene

derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”, además, “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él, con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”; además, señaló el referido Tribunal que el art. 20 del Pacto de San José recoge un doble aspecto en el tema de la nacionalidad, pues “significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”, y por otra implica “protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, es preciso mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la nacionalidad sin hacer diferenciación alguna en la forma que fuera adquirida, ya sea por nacimiento, naturalización o algún otro medio establecido en cualquier normatividad de los Estados-nación (caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

César Bernal Franco

DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La protección judicial se refiere al derecho de toda persona de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica. Tiene como objeto garantizar formal y materialmente en sede jurisdiccional los derechos establecidos en el orden jurídico nacional; es decir, la posibilidad de obtener a través de los jueces y tribunales esa protección.

La protección judicial comprende el derecho a un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no de la persona que acude ante el tribunal.

El párrafo segundo del art. 17 de la Constitución consagra el derecho a la protección judicial, al disponer que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Esa disposición contiene diversas garantías, que se deben observar en el sistema de administración de justicia mexicana, las cuales se tratarán más adelante.

El cambio constante de paradigmas dentro de una sociedad democrática hace que la función legislativa no pueda ser completa y actualizada, implicando que sus conceptos deban ser precisados a través del operador jurídico jurisdiccional ante situaciones jurídicas concretas.

El derecho a la protección judicial o bien la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido materia de desarrollo jurisprudencial a través del Poder Judicial de la Federación, trasladando el marco conceptual normativo al campo de la realidad del quehacer jurídico, sustentado en los principios mínimos que se precisan a continuación: 1. Cualquier persona se encuentra en aptitud de acudir ante un tribunal del Estado para solicitar la solución de una controversia relacionada con la pretensión de un derecho o el cumplimiento de una obligación; 2. La petición referida sea admitida, tramitada y resuelta en un plazo breve; 3. El tribunal tramite y resuelva con imparcialidad; 4. Resuelva con exhaustividad y congruencia, y 5. La sentencia sea ejecutada. (ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES). La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, solo materialmente jurisdiccionales (Tesis: 2a./J. 192/2007 Novena Época, Segunda Sala, SCJN, octubre, 2007. Además en: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para

acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público—en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos. 9a. Época, Primera Sala, SCJN, abril, 2007, Tesis aislada.)

En la lógica de los párrafos segundo y sexto del art. 17 constitucional se procede a comentar las garantías que ahí se consagran.

Protección judicial gratuita. El carácter gratuito de la tutela jurisdiccional, así como las garantías de independencia judicial y ejecución de las sentencias son inherentes a ese derecho, por lo que para su garantía plena se armonizan con otras disposiciones de igual jerarquía; por ejemplo, en los arts. 1o., 14 y 20 constitucionales.

La justicia gratuita consiste en que la persona no tiene que retribuir al tribunal que juzgó su caso por el servicio de administración de justicia. En este sentido se ha pronunciado la judicatura federal; además, ha establecido diversas tesis, en las que ha razonado que si bien una de las partes en el juicio debe realizar alguna erogación, ésta no implica una violación de tal prohibición; por ejemplo: 1. Pago de daños y perjuicios al actor originados por falta grave de la autoridad demandada (DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORIGINADOS POR “FALTA GRAVE”. EL ARTÍCULO 6O., CUARTO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO RELATIVA, AL PREVER EL PAGO DE LOS CAUSADOS AL ACTOR, A CARGO DE LA AUTORIDAD DEMANDADA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD DE JUSTICIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 17, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., octubre, 2011. Tesis aislada); 2. La carga de imponer al promovente de un recurso de apelación, para su trámite, que señale y exhiba las constancias para formar el cuaderno respectivo (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 719 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUERÉTARO, QUE CONDICIONA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN A QUE EL APE-

LANTE SEÑALE Y EXHIBA LAS CONSTANCIAS RELATIVAS PARA FORMAR EL CUADERNO RESPECTIVO, NO ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Segunda Sala, SCJN, abril, 2002. Tesis aislada.); 3. La condena por concepto de costas procesales (COSTAS. LA CONDENA EN TAL CONCEPTO QUE ESTABLECEN DIVERSAS LEGISLACIONES, SIN CONDICIONARLA A LA EXISTENCIA DE MALA FE O TEMERIDAD DEL LITIGANTE, NO LIMITA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA. 10a. Época, Primera Sala, SCJN, junio, 2012, Tesis aislada. Ver además, COSTAS, LA CONDENA AL PAGO DE LAS, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 1,227, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO, NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., noviembre, 2005, Tesis aislada.); 4. La fijación de una caución para desahogar una prueba foránea (PRUEBA QUE DEBA DESAHOGARSE FUERA DEL DISTRITO FEDERAL. EL REQUISITO DEL OTORGAMIENTO DE UNA CAUCIÓN PARA EL SEÑALAMIENTO DE SU RECEPCIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ARTÍCULO 300 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). 9a. Época, Pleno, SCJN, septiembre, 1997, Tesis aislada.); y 5. Los depósitos judiciales destinados al fondo para el mejoramiento de la administración de justicia (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LOS ARTÍCULOS 30., INCISO D), Y 16 DE LA LEY QUE CREA EL FONDO ADICIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTADO DE PUEBLA NO SON VIOLATORIOS DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 1995, Tesis aislada).

Por el contrario, se consideran como transgresores de dicho principio los casos siguientes: 1. Cuando una parte procesal se obliga a proporcionar al funcionario judicial los medios necesarios para realizar alguna diligencia fuera del juzgado (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, pleno, scjn, marzo, 2000, tesis aislada., cuando en los hechos esta práctica es común y su desatención por parte del justiciable vulnera la garantía de justicia expedita y pronta, y 2. Al imponer al justiciable la obligación de pagar por la expedición de copias certificadas que posibiliten el trámite del recurso de apelación (RECURSO DE APELACIÓN. ES ILEGAL LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA DE TENERLO POR NO INTERPUESTO, BAJO LA CONSIDERACIÓN DE QUE NO FUERON EXHIBIDAS POR EL APELANTE LAS COPIAS CERTIFICADAS QUE HABRÍAN DE INTEGRAR EL TESTIMONIO DE APELACIÓN RESPECTIVO (ARTÍCULO 239, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO). 9a. Época, T.C.C., Marzo, 2002, Tesis aislada).

La gratuidad de la justicia es una garantía de carácter general, beneficia a todas las personas sin restricción, aun cuando alguna de ellas no la necesite por su condición socioeconómica; además, tal exención se extiende a los gastos inherentes del proceso, como el de remitir los autos al tribunal de alzada, debido a que este acto forma parte del procedimiento ordinario (APELACIÓN, LA REMISIÓN DE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE, DEBE SER GRATUITA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). 5a. Época, 3a. Sala, SCJN, tomo LXXI).

Protección judicial expedita y pronta. Este derecho reconoce que la protección judicial debe ser expedita y pronta en beneficio de las personas que acuden

al tribunal; es decir, que los juicios se resuelvan dentro de un tiempo razonablemente breve, a efecto de que la sentencia resulte formal y materialmente oportuna, evitando dilaciones indebidas que a la postre se puedan traducir en denegación de justicia.

El tiempo que se considera como razonablemente breve es el que se prevé en la legislación procesal de la materia que se juzga, por lo que su transgresión se traduce en una violación a la garantía de acceso a la justicia (SENTENCIA DEFINITIVA. EL HECHO DE QUE NO SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD, NO EXIME AL JUEZ DE DICTAR AQUÉLLA EN EL TÉRMINO SEÑALADO POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2001, Tesis aislada); sin embargo, cabe señalar que sobre el particular se admite una excepción, en el sentido de que el derecho a la justicia pronta debe ceder frente al derecho a la defensa (GARANTÍA DE DEFENSA. PREVALECE SOBRE LA DE PRONTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. 9a. Época, t.c.c., octubre, 2002, tesis aislada), en la medida en que esos dos derechos humanos convergen en la misma jerarquía constitucional, por lo que se debe privilegiar el derecho citado en primer lugar, debido a que es el que más beneficia a la persona.

No se pierde de vista que en 1997 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como tesis que agotar un procedimiento conciliatorio previo al judicial se contrapone a la garantía de justicia pronta, pues ello no lo reconoce el art. 17 de la Constitución ni reserva su reglamentación al legislador ordinario (JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILLATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. 9a. Época, Pleno, julio, 1997, Tesis aislada.); sin embargo, este criterio debe ser revisado o abandonado a la luz de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que ahora ya reconoce.

Protección judicial completa. La vigencia de esta garantía implica lo siguiente: 1. El establecimiento de tribunales de justicia; 2. El resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción; 3. El emitir sentencia con relación a la *litis* planteada en el juicio (congruencia) y pronunciarse respecto de todos los agravios alegados (exhaustividad) (CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS. 9a. Época, 1a. Sala, abril, 2005, Jurisprudencia), sin llegar al extremo de obligar a los tribunales a pronunciarse expresamente en sus fallos renglón a renglón, punto a punto de todas las alegaciones, aunque para decidir sí debe analizar en su integridad al planteamiento del problema (GARANTÍA DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA. ALCANCES. 9a. Época, t.c.c., marzo, 2002, Jurisprudencia). Conforme a la defensa, a las pruebas y al que le asista un mejor derecho, los tribunales deben otorgar una respuesta favorable o desfavorable a todas las pretensiones de las partes en el juicio.

Protección judicial a la defensa. El proceso, por sí solo, tiene características complejas, y para su éxito se necesita una asistencia técnica jurídica, dado el exceso de formalismos que caracterizan al derecho sustantivo y procesal; de lo contrario, se coloca al justiciable a un estado de indefensión.

El derecho a la asistencia de un abogado tradicionalmente se ha reconocido en el campo del proceso penal. Al respecto, se señala que consiste (DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. 10a. Época; 1a. Sala, SCJN, julio, 2012, Jurisprudencia) en lo siguiente: 1. Generar las condiciones formal y material para que el inculpado sea debidamente asistido; 2. Respetar la garantía de defensa adecuada al no obstruir su materialización, y 3. Asegurar que se cumplan las condiciones que permitan esa defensa.

En procesos diversos a la materia penal, el art. 17 constitucional no colma en forma plena la garantía a ser oído en juicio. Incluso, legislaciones procesales que prevén necesaria la intervención de un abogado se han declarado inconstitucionales (PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO. 6a. Época, Pleno, SCJN, enero, 1960. Similar criterio se sostuvo en ese año en las tesis con rubros: PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE, PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN. Y PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Para considerar eficaz la tutela jurisdiccional de los derechos se estima conveniente que ésta se debe armonizar con la asistencia jurídica en todo tipo de procesos; con mayor razón, en los litigios donde se involucran derechos o personas de grupos de minorías o vulnerables.

Protección judicial y la ejecución de las sentencias. La plenitud de la protección jurisdiccional se agota con la ejecución material de la sentencia, es la expresión natural del cumplimiento de la decisión. Incluso, si se considera que el acto jurisdiccional culmina con la emisión del fallo, en un espectro amplio la ejecución misma trasciende más allá de ese momento de dictar el derecho.

Emitida la sentencia es ineludible su cumplimiento, al resultar de carácter legal de orden público, incluso quien ha sido condenado no puede eximirse de esa obligación, existen sendas tesis en ese sentido, se citan algunas solo a manera de ejemplo (SENTENCIA. SU CUMPLIMIENTO ES INELUDIBLE. 9a. Época, T.C.C., agosto, 1999, Tesis aislada. Ver además, AMPARO EJECUTORIAS DE. SU CUMPLIMIENTO DEBE SER INMEDIATO. 9a. Época, T.C.C., marzo, 1996, Tesis aislada). En materia agraria, el cumplimiento de la ejecutoria se torna de oficio (TRIBUNALES AGRARIOS. ESTÁN OBLIGADOS A PROVEER DE OFICIO LA EFICAZ E INMEDIATA EJECUCIÓN DE SUS SENTENCIAS. 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2004, Tesis aislada).

El uso de la fuerza pública en el cumplimiento de la sentencia jurídicamente es posible solo en casos excepcionales. El Ejecutivo debe facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el cumplimiento expedito de sus funciones (ARTÍCULO 89, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN, DISPOSICIONES SIMILARES SE CONSAGRAN EN LAS CONSTITUCIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS). El acto o la omisión de su auxilio oportuno en esa ejecución se pueden considerar transgresores del art. 17 constitucional (FUERZA PÚBLICA. LA OMISSION DE SU AUXILIO OPORTUNO PARA CUMPLIMENTAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL, IMPLICA VIOLACION AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL (LEGISLACION DEL ESTADO DE YUCATÁN). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 1999, Jurisprudencia).

La protección judicial imparcial. La garantía de imparcialidad se vincula estrechamente con la de independencia judicial; se traduce en la existencia de jueces capaces de emitir sus sentencias sin influencia externa o interna que busquen determinar el sentido de sus fallos al margen del derecho.

También la independencia judicial se expresa de forma externa e interna. La primera se refiere a la posibilidad de generar las condiciones para que los poderes judiciales operen en condiciones óptimas a fin de colmar las necesidades de justicia de las personas, rechazando cualquier presión que signifique una afectación a esa independencia; y la segunda se ocupa de los elementos necesarios para constituir las garantías de los juzgadores que permitan su estabilidad en el cargo (RATIFICACIÓN DE JUECES DE DISTRITO Y MAGISTRADOS DE CIRCUITO. ES UNA GARANTÍA DE ESTABILIDAD EN EL CARGO Y PRINCIPALMENTE UNA GARANTÍA A LA SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS PARA IMPARTIR JUSTICIA PRONTA, COMPLETA, IMPARCIAL Y GRATUITA QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2000, Tesis aislada. Ver además: PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. CRITERIOS QUE LA SUPREMA CORTE HA ESTABLECIDO SOBRE SU SITUACIÓN, CONFORME A LA INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 2000, Jurisprudencia), dando lugar con ello al sistema institucional de la carrera judicial; de promoción, adscripción y remoción; de seguridad social y económica, entre otros.

En suma, el derecho a la protección judicial desde la jurisprudencia constitucional nacional es vasto, y lo que hasta aquí se ha mostrado es solo una aproximación. La jurisprudencia es dinámica, y concede una respuesta jurídica a cada caso concreto en el contexto de las demandas de una sociedad democrática, ante el constante cambio de paradigmas.

En esta lógica, el derecho en comento se compone de diversas garantías, las cuales han sido aquí materia de reseña. Cada una de ellas justifica su carácter constitucional, y armonizadas otorgan a cada persona el derecho pleno a la tutela judicial efectiva.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La protección judicial es el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica, mediante un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no del interesado.

Este derecho se reconoce de forma expresa en diversos instrumentos internacionales de derecho humanos con la denominación de *recurso efectivo*.

El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

También el art. 2, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Cada uno de los Estados Partes en el

presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: “Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

El Estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos, al margen de las declaraciones interpretativas y reserva (“DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión ‘en general’, usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, en concepto del Gobierno de México la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

RESERVA. El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”) que en su momento hizo al adoptar la Convención, las cuales ameritan un análisis aparte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha aceptado México (16 de diciembre de 1998), ha emitido sendas sentencias condenatorias en su contra. El caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia del 23 de noviembre de 2009), es emblemático por el impacto que ha causado en el sistema de justicia nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud del cumplimiento de la sentencia emitida en ese caso, estableció su posición frente a la jurisprudencia convencional a propósito del expediente *Varios 912/2010* (Resolución del 14 de julio de 2011), al analizar las acciones que debía realizar para darle debida ejecución. Al efecto, definió diversos criterios (CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL

ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada), entre ellos el que señala el carácter *vinculante* para México las sentencias de la Corte Interamericana solo en las que ha sido parte, y *orientadora* en la que no se cumpla esa condición.

Esa decisión afortunadamente ha sido superada por la propia Suprema Corte, debido a que al resolver la *Contradicción de tesis 293/2011* (Sentencia del 3 de septiembre de 2013) determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que haya sido parte o no, siempre que sea más favorable a la persona al analizar cada caso.

Las decisiones de la Corte Interamericana, como máximo intérprete de la Convención Americana, cuenta con una engrosada jurisprudencia relacionada con el derecho a la protección judicial consagrada en el art. 25 de esa Convención, denominado como *derecho al recurso efectivo*.

A continuación destacamos, de manera ejemplificativa, los temas que ha abordado esa jurisprudencia (los temas que se identifican tratan de seguir la clasificación que hace Silva García, Fernando, en *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, los cuales se consideran fundamentales para acercar al interesado en su conocimiento.

— El alcance general del derecho a la protección judicial (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 61, sentencia del 22 de noviembre de 2007).

— El alcance general del derecho a un recurso efectivo (*caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial debe respetarse ante actos y omisiones violatorios de derechos humanos (*caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 144, sentencia del 2 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial exige a los jueces evitar dilaciones innecesarias o indebidas (*caso Bulacio vs. Argentina*, párrafo 115, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

— El derecho a la protección judicial implica el deber de remover los obstáculos para acceder a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 49 y 50., sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— La protección judicial implica la prohibición de pagar sumas desproporcionadas por haber recurrido a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 54 y 55, sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— El derecho a la protección judicial incluye la adopción de medidas para cumplir la sentencia, incluso las de carácter presupuestal (*caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrafo 75, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El derecho a la protección judicial es inherente al debido proceso y su interrelación con la justicia pronta y expedita (*caso Bayarri vs. Argentina*, párrafos 116 y 117, sentencia del 30 de octubre de 2008).

— El derecho a la protección judicial y su interrelación con la responsabilidad de diseñar y consagrar un recurso judicial interno eficaz e idóneo (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 60, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial comprende el control judicial de los derechos humanos consagrados en la Convención, en la Constitución y en las leyes nacionales (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 59, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite declarar que es inconvencional el derecho nacional cuando prevé la inimpugnabilidad de normas anteriores a la vigencia de la Constitución del Estado (*caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 152.c, sentencia del 21 de junio de 2002).

— El derecho a la protección judicial debe evitar el uso indebido del recurso de amparo (*caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafos 121 a 124, sentencia del 24 de noviembre de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite el control judicial relacionadas con penas corporales (*caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrafos 114 a 117, sentencia del 11 de marzo de 2005).

— El derecho a la protección judicial es inherente al control judicial en materia electoral (*caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafos 174 a 176, sentencia del 23 de junio de 2005) y (*caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008).

— El derecho a la protección judicial implica que el juicio político debe revestir de las garantías de independencia e imparcialidad (*caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párrafo 96, sentencia del 31 de enero de 2001).

— El derecho a la protección judicial comprende la ejecución de las sentencias ejecutoriadas por formar parte integral del juicio (*caso Acevedo Buendía y otros “cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú*, párrafos 71 al 72, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El alcance general de la protección judicial trasciende al deber de reparación adecuada, y la responsabilidad administrativa y/o civil como medida de reparación es complementaria pero insuficiente para cumplir con esa obligación (*caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párrafos 221 y 218 a 221, sentencia del 11 de mayo de 2007).

— La obligación de reparación adecuada no se limita al pago de compensación a los familiares de la víctima (*caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafos 213 y 214, sentencia del 15 de septiembre de 2005).

— La obligación de reparación adecuada no debe depender solo de la actividad procesal de las víctimas (*caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 122, sentencia del 22 de septiembre de 2006).

— La obligación de reparación adecuada en tratándose de situaciones de discriminación sistemática y generalizada, aquella debe ser transformadora con efecto restitutivo y correctivo (*caso González “Campo Algodonero” vs. México*, párrafos 450 y 451, sentencia del 16 de noviembre de 2009).

— La protección judicial en el cumplimiento de una sentencia internacional, ninguna disposición o institución de derecho interno puede oponerse para su plena aplicación, por ejemplo, la ley de amnistía o plazo de prescripción (*caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párrafos 167, sentencia del 15 de junio de 2005).

— El derecho a un recurso efectivo quiere decir que no es suficiente la existencia formal de recursos, sino que deben ser eficaces, incluso, para los familiares de la víctima (*caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El recurso efectivo, deber de los tribunales internos de observar las formalidades para la procedencia del proceso o recurso, previo al estudio de fondo (*caso Trabajadores Cesados del Congreso “Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, párrafo 126, sentencia del 24 de noviembre de 2006).

— El recurso efectivo. Debe ser idóneo y oportuno para reparar las violaciones a derechos humanos (*caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, párrafo 245, sentencia del 2 de septiembre de 2004).

— El recurso efectivo es inherente a los principios de independencia e imparcialidad porque son elementos esenciales del debido proceso (*caso Ivcher Brostein vs. Perú*, párrafo 137 a 142, sentencia del 6 de febrero de 2001).

— Recursos efectivos y pueblos indígenas. Los recursos legales para la defensa de sus derechos individuales son ineficaces para la defensa de sus derechos colectivos (*caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafos 178 a 185, sentencia del 28 de noviembre de 2007).

— La protección judicial implica declarar que son inconvenientes las leyes de autoamnistía, la prescripción en materia penal de delitos graves a derechos humanos y las normas de prescripción que obstaculizan las investigaciones a violaciones de derechos humanos (*caso Gomes Lund y otros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil*, párrafos 173 a 177, sentencia del 24 de noviembre de 2010), (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 111, sentencia del 22 de noviembre de 2007) y (*caso Bulacio vs. Argentina*, párrafos 115 y 116, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

Con objeto de hacer patente la protección de los derechos humanos a la luz del art. 1o. de la Constitución mexicana, la jurisprudencia nacional debe mantener un diálogo cotidiano con la Interamericana, en la medida en que los mecanismos de protección y progresividad de sus interpretaciones permitirán consolidar la administración de justicia.

Con mayor razón ahora que aquella es vinculante para México, y todas las autoridades, incluyendo al juez nacional y local, deben ejercer sus atribuciones a partir del principio *pro personae*, según sea cada caso. La práctica judicial se abre al sistema interamericano ante la oportunidad de transformación que le concede la jurisprudencia convencional.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

DERECHO A LA VIDA

I. DEFINICIÓN. Es el derecho que tiene todo ser humano a que su vida sea respetada por la comunidad política (el Estado) y por todas las demás personas. Este derecho se contraviene cuando alguien causa la muerte de otro. Por eso, se puede expresar también diciendo que nunca es lícito (o justo) matar a un ser humano inocente.

La aclaración de que no es lícito matar al «inocente» es necesaria para aclarar los casos en que puede ser lícito causar la muerte de un agresor violento que pretende matar a otro, como son los casos de la legítima defensa, la guerra o, en delitos muy graves, la pena de muerte. En estos casos no se niega que el agresor tenga derecho a la vida, simplemente se reconoce que, como toda persona, tiene derecho a la vida; el que es agredido al punto de poder ser muerto ejerce su derecho a la vida defendiéndola frente al agresor injusto.

El derecho a la vida está reconocido en los principales tratados de derechos humanos en términos muy claros, que no dejan lugar a dudas de que es un derecho universal, de todos los seres humanos o personas humanas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 6-1: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 4-1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En ambos artículos se expresa que el derecho de no ser privado arbitrariamente de la vida es un derecho de todas las personas. Y estos tratados aclaran, cada uno a su modo, que todo ser humano es persona. El art. 16 del Pacto dice: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad”, lo que equivale a decir que todo ser humano es persona y debe ser reconocido como tal. El art. 1-2 de la Convención dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Con la reforma constitucional de 2011, que incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados a la Constitución mexicana, se incorporó el derecho a la vida, que estaba pálido definido en la Constitución mexicana, tal como está formulado en los tratados. Por eso se puede afirmar que en el orden jurídico mexicano el derecho a la vida es el derecho de todo ser humano (que es lo mismo que decir toda persona) a no ser privado arbitrariamente de su vida.

II. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO EN MÉXICO. Por lo general, el derecho a la vida no se cuestiona. Nadie afirma públicamente que es lícito o justo matar a

otra persona. Pero la práctica difundida y legalizada del aborto voluntario ha hecho que se haya reflexionado mucho sobre el derecho a la vida en relación con el aborto voluntario.

El aborto, que es la privación voluntaria de la vida del ser humano concebido y no nacido, es evidentemente una transgresión del derecho a la vida de alguien que no puede defenderse. La idea de que el concebido menor de 12 semanas (que es el término que tiene la legislación penal de Distrito Federal), no es persona o ser humano es claramente errónea, porque no se puede negar que el embrión, o incluso el cigoto (embrión unicelular), es un ser humano que tiene en sí todo lo necesario para desarrollarse y crecer como tal, como lo sabe el sentido común (no hay ningún ser humano vivo que no haya sido cigoto y embrión) y lo demuestran las ciencias médicas.

Es también una idea peligrosa, porque admite que el poder político tiene la capacidad de decidir quiénes son seres humanos y quiénes no lo son. Al admitirse esta posibilidad se fractura todo el sistema de derechos humanos, pues de nada sirve que el Estado los defina, sancione y garantice si es el propio Estado el que decide quiénes son humanos y quiénes no.

En México, todos los códigos penales tipifican el aborto voluntario como un delito, y por lo general, admiten tres casos en que este delito no se castigará: cuando el no nacido es resultado de una violación, cuando tiene malformaciones congénitas graves y cuando está en peligro la vida de la madre. En estos casos, la doctrina jurídica y la misma Suprema Corte entendían que el aborto sigue siendo un delito, aunque las circunstancias en que se comete justifican que no se castigue (sentencia en acción de inconstitucionalidad, 29 de enero de 2002, *SJE* t. XV, marzo de 2002, pp. 793 ss.).

Con esa idea de una “excusa absolutoria” en los casos en que no se castigaba el aborto, se mantenía aparentemente intacto el derecho a la vida que, naturalmente, exige el castigo de quien prive arbitrariamente de la vida a otro.

En 2007 se modificaron los arts. 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal para establecer que la acción de la madre que aborta voluntariamente antes de cumplirse las 12 semanas de gestación no es un delito, sino una “interrupción voluntaria del embarazo”; es decir, una conducta permitida por la ley. También se reformó la Ley de Salud para el Distrito Federal para establecer que los hospitales públicos dieran el servicio de aborto gratuito.

La reforma fue impugnada por una acción de inconstitucionalidad por demandas del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del procurador general de la República. La sentencia de la Suprema Corte sobre esa acción fue declarar la constitucionalidad de esas reformas (sentencia en acción de inconstitucionalidad 147/2007, 28 de agosto de 2008). En la sentencia se afirma que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto”, que las reformas, al establecer el plazo de dos semanas, consideran que está protegida la vida del feto, pero no la del embrión, y que el legislador no tiene el deber de penalizar el aborto voluntario.

Con la afirmación de que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto” se viene a decir que es un derecho que puede entrar en conflicto con otros, y que en tales casos de conflicto se debe ponderar qué derecho debe prevalecer. Por ejemplo, se dice que entre el derecho del no nacido a la vida y

el derecho de la mujer a su proyecto de vida hay un conflicto de derechos que debe resolverse a favor de la madre. Lo que implícitamente se afirma con estos argumentos es que hay casos en que es lícito matar a un ser humano inocente o, en otras palabras, que existe un derecho, en ciertos casos, de matar a un ser humano inocente. Es, por lo tanto, una argumentación que destruye el derecho a la vida como derecho universal.

La sentencia de la Suprema Corte provocó una reacción en varios estados de la República, que modificaron sus Constituciones, para establecer que en sus territorios el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. El primero que lo hizo fue Baja California, al que luego se sumaron 17 estados. Se presentó una acción de inconstitucionalidad contra la reforma en Baja California, alegando que violaba derechos fundamentales de las mujeres. El 28 de septiembre de 2011, en sesión pública del pleno, se tomó la votación sobre un proyecto de sentencia que declaraba que esa reforma era inconstitucional. La votación fue de siete a favor de declarar la inconstitucionalidad y tres en contra, votación que no alcanzó la mayoría requerida de ocho votos para declarar la inconstitucionalidad de la reforma, de tal suerte que la cuestión quedó sin decidir. El argumento principal del proyecto para declarar la inconstitucionalidad era que el concebido no nacido no es persona.

Jorge Adame Goddard

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

El derecho a la vida privada es la prerrogativa de los gobernados, que consiste en no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesaria para el libre desarrollo del ser humano, a fin de que cada quien pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa en el momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas las actividades y conductas que se realizan en lugares no abiertos al público. Al igual que lo que sucede con el derecho de réplica, la doctrina utiliza el vocablo derecho a la vida privada indistintamente como derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, no habiendo diferencias en el objeto del derecho. Acaso, se podría señalar que el derecho a la intimidad es el núcleo más personal o interior del derecho a la vida privada, y cuya afectación eventualmente sería digna de una protección legal mayor, pero que forma parte del concepto de derecho a la vida privada, según coincide la doctrina. Y es también el caso de México donde está previsto en la Constitución como límite a la libertad de expresión y a la Ley de Imprenta de 1917, así como la reciente Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho al Honor, a la Vida Privada y a la Propia Imagen para el Distrito Federal de 2006.

Este derecho contiene algunas peculiaridades, que es conveniente puntualizar: a) es un derecho esencial e inherente del individuo, independientemente del sistema jurídico particular o contenido normativo con el que está tutelado por el derecho positivo; b) es un derecho extrapatrimonial, que no puede comerciarse o intercambiarse como los derechos de crédito, pues forma parte de la personalidad jurídica del individuo, razón por la que es intransmisible e irrenunciable; c) es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la vida privada ha dejado de ser solo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo, en virtud del desarrollo científico y tecnológico que experimenta el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del aumento de datos y hechos noticiosos. Existe consenso en la doctrina de que el derecho a la vida privada, entendido como *right to privacy*, tiene su origen en 1890, a propósito de un amplio artículo publicado por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard Law Review*, titulado precisamente “*The right to privacy*”. Este artículo contiene las bases doctrinales a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho a la vida privada bajo la primera definición de “ser dejado a solas”. Posteriormente, por la vía jurisprudencial en Estados Unidos de América y a través de normas codificadas en otros países, el derecho a la vida privada se ha convertido hoy en día en uno de los derechos fundamentales reconocidos tanto por instrumentos jurídicos supranacionales como por los órdenes jurídicos nacionales.

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajena y en soledad. Los comportamientos del ser humano serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos, o serán internos e intransferibles cuando permanezcan en el espacio interior de la persona.

En la doctrina española se afirma que se está en presencia de un derecho de la persona, cuyo contenido parece determinado, inicialmente, por ella misma. Y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso y el valor cultural e histórico, y en definitiva, conforme al interés público del asunto sobre el cual se informa.

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre en virtud del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos ratificó esos términos. Por su parte, en el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José, también contiene disposiciones relativas.

En México, el derecho a la vida privada está regulado por el art. 7o. constitucional, que prescribe como límite a la libertad de prensa el respeto a la vida privada. También es aplicable el art. 16 de la Constitución, primer párrafo, que a la letra dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Esta garantía de seguridad jurídica es, sin duda, amplia y suficiente para garantizar el derecho a la vida privada de las personas, pues regula con precisión los requisitos que debe reunir el mandamiento escrito mediante el que pueda afectarse o molestar a la persona:

a) *Autoridad competente.* La afectación a la persona debe provenir de una autoridad competente; es decir, de un órgano facultado por la ley, pero en este caso el art. 16 constitucional no hace referencia a una ley secundaria, sino a la propia Constitución, por lo que se exige que la autoridad esté investida de competencia constitucional.

b) *Escrito fundado.* No solo basta que la autoridad esté atribuida de competencia, sino que el mandamiento por escrito que lesiona al particular debe tener fundamento en una norma jurídica general de derecho positivo, conforme a la cual pueda darse origen al mandamiento de referencia.

En la doctrina se advierten posturas distintas. Mientras la mayoría fundamenta la necesidad de proteger el derecho desde la Constitución y con la creación de una garantía específica, algunos sostienen que este derecho solamente trata de problemas vinculados con la denominada “libertad informática”, que pueden resolverse a través de leyes claras y precisas. En todo caso, probablemente la solución sea consagrar el derecho en el texto constitucional —que de cualquier forma está prevista en todos los principales instrumentos internacionales, como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional merecen prácticamente protección similar a la prevista en los derechos humanos expresamente previstos en nuestra Constitución— y desarrollar leyes reglamentarias o secundarias que establezcan los elementos procedimentales, las vías de protección y las sanciones derivadas de su afectación. Esta tendencia ha adquirido carta de naturalización en cada vez más sistemas democráticos, particularmente en los regímenes que abrevan del sistema jurídico romano.

Ernesto Villanueva

DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA

La humanidad recibe experiencias, conocimientos y enseñanzas de generaciones anteriores. A su vez, procesa y asimila esa información para su transmisión en un compendio denominado *cultura*. Existen dos enfoques comúnmente aceptados para definir este término: *universalista* y *diferencialista*. El primero de ellos declara que la cultura es una sola, que comprende todo lo relacionado con el saber humano más allá de diferencias sociales, geográficas o de cualquier otra categoría. El segundo, y quizá más admitido actualmente, propone la existencia de múltiples culturas dentro de la sociedad. Así, reconoce las infinitas y variadas manifestaciones de esta índole generadas por la humanidad, sin menospreciar ni jerarquizar a ninguna de ellas. No obstante, es importante destacar una percepción del concepto como resultado mutable de la experiencia social, con afinidades y diferenciaciones latentes entre cada manifestación cultural.

Los derechos, formas y reglas de manifestación humana, en su evolución consideraron la necesidad de reconocer, promover y garantizar los derechos a los beneficios de la cultura. Y esta circunstancia fue la que dio lugar a la codificación de los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*, que pertenecen a los derechos humanos de segunda generación. Aunque en su faceta compuesta, después dio pie al *derecho al patrimonio artístico y cultural*, que forma parte de los derechos humanos de tercera generación, de los que son titulares los grupos humanos como colectividad. De ahí que el derecho a los beneficios de la cultura no es otra cosa más que un derecho humano inalienable, relacionado con el conjunto de normas, nacionales e internacionales, que permiten el desarrollo de las expresiones culturales, su protección, manifestación y el aprovechamiento, desde cognitivo hasta económico —representado por el reconocimiento internacional de la propiedad intelectual— que se pueda obtener de ellos.

Por supuesto que al entenderse la importancia de proteger las huellas de vida humana, como instrumento de transmisión de experiencias, progresos y descubrimientos, fue que se tornó necesaria la implementación de normas capaces de extenderse por el mundo. Fue así como en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con el propósito de generar un espacio propicio para el diálogo intercultural y su consecuente difusión.

En 1948 surge la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer instrumento internacional que incorpora un catálogo de derechos culturales. Dentro de éste se estipula la libre participación de las personas en la vida cultural de la comunidad y la protección intelectual, así como el derecho a la realización de los derechos culturales.

Ese mismo año, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adopta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en que se estableció el derecho de toda persona a participar, gozar y disfrutar de la vida cultural, además de la importante protección de los intereses morales y materiales que correspondan por sus creaciones (art. XIII). Este rubro ha sido reconocido además en el Convenio de Berna, por la UNESCO en 1952 y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual desde 1967.

En 1969 surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”, cuyo reto cultural es la obligación de los Estados de adoptar providencias en lo interno y a través de la cooperación internacional, para lograr la efectividad de los derechos derivados de normas culturales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Para 1976, nace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado con el carácter de vinculante por buena parte de los países miembros. En este documento los derechos se caracterizan por realizarse a través del Estado, de manera progresiva y mediante acciones positivas. Representa además el reconocimiento de dos nuevas categorías de derechos

culturales: la libertad para la actividad creadora y la libertad para la investigación científica.

De manera trascendente, en su capitulado se amplían los compromisos de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos. Para ello, establece obligaciones de carácter general, tales como el compromiso de adoptar las medidas internas y de cooperación entre los Estados a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, y la obligación de no discriminación al garantizar el ejercicio de los derechos en él enunciados.

Años después, en 1988, se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, aunque entra en vigor hasta 1999. En su art. 14 expresamente se prescribe el *Derecho a los beneficios de la cultura*, y destaca en esencia la adopción de los mismos propósitos y obligaciones del PIDESC.

El Protocolo se ha convertido en la herramienta principal sobre materia cultural en el sistema interamericano. Prevé métodos de protección, como la presentación de informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los Estados miembros, la facultad de organismos especializados de presentar informes relativos al cumplimiento de las disposiciones protocolarias ante el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Además de la posibilidad, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de formular observaciones y recomendaciones, dentro del Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial (art. 19).

Por otro lado, los temas culturales en el derecho Europeo se compendian hasta la aparición del Tratado de la Unión Europea. La clave en los temas culturales dentro del derecho comunitario es la subsidiariedad, que implica el respeto por las acciones de cada Estado en materia cultural, sin que sea impedimento para la realización de actividades comunes que fortalezcan el acervo cultural de sus miembros. Otros instrumentos relevantes son la Carta Social Europea (1961), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural (1985), la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (1992), la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1994).

Con la instrumentación jurisdiccional y los sistemas legales del derecho de la cultura, auxiliados por la ciencia y tecnología informática, que han propiciado una verdadera revolución de la información cultural al mejorar la difusión del conocimiento humano cuantitativa y cualitativamente de manera vertiginosa y en tiempo real, en el Estado democrático constitucional de derecho de las naciones, hoy debe ser una realidad la tutela y vigencia del derecho fundamental de los beneficios de la cultura.

Jorge Meza Pérez

DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El reconocimiento de los derechos humanos como universales ha llevado a su doble protección, pues están salvaguardados por el derecho constitucional y por el derecho internacional tanto a nivel universal como regional. Dentro de este catálogo de derechos encontramos los culturales que han sido incorporados a las Constituciones políticas de los países para asegurar su ejercicio. Como antecedente de la importancia de esa incorporación se encuentra la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe, primera reunión de ministros de cultura de la región celebrada en Bogotá en enero de 1978, en donde se reconoció la necesidad de una legislación específica y adecuada para su protección.

Dos son las situaciones que han favorecido a la codificación constitucional del derecho a la cultura. Por una parte, la crisis del colonialismo y la exposición de nuevas formas políticas o culturales del mismo, y por otra, la existencia de grupos étnicos. De cualquier manera, la aparición del discurso sobre la diversidad cultural provocó la necesidad de incorporarlo dentro del ámbito jurídico de los países, tanto en sus ordenamientos como en la interpretación que se hace de ellos por los tribunales constitucionales.

Así, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional, dentro de las cuatro bases centrales que se reconocen, que son: el derecho de autor, derecho del patrimonio cultural, derecho de la creación y producción artística y el derecho de las industrias creativas o culturales, y en tal sentido se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

Los derechos relativos a la protección y conservación del patrimonio cultural en la mayoría de los países están determinados a nivel constitucional, el derecho a la cultura ha sido proclamado explícitamente por las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Igualmente, en varias Constituciones de América Latina se reconocen los derechos lingüísticos estableciendo como idioma oficial el español, y en el caso de Brasil, el portugués, así como las lenguas y dialectos étnicos existentes, como en el caso de Nicaragua, Perú y Venezuela.

A raíz de ese desarrollo, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional e internacional; es decir, nuevas categorías de derechos culturales se han incorporado, como los derechos colectivos vinculados con la identidad, personalidad y autonomía cultural de las naciones y de los pueblos, tales como el derecho a la identidad cultural nacional, derecho de todo pueblo a desarrollar su cultura, el respeto de la personalidad cultural de los países, el derecho de cada Estado a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y el derecho a la cooperación.

Es necesario tomar en cuenta que existen distintas maneras en que las Constituciones prevén mecanismos para la salvaguarda de los derechos culturales, pues se protegen derechos tanto colectivos como individuales. Los Estados, al intentar aplicar la norma sobre derechos culturales a los casos concretos, se inspiran en dos vertientes: por un lado, la diversidad cultural,

que propone reforzar la diferenciación, y por otro, la identidad cultural, que busca incluir la diversidad bajo una óptica de integración.

En Colombia, fue a partir de la creación de las normas constitucionales aprobadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 cuando se reconoció la diversidad cultural. Con posterioridad, se dio la pauta para el surgimiento de jurisprudencia de su Corte Constitucional, donde destacan tres conceptos jurídicos que complementan su Constitución, al contener implícitamente concepciones sobre la cultura, ámbito territorial, sujeto colectivo y propiedad colectiva.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencias relativamente recientes (2012) acerca del derecho a la cultura como derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona. En sus criterios se plasma que el Estado es el encargado de velar por la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, en sus aspectos individual y colectivo, englobando en este último la difusión de valores, como los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos. Sin embargo, hace el recordatorio de que, como cualquier derecho humano, éste no es irrestricto, ya que encuentra límites externos relacionados con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, en cuyo caso se estará sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

En la tradición anglosajona podemos encontrar precedentes de la protección de derechos culturales, tal es el caso *R. v. Sparrow*, donde la Suprema Corte de Canadá determinó que cuando una medida legislativa limita el ejercicio de un derecho existente indígena se da *prima facie* una violación de la sección 35 de la Constitución de 1982, y para determinar ese derecho hay que identificar las prácticas, tradiciones y costumbres distinguiendo si son parte característica de su cultura.

Ahora, en el contexto del derecho europeo destaca el caso *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (número 23883/06 del 16 de diciembre 2008), que se refiere al desalojo de inquilinos por rehusar remover una antena satelital que les permitía recibir programas de televisión en árabe y farsi de su país de origen (Iraq). La Corte enfatizó la importancia para esa familia de inmigrantes, de mantener contacto con su cultura y lenguaje, y precisó que esa libertad a recibir información no solo se extiende a reportes de eventos públicos, sino también a las expresiones culturales o entretenimiento puro.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido numerosa jurisprudencia en cuanto a derechos culturales se refiere. Entre algunos casos destacables se encuentran el de *Aloeboetoe vs. Suriname*, donde se tomó en cuenta la estructura familiar del pueblo *maroons*, a la cual pertenecen los *saramacas*, tribu de las siete víctimas de detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte por parte del estado de Suriname; en donde se determinó que, para la reparación de los daños, el derecho local que debía aplicarse no era el derecho surinamés, pues éste no era eficaz en la región en cuanto al derecho de familia, correspondiendo entonces aplicar la costumbre

saramaca, en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana. Situación similar a la del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en donde prevaleció la costumbre de la comunidad indígena *Awas Tingni*, en aras de tener una sentencia con efectos útiles para los afectados, y en donde se hizo referencia al concepto de propiedad territorial colectiva en las comunidades indígenas.

Jorge Meza Pérez

DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO

El derecho a un salario justo es una parte fundamental del derecho al trabajo. En ese tenor, y bajo la teoría generacional de los derechos humanos —quizá ya superada— se configura como un derecho de segunda generación, (económicos, sociales y culturales, DESC).

Sin embargo, desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993 ha quedado claro que los derechos humanos —todos— son indivisibles, interdependientes, y por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro.

Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar —en la mayoría de ocasiones— derechos civiles y políticos por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos (de primera generación) no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías responsables y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o la impartición de justicia). Por lo que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

En la definición del derecho a recibir un salario justo se recurrirá al marco jurídico internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 23.3, dispone que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, en su art. 7, que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: b) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”.

En la Observación General núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005, se determinó que el trabajo pleno será posible con la conjunción de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, que deberán ser proporcionados por los Estados en la medida de las condiciones internas existentes: disponibilidad y accesibilidad, dentro de ésta última se ubica la “aceptabilidad y calidad”, es decir, el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo.

Por otra parte, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha reconocido que la remuneración es el aspecto de las condiciones de trabajo que más directamente influye en la vida diaria de los trabajadores. Según la Constitución de la OIT (1919) “la garantía de un salario vital adecuado” es uno de los objetivos cuya consecución es más urgente.

Así, en el Convenio 95 sobre la Protección del Salario de la OIT (1949), art. 4, se determina que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) determina que entre las medidas que deben adoptar los Estados se encuentran aquellas en materia de “salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”.

En el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos también se produce el reconocimiento del derecho a un salario justo.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, numeral 7, “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”, dispone que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Sin embargo, la exigibilidad y justiciabilidad de este derecho está limitado en el sistema interamericano ya que, conforme al art. 19.6 del mismo Protocolo de San Salvador, del conjunto de derechos aquí previstos solamente son exigibles y justiciables, a través de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el derecho a la educación y los derechos sindicales.

Frente a las restricciones que tiene el sistema interamericano para hacer exigibles los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha hecho es pronunciarse sobre la afectación que se produce a derechos civiles y políticos (que son aquellos expresamente contenidos en la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos) por la existencia de una omisión o acción estatal que priva de condiciones adecuadas de subsistencia, salud o trabajo.

En los casos *Villagrán Morales y otros*, *Comunidad indígena Yákye Axa*, *“Instituto de Reeducción del Menor”*, *de los Hermanos Gómez Paquiyauri* y *Myrna Mack Chang*, se consideró que el derecho a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea prevé en su parte I, numeral 4, que: “todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”. Y en el art. 4 “Derecho a una remuneración equitativa” se sostuvo que para garantizar este derecho, las partes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

Finalmente, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, el art. 15 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) reconoce que “todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo”.

Como se ve, conforme al conjunto de normas internacionales, el derecho a un salario justo es relevante para el pleno ejercicio de los demás derechos humanos y se integra como elemento al concepto de trabajo decente de la OIT. Para ahondar en la normativa constitucional, véase “Derecho a un salario justo (jurisprudencia constitucional”.

A pesar de lo antes dicho, hay que reconocer los límites que a este derecho impone la realidad de América Latina y otras latitudes: el subempleo, la informalidad y el trabajo precario, así como sus causas estructurales, afectan y lesionan este derecho.

Julietta Morales Sánchez

DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Este apartado se centrará en las disposiciones constitucionales y, posteriormente, en la labor interpretativa de los órganos de control constitucional en torno al derecho a recibir un salario justo.

En México, la Constitución refiere, en su art. 123, apartado A, fracción VI, que “los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”. En este sentido, el mismo art., en su fracción VII, agrega que “para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La Constitución argentina prevé que el derecho al trabajo, conforme al art. 14 bis, gozará de la protección de las leyes, a fin de asegurar al trabajador una retribución justa.

El texto fundamental de Bolivia dispone, en su art. 7o., que “toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que regla-

menten su ejercicio: j. A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano”.

La Constitución de Brasil, en su capítulo II, denominado “De los Derechos sociales”, art. 7o., fracción IV, afirma que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social, “el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin”.

En Chile, la Constitución prevé, en el art. 19, apartado 16, que se asegura a todas las personas “16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

El texto constitucional colombiano afirma, en su art. 25, que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Por su parte, la norma fundamental de Costa Rica regula, en su art. 56, que “el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada”. Igualmente, en el art. 57 de la Constitución costarricense se prevé lo siguiente: “Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”.

La Constitución ecuatoriana dispone, en su art. 33, que “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

La Constitución de República Dominicana determina, en su art. 62, inciso 9, lo siguiente: “Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad”.

La Constitución de la República de Venezuela dispone, en su art. 87, que “la ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna”.

En España, la norma fundamental, en su art. 35.1, establece que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Mientras que en Italia, la norma constitucional determina, en su art. 36, que “el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa”.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en el apartado de “Empleo y Remuneración”, prevé lo siguiente: “5. Todo empleo debe ser justamente remunerado. A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales: se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno”.

Aunque utilizando una terminología diferente, en el ámbito internacional encontramos algunos casos que hacen referencia al salario justo. A manera de ejemplo se mencionarán algunos de ellos.

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (Carreño Quispe, Exp. No. 0029-2001-PA/TC), en el cual el demandante solicita que la municipalidad en la cual laboraba lo restituya en su puesto de trabajo y ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. El alto tribunal, pronunciándose por la pretensión denegada en la instancia inferior, declara que el trabajador que presta sus servicios tiene derecho a un pago equitativo y suficiente que permita su subsistencia y la de su familia; por tanto, estima la demanda del recurrente.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció recientemente sobre el caso Magda Rodríguez Caballero (Auto 134/13, Expediente T-3.418.445, 27 de junio de 2013). En este proceso, la acción de tutela fue promovida por la señora Magda Gutiérrez Caballero, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. La Corte Constitucional resolvió “tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital”.

Asimismo, la mencionada Corte colombiana, en la sentencia C-019/04, recurre en repetidas ocasiones a la mención del salario justo como parte integrante de las nociones laborales de aquel país, aun cuando no se habla expresamente de este derecho en su Constitución. En la sentencia C-931/04 se examina la constitucionalidad de disposiciones que restringen el derecho de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Por otro lado, en República Dominicana encontramos la sentencia TC/0117/13, del 4 de junio de 2012, que aunque no versa específicamente sobre el derecho a un salario justo, se basa en la recorte salarial que sufrirá un trabajador por ciertas disposiciones recién instauradas. Al refutar esa medida, el actor cita el art. 62 de su Constitución, la cual dice en parte que todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.

En Argentina se encuentra, por ejemplo, que en el caso Miglierini, Hilda Aurora y otros (Fs. 262/422, 8 de junio de 2004) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los demandantes sostenían que un fallo emitido por

un tribunal local vulneraba sus derechos a una retribución justa, entre otros. Aunque en ese caso la Corte Suprema falló en contra del demandante, se contempla el respeto a la remuneración justa contenida en el art. 14 bis de la Constitución argentina.

En México se ha determinado que “la Junta está obligada... a determinar cuál es, a su juicio, el salario remunerador, si el indicado por el obrero o el que sugería el patrono; y si ninguno de ellos lo estima justo, debe fijar ella misma el que conceptúe equitativo” (Salario remunerador, facultades de las Juntas de Conciliación para fijarlo).

Julietta Morales Sánchez

DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a un proceso equitativo, a veces denominado como derecho al debido proceso, queda proclamado por el art. 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es uno de los artículos del Convenio que con mayor frecuencia se invocan, ya que consagra una serie de principios básicos propios del mismo Estado de derecho. La garantía de un proceso equitativo tiene como finalidad de proporcionar una protección que no es teórica e ilusoria, sino concreta y efectiva de los derechos humanos, y esto implica tanto utilizar conceptos “funcionales” y “materiales” como nociones “autónomas” que emanan del Convenio, ya que los conceptos jurídicos no pueden ser interpretados únicamente por referencia al derecho interno del Estado demandado, lo que podría tener como consecuencia una grave limitación en el ejercicio del derecho.

La estructura del art. consta de una parte general (el apartado primero), que enuncia el principio según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal que decidirá tanto de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil como del fundamento de cualquier acusación en materia penal que la concierne, y de una parte especial (los apartados segundo y tercero) que afirma un abanico de derechos imprescindibles de los que goza el acusado en el proceso penal.

El art. 6.1 afirma el derecho de acceso a un tribunal independiente, imparcial y establecido por ley para toda persona, entendiendo por esta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, incluidos los extranjeros y apátridas que se encuentren bajo la jurisdicción de cualquiera de los Estados contratantes. El Convenio considera como “tribunal” cada instancia que ejerce una función jurisdiccional aplicando las normas de derecho a través de un procedimiento organizado. Por “litigio”, hay que entenderse una disputa real y seria que puede versar sobre la existencia misma de un derecho y también sobre cuestiones de hecho. Entre el resultado del procedimiento y el derecho debe existir un vínculo directo, de manera que el primero sea determinante para el derecho en cuestión.

Por “derechos y obligaciones” se entienden los que tengan una base legal en el derecho interno, en un modo que permita su ejercicio ante los tribunales. La expresión “de carácter civil” prescinde de las calificaciones de los

distintos Estados miembros y depende de su contenido material, incluyendo sin duda un derecho que tenga una naturaleza patrimonial y de manera muy amplia tanto las diversas ramas del derecho privado como asuntos muy dispares; por ejemplo, la autorización de vender un terreno (*Ringeisen c. Autriche*); la propiedad de un edificio religioso (*Paroisse Greco Catholique Sâmbata Bihor c. Roumanie*); el derecho para ejercer una profesión (*Le Compte, Van Leuven y De Megere c. Belgique*); los litigios relativos a funcionarios públicos (*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*), y un litigio presentado ante una jurisdicción constitucional si el procedimiento relativo al derecho de carácter civil tiene una incidencia directa sobre el resultado del litigio ante la jurisdicción ordinaria (*Ruiz-Mateos c. Espagne*). Bajo algunas condiciones, el Tribunal ha concluido por la aplicabilidad del principio en las medidas cautelares.

El Convenio utiliza una noción funcional también para calificar el concepto de “acusación en materia penal”, que debe interpretarse a la luz del Convenio prescindiendo de las categorías utilizadas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes. Un punto de partida funcional exige que se aprecien tres criterios, dictados en la sentencia *Engel y otros (Engel et autres c. Pays-Bas)*: en primer lugar, la calificación jurídica que la infracción recibe en el derecho interno, y después, de forma alternativa, los criterios de la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción prevista por ley aplicable. Cuando un examen de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal, se puede adoptar una lógica acumulativa de los criterios (*Benedoun c. France*). La vertiente penal del art. 6o. es aplicable a los procedimientos ante un tribunal militar (*Albert et Le Compte c. Belgique*). Las infracciones del régimen disciplinario penitenciario como tal no quedan incluidas y deben ser analizadas bajo el perfil civil del artículo 6o. (*Enea c. Italie*), al igual que los procedimientos de extradición (*Peñafiel Salgado c. Espagne*) o los de la orden de detención europea, porque se consideran como una manifestación del ejercicio de los poderes disciplinarios (*Ravnsborg c. Suède*). La noción de acusación en materia penal puede aplicarse a los procedimientos administrativos, fiscales (*Mieg de Boofzheim c. France*), aduaneros (*Salabiaku c. France*), en materia de derecho de la competencia (*Société Stenuit c. France*) y en cuestiones financieras (*Guisset c. France*).

Después de la enunciación general del apartado primero, el art. 6.2 sigue añadiendo el principio de la presunción de inocencia de la que goza toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. El Convenio quiere proteger a cada persona acusada de los efectos nocivos que pueden resultar en una violación de este principio (*Allenet de Ribemont c. France*).

En el art. 6.3 se enumeran, pero no de manera exhaustiva, las garantías que consiguen el principio del derecho equitativo en el proceso penal, que tienen como finalidad de asegurar la “legalidad de las armas” entre la parte acusadora y la defensa. Entre estas se colocan: el derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (*Goddi c. Italie*), y el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. El acusado debe

además disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y tiene el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan. Toda persona acusada goza del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*).

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional es afirmado por el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La afirmación de este derecho es la consecuencia de la obligación general de reconocer los derechos humanos protegidos que se impone a los Estados miembros, en virtud del art. 1o. del Convenio.

Desde el punto de vista del derecho comparado, el derecho a un recurso efectivo, que encuentra su antecedente en el art. 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es afirmado también en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Aunque el Tribunal Europeo haya declarado que el sistema de protección de los derechos humanos requiere “una limitación máximas de las restricciones implícitas a esta clausula” (*Kudla c. Polonia*), de hecho, la aplicación de la norma se ha visto muy afectada por los problemas de interpretación que ella implica.

El derecho afirmado no es absoluto, ya que subyace a varias condiciones que dependen del tenor literal del art. y de su interpretación judicial. Desde el primer punto de vista, la violación que determina el derecho a un recurso efectivo debe referirse a alguna otra disposición del Convenio que reconozca un derecho o una libertad (*Klass y otros c. Alemania*), pero la apreciación del Tribunal sobre el art. 13 puede efectuarse de manera autónoma respecto a toda otra norma del Convenio. Desde el segundo punto de vista, el Tribunal interpreta el derecho a un recurso efectivo siempre que se trate de “peticiones defendibles” (*arguable complaint*) en los términos del Convenio (*Boyle y Rice c. Reino Unido*), entendiéndose por tal una petición que tenga un fundamento de violación de un derecho protegido, lo que no se puede establecer de forma teórica y que requiere una evaluación específica del caso por el Tribunal (*M. A. c. Cipro*).

La disposición debe considerarse como una norma general, que no se aplica en los casos en que hayan normas específicas, como el art. 5.4, que afirma el derecho al control de la legalidad de la detención, o el art. 6o. del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho a un proceso equitativo.

El Tribunal considera que la amplitud de la obligación del Estado de garantizar un recurso efectivo depende de la naturaleza del derecho vulnerado, con el resultado de que la protección debe ser más rígida en el caso de una violación del derecho a la vida reconocida por el art. 2o. del Convenio o de la prohibición de la tortura y otros tratos prohibidos por el art. 3o. del Convenio (*Kaykharova y otros c. Rusia*).

El derecho debe ser garantizado por el Estado en la legislación y en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe estar injustificablemente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado (*Büyükdag c. Turquía*), que puedan condicionar el ejercicio del derecho del demandante (*Sabanchieva y otros c. Rusia*) o que no pueden suficientemente proteger a este mismo contra la arbitrariedad (*Al-Nashif c. Bulgaria*).

El art. 13 no va tan lejos hasta garantizar un recurso que permite impugnar las leyes de un Estado miembro contrarias al Convenio ante una instancia nacional (*Costello-Roberts c. Reino Unido*), pero trata de garantizar que el individuo pueda presentar una queja no frente a la autoridad judicial nacional, sino ante una autoridad no judicial del Estado, que sea lo suficientemente independiente e imparcial para conocer los hechos y los argumentos del denunciante (*Milen Kostov c. Bulgaria*), para juzgar la violación y para otorgar la reparación necesaria a través de una decisión vinculante (*Di Sarno y otros c. Italia*) de la que el demandante pueda aprovechar de manera concreta (*Keenan c. Reino Unido*).

La efectividad del recurso puede implicar que esto tenga un efecto suspensivo, como ha sido afirmado en el caso de la expulsión de un inmigrante (*De Souza Ribeiro c. Francia*), y no depende de la certeza de un resultado favorable por el demandante (*Soering c. Reino Unido*). El carácter efectivo del recurso, aunque no se llegue a exigir hasta que exista un recurso interno contra la legislación (*Young, James y Webster c. Reino Unido*), requiere que el Estado haya establecido recursos contra las normas reglamentarias (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) o, además, un “conjunto de recursos” para satisfacer las condiciones del art. 13 (*Leander c. Suecia*).

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO AL HONOR

El derecho al honor puede definirse como la potestad jurídica que tienen las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social frente a intrusiones ilegítimas que las puedan hacer desmerecer en la consideración propia y ajena. El derecho al honor está codificado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en casi todos los textos constitucionales de los países reconocidos por la ONU. El objeto del derecho al honor supone la protección de la consideración, estima o valor personal en el ánimo público y en la percepción propia, cuyo valor jurídico debe ser establecido casuísticamente, a la luz de los principios prevalecientes en la

sociedad en un tiempo y espacio determinado. El contenido de este derecho, por ende, habrá de ajustarse también en razón de los procesos de evolución y permanencia de esos mismos valores y principios sociales.

El ámbito de protección del honor se debe determinar tomando en cuenta tres aspectos fundamentales: a) la calidad jurídica de la persona presumiblemente afectada en su honor. El tratamiento habrá de tener diferencias y peculiaridades, según se trate de una persona jurídica, de una persona pública o de un particular, como se puede advertir en el derecho comparado, bien se trate de derecho continental, del derecho anglosajón o de los diversos sistemas híbridos existentes; b) las normas sociales y morales predominantes en una época y tiempo casuísticamente determinados. Las diferencias culturales, religiosas y educativas entre una sociedad y otra son referentes esenciales para determinar el grado de afectación del honor de las personas, y c) el manejo que la persona hace de su propio crédito y consideración en su relación con los demás, en razón de su trabajo, de sus convicciones o, simplemente, de su forma de vida dentro de la sociedad.

La doctrina ha dividido tradicionalmente el honor jurídicamente protegido en dos facetas o ámbitos básicos: el honor objetivo y el honor subjetivo.

El honor objetivo —en realidad objetivable— está constituido de la manera siguiente:

1. El honor de los particulares.
2. El honor de las personas jurídicas.
3. El honor de las personas públicas.
4. La protección penal del honor.

La tensión entre el poder público y los medios de comunicación ha sido el eje sobre el cual ha girado la evolución histórica de los derechos fundamentales en el mundo entero: de un lado, la reivindicación de la prensa por informar y discutir sobre todo asunto de relevancia pública, y de otro, la intención del poder público por acotar los alcances de las libertades de expresión e información con la inserción de derechos con bienes jurídicos protegidos eventualmente antagónicos a esas libertades. La lucha entre el alcance de las libertades de expresión e información y el núcleo protector del derecho al honor ha sido, en particular, uno de los aspectos esenciales del estudio para delimitar dónde inicia uno y dónde terminan las otras. Lo anterior se ha resuelto en los Estados democráticos de derecho a través de la vía jurisprudencial, mediante la cual se han ofrecido los elementos interpretativos obligatorios para aplicar el derecho a casos concretos. La libertad de expresión ampara la libre difusión de ideas, opiniones y juicios de valor; se trata, sin duda, de un derecho fundamental dotado de la más amplia protección jurídica para su libre ejercicio; por ello, sus límites se han reducido a una porción mínima, tanto por lo que hace a las personas públicas como cuando se refiere a las personas privadas. Tan es así que la *exceptio veritatis* no constituye un ingrediente de la licitud de la libertad de expresión, habida cuenta de la imposibilidad material para calificar a las ideas y opiniones de verdaderas o falsas.

Se ha afirmado que la libertad de información protege fundamentalmente la investigación y la difusión de hechos noticiosos. Las tensiones entre la prensa y el gobierno se pueden rastrear hasta la Ley de Sedición de 1798 —promovi-

da por el partido de Alexander Hamilton y John Adams—, que consideraba delito los “escritos falsos, escandalosos y maliciosos” contra el gobierno, el Congreso y el presidente de los Estados Unidos. La ley no pudo resistir, sin embargo, los embates de los electores condenando a la derrota electoral a los federalistas —sus promotores—, dejando sin efecto legal la ley en cuestión en 1800, y declarada inconstitucional en 1801. La tentación gubernamental por acotar los límites de la libertad de información de la prensa no quedó, sin embargo, truncada, pues años más tarde, cuando el *World* de Nueva York y el *News* de Indianápolis aportaron datos sobre la corrupción habida en la edificación del Canal de Panamá en 1908, el presidente Teodoro Roosevelt ordenó al fiscal general que se querellara por libelo. Los tribunales rechazaron los casos antes de que llegaran a juicio, determinando que el gobierno no puede querellarse por libelo; no obstante, sí podían hacerlo los servidores públicos a título personal. Es así que entre 1801 y 1963 las querellas por libelo —es decir, por difamación y calumnia—, en donde estaba involucrada la prensa, se habrían de resolver conforme a las leyes aplicables —sobre todo civiles, por ser reparadora al buscar resarcir el daño sufrido mediante cuantiosas indemnizaciones—, independientemente de que se tratara de personas públicas o privadas, mediante el método de *balancing test* (ponderación entre un bien jurídico y otro afectado). En 1964 se produce un giro radical en el tratamiento judicial de los procesos por libelo al ser analizados desde la perspectiva de la primera enmienda de la Constitución por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *The New York Times vs. Sullivan*, que al valorar la importancia que tiene la prensa como arma del arsenal de la democracia señalaba, por conducto del juez William Brennan, que: “El debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables y afilados, contra el Gobierno o los servidores públicos... Algún grado de abuso —afirmaba citando a Madison— es inseparable del propio uso de cada cosa; y en ninguna instancia es más cierto que en la prensa... Hay que tener en cuenta que las declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si las libertades informativas constituyen el espacio para respirar (*«breathing space»*) que necesitan para sobrevivir... y es que una decisión que obligue al que critica la actuación oficial a garantizar la veracidad de sus decisiones, y que tenga que hacerlo bajo la amenaza de juicio por libelo y que se puedan pedir indemnizaciones prácticamente ilimitadas, conduciría a algo comparable a la *autocensura*”. Después de las consideraciones anteriores, la sentencia fijaba el criterio que habría de seguirse para determinar cuándo los servidores públicos pueden entablar una querrela por libelo: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a cualquier servidor público reclamar daños por una nota falsa y difamante en relación a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración fue hecha con malicia real o efectiva (*«actual malice»*) es decir, con conocimiento de que era falso (*«with knowledge of its falsity»*) o con descuidada desconsideración acerca de si era falso o no (*«or with reckless disregard of whether it was false or not»*)”. El criterio definido en el caso *Sullivan* sigue vigente hoy en día. En 1967 a la luz del caso *Butts*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos amplió el núcleo protector del caso

Sullivan a las figuras públicas que juegan un papel de similar relevancia en la sociedad que los servidores públicos. Además, en 1971 en ocasión del caso *Rosembloom*, la Suprema Corte llevó el criterio del *actual malice* a “toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas”. En los años posteriores, otros casos han matizado este principio general, aunque persiste hoy en día como criterio de interpretación judicial en los Estados Unidos y buena parte de América Latina, especialmente en México.

Ernesto Villanueva

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Es común que en la doctrina y en la normatividad interna de muchos países el denominado derecho al medio ambiente o derecho al ambiente sea descrito y precisado como un *derecho humano*. Bajo esta tesis, se ha considerado (aunque no de manera unánime) que el derecho al ambiente pertenece a los derechos de solidaridad o de la tercera generación, tales como el derecho al desarrollo, la paz, o la libre determinación de los pueblos. Esto permite distinguirlos de los derechos civiles y políticos (de la primera generación) y de los derechos económicos, sociales y culturales (de la segunda generación).

Los autores que apoyan el planteamiento de que se trata de un derecho de tercera generación habrían de coincidir en que este tipo de derechos, a diferencia de los de primera y segunda generación, establecen al mismo tiempo deberes estatales positivos (de hacer) y a la vez negativos (de no hacer). Esto significa que el Estado deberá, por ejemplo, mejorar, restaurar o lograr la conservación del ambiente, y evitar su deterioro y contaminación; asegurar que sus titulares puedan ejercer este derecho (legitimación procesal), ya sea como acción ambiental individual, o bien como acción colectiva; establecer normas procesales e instancias jurisdiccionales para garantizar su cumplimiento; delimitar la responsabilidad subjetiva y objetiva por daño ambiental, etcétera.

En toda discusión relativa al reconocimiento de un derecho al ambiente subsisten, entre otras, tres ideas para un análisis jurídico: *i*) el ambiente como objeto de protección; *ii*) la titularidad y la legitimación procesal, y *iii*) las garantías procesales para el cumplimiento efectivo del derecho. Respecto a la primera, como no existe una definición única o universal sobre el concepto de ambiente, es muy complejo delimitar el significado del bien que se pretende tutelar. ¿Están incluidos todos los componentes esenciales de la noción ambiente, es decir, seres humanos, medio natural, medio construido y las relaciones de interdependencia recíproca que hay entre ellos? Aunque en un principio se ha señalado que el bien jurídico tutelado (el ambiente) se refiere a la salud, el bienestar, la calidad de vida, el desarrollo de la personas, entre otros, es claro que tanto la naturaleza como el medio artificial los condicionan, por lo que estos deberán protegerse para que el derecho al ambiente tenga sentido. Precisar o acotar el contenido de lo que es el bienestar o la calidad de vida, así como lo que abarcan los medios natural y construido, es tarea de quienes inciden en la elaboración de la normatividad respectiva. En esta labor debe tomarse en cuenta que existen bienes jurídicos conexos (si bien independien-

tes) a lo ambiental, lo que supone que el derecho al ambiente está vinculado a otros derechos (reconocidos constitucionalmente o no), como el derecho a la salud, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho al agua, el derecho a la atmósfera, el derecho al patrimonio cultural, etcétera. Además, se discute si los calificativos frecuentemente asignados al ambiente son los idóneos: sano, saludable, adecuado o equilibrado. Lo anterior, porque se ha criticado que todos ellos son muy ambiguos; sin embargo, hay que señalar que precisamente su inherente flexibilidad permite que este derecho pueda adaptarse o expandirse bajo los principios ambientales de equidad intergeneracional e intrageneracional. El ambiente, cualquiera que sea su adjetivo, beneficia a *todos*, y de aquí su característica colectiva.

En relación con la segunda idea, se debaten dos cuestiones muy puntuales: por un lado, si la titularidad del derecho es individual o colectiva, y por el otro, si la potestad legal para acudir a las instancias jurisdiccionales competentes (legitimación procesal) es exclusiva de la persona física o jurídica que ha sufrido (o podría sufrir) el agravio (de manera personal y concreta, por lo que se requiera acreditar un interés directo (derecho subjetivo en sentido clásico), o bien de una persona en donde el agravio no haya sido como el mencionado con antelación y solo tenga un interés legítimo o un interés difuso (afectación a la esfera jurídica de la persona por su especial situación frente al orden jurídico). En la primera cuestión se debe aceptar que la titularidad del derecho al ambiente es individual: se trata de un derecho subjetivo, de un derecho humano, de un derecho de las personas (el bien protegido es individual). Al mismo tiempo debe admitirse que la titularidad es colectiva: se trata de un grupo de personas, de una colectividad, de una clase de individuos (el bien tutelado corresponde a todos, es decir, es un bien colectivo). En la segunda cuestión se acepta que cualquier persona, grupo de personas, comunidades y pueblos está(n) legitimado(s) para presentar acciones ambientales individuales o colectivas (según corresponda) que tengan interés directo o difuso.

En la tercera idea jurídica se plantea que no es suficiente que el derecho al ambiente se mencione en preceptos constitucionales y/o en textos legales sustantivos, sino que existan disposiciones jurídicas procesales que permitan su cumplimiento. Esto supone dos cosas a la vez. En primer lugar, que se elaboren normas en las que se otorgue a la(s) persona(s) agraviada(s), por interés directo o difuso, medidas tanto de prevención para evitar posibles daños ambientales como de reparación o resarcimiento en caso de que se hubiere actualizado el daño o afectación respectivos. Así, la prevención y la reparación vinculadas al bien jurídico tutelado podrán ser individuales o colectivas. En segundo lugar, es imprescindible que existan las instancias jurisdiccionales competentes donde se ventilen las controversias que se pudieran suscitar por la violación de este derecho. El legal y efectivo cumplimiento del derecho al ambiente puede substanciarse ante instituciones u órganos del Poder Ejecutivo (las autoridades que emiten actos de autoridad y tribunales administrativos), o del Poder Judicial (juzgados, tribunales y cortes). Aunque algunos tribunales (administrativos y judiciales) cuentan con salas o jurisdicciones especiales en materia ambiental, debería generalizarse la existencia de tribunales ambientales.

Por último, hay que señalar que la postura claramente antropocéntrica de caracterizar el derecho al ambiente como un derecho humano, ha excluido la posibilidad de que se reconozca que la naturaleza —representada en su conjunto tanto por la comunidad biótica (árboles, plantas, animales, microbios) como por los factores abióticos que la determinan (elementos químicos y físicos como el agua, la temperatura, el suelo) y que configuran los ecosistemas— también puede ser considerada como titular o sujeto de este derecho. Son pocos los ejemplos de juristas que discuten y que eventualmente están a favor de asignar derechos a la naturaleza, y menos aun los casos de textos constitucionales y legales que así lo determinan (excepcionalmente, en América Latina, la Constitución del Ecuador destina todo un capítulo, el séptimo, a desarrollar explícitamente el tema de “los derechos de la naturaleza”). Asimismo, existe resistencia doctrinal y normativa para que se reconozcan derechos al medio construido, representado por las obras realizadas por los humanos (el patrimonio cultural, tangible e intangible) y que forma parte, al igual que la naturaleza, de la noción ambiente. Si existe un desarrollo paralelo y conveniente de un ordenamiento jurídico de protección de los medios natural y construido, no se debe a que se les haya reconocido derechos, sino a que tal protección acarrea beneficios directos e indirectos a los seres humanos y, en última instancia, a que facilita el poder ejercer el derecho al ambiente.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico, el derecho al ambiente es simultáneamente un derecho individual y colectivo, que genera deberes de acción y de abstención del Estado. Es un derecho que complementa, pero que a su vez se complementa con otros derechos. Su constitucionalización debe generalizarse en todos los países del mundo.

César Nava Escudero

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

I. EL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. La evidente interrelación entre la protección del medio ambiente y protección de los derechos humanos tiene una resonancia significativa dentro de los consolidados sistemas de protección supranacional de los derechos humanos.

El texto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en su formulación original, no contenía previsiones expresamente dedicadas a la protección del medio ambiente y a este vacío normativo se ha tratado en varias ocasiones de poner remedio a través del intento para promover la integración del CEDH con las disposiciones específicas en materia de protección del medio ambiente (véase la Recomendación 1885 —2009— de la Asamblea Parlamentaria).

Sin embargo, tales impulsos no han prosperado y, hasta el momento, si el medio ambiente se ha convertido en una condición imprescindible y funcional para la garantía de la efectividad de la tutela de los derechos humanos, aun no habiéndosele reconocido la naturaleza de derecho autónomo, ello se debe a la jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo, de hecho, al interpretar las disposiciones del Convenio como un “instrumento vivo” que debe adaptarse según las contingencias, ha realizado una actualización del Convenio que muestra un creciente interés por los requisitos de protección del medio ambiente, que le lleva a caracterizar al medio ambiente como un auténtico valor que puede llegar a afectar al ejercicio de los derechos expresamente garantizados.

No obstante, no es fácil encontrar una línea evolutiva unitaria que describa este proceso, ya que, en concreto, la protección del medio ambiente se ha ido articulando en diferentes modalidades, que han sucedido a lo largo de un periodo de tiempo bastante prolongado y no exento de obstáculos. No es sino a partir de los primeros años ochenta cuando se empezó a percibir que las condiciones ambientales nocivas podían de alguna manera interferir con el goce efectivo de los derechos protegidos por el Convenio y se comenzaron a admitir los primeros recursos sobre la materia; por ejemplo, los casos *Arondele c. Reino Unido*, núm. 7889/77, del 15 de julio de 1980; *Powell e Rayner c. Reino Unido*, núm. 9310/81, del 16 de julio de 1986 (STEDH del 21 de febrero de 1990); *Zander c. Suecia*, núm. 14282/88, del 14 de octubre de 1992 (STEDH del 25 de noviembre de 1993).

En concreto, el alcance de la protección del medio ambiente en el marco del CEDH se ha producido tanto a través del reconocimiento de la legitimidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos adoptadas, con el fin de preservar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje, como a través de una elaboración interpretativa de obligaciones positivas de naturaleza material y procesal en materia medioambiental, funcionales al efectivo goce de determinados derechos individuales tutelados de manera expresa por el CEDH.

Con respecto al primer punto, la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha orientado prevalentemente hacia el margen de apreciación de los Estados para los supuestos en que la injerencia en el ejercicio de algunos derechos expresamente garantizados se hiciera necesaria y fuera funcional para la satisfacción de las exigencias de protección del medio ambiente.

Exigencias estas definidas como “objetivos principales de la sociedad contemporánea”, ya que “la preservación de la naturaleza y de los bosques y, en general, la del medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en las autoridades públicas, un interés consolidado y dotado de especial relevancia”; en este sentido, se encuentran los casos *Koktepe c. Turquía*, núm. 35785/03, del 22 de julio de 2008; *Muriel Herrick c. Reino Unido*, núm. 11185/84, del 11 de marzo de 1985; *Gillow c. Reino Unido*, núm. 9063/80, del 23 de octubre de 1986; *Fredin c. Suecia*, núm. 12033/86, del 18 de febrero de 1991; *Pine Valley c. Irlanda*, núm. 12742/87, del 29 de noviembre de 1991; *Photos Photiades Ltd c. Chipre*, núm. 41113/98, del 21 de octubre de 1998; *Cooperativa la Laurentina c. Italia*, núm. 23529/94, del 2 de febrero de 2001; *Depalle c. Francia, Gran Sala*, núm. 34044/02, del 29 de marzo de 2010; *Dées c. Hungría*, núm. 2345/06, del 9 de noviembre de 2010, y *Varfis c. Grecia*, núm. 40409/08, del 19 de julio de 2011).

Con referencia al segundo aspecto mencionado anteriormente, aquel relativo a la aparición de la protección del medio ambiente como parte de los

derechos individuales incluidos en el CEDH, se puede detectar la presencia de una rica jurisprudencia con la que se ha enlazado la protección del medio ambiente, entendido como un derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, al tenor del texto de algunos derechos expresamente reconocidos.

En este contexto, sin embargo, conviene precisar que el concepto de protección del medio ambiente viene definido en sus límites teniendo en consideración el papel subsidiario del Tribunal Europeo y el requisito de la cualidad de víctima del sujeto demandante.

De hecho, cuando la violación del derecho al medio ambiente se ha concretado definitivamente en el nivel nacional, es necesario que previamente se busquen todos los posibles remedios internos y la parte recurrente debe probar no solo de estar personal y directamente afectado por los efectos de una acción u omisión de las autoridades estatales y con potencial repercusión en la calidad medioambiental, sino también que los efectos adversos y perjudiciales sufridos alcancen un nivel mínimo de gravedad (*Fadeyeva c. Rusia*, núm. 55723/00, del 9 de junio de 2005).

Una posible catalogación de las modalidades con las que el Tribunal ha permitido una tutela efectiva del medio ambiente puede realizarse también distinguiendo entre las medidas de protección que ponen el punto en derechos expresamente reconocidos de naturaleza sustantiva, o bien mediante la referencia a derechos con un eminente carácter procesal.

A su vez, los *derechos sustantivos* protegidos por el CEDH se pueden articular en *derechos primarios* y *derechos condicionales*. Los primeros son el derecho a la vida del art. 2o. y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3o.; sobre la base de estas disposiciones, la jurisprudencia que ha permitido proceder a la tutela medioambiental, aunque no muy abundante, es muy significativa.

En relación con el art. 2o., que no solo cubre los casos de violación del derecho a la vida derivada de un comportamiento directo del Estado, sino que también integra los supuestos en que el Estado no ha tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirla, para ello véanse los casos *Oneryildiz c. Turquía*, núm. 48939/99, del 30 de noviembre de 2004, y *L. C. B. c. Reino Unido*, núm. 23413/94, del 9 de junio de 1998; mientras que en relación con el art. 3o., son muy significativas las argumentaciones realizadas en la decisión de *López Ostra c. España, Gran Sala*, núm. 16798/90, del 9 de diciembre de 1994, en la que se determinó que el vivir en un ambiente contaminado y, por tanto, perjudicial para la salud humana podría, en abstracto, cuando se alcanzara un cierto grado de gravedad y se sobrepasara un límite de tolerancia, conllevar la violación de esta disposición.

Los derechos condicionales, en cambio, son aquellos que pueden tutelarse de manera directa (por ejemplo, el art. 8o. en relación con la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar) o subsiguiente (art. 1o. del Protocolo núm. 1).

La disposición del Convenio sobre la base de la cual ha sido acogida la mayor parte de las decisiones en materia medioambiental es sin duda el art. 8o. del CEDH, invocado con frecuencia en casos de contaminación ambiental, al considerarla lesiva del derecho a vivir en un ambiente sano y saludable.

ble, y que vulnera el derecho a que sea respetada la propia esfera privada y el disfrute íntimo de esta (*Powell y Rayner c. Reino Unido*; *López Ostra c. España*; *Guerra et al. c. Italia*, *Gran Sala*, núm. 14967/89, del 12 de febrero de 1998; *C. Hatton et al. c. Reino Unido*, *Gran Sala*, núm. 36022/97, del 8 de julio de 2003; *Moreno Gómez c. España*, núm. 4143/02, del 16 de noviembre de 2004; *Tanskin y c. Turquía*, núm. 46117/99, del 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, núm. 59909/00, del 2 de noviembre de 2006; *Fadeyeva c. Rusia*; *Fagerskiold c. Suecia*, núm. 37664/04, del 26 de febrero de 2008; *Tatar c. Rumanía*, núm. 67021/01, del 27 de enero de 2009; *Dees c. Hungría*, y *Apanasewicz c. Polonia*, núm. 854/07, del 5 de marzo de 2011). Tal disposición viene invocada, o bien porque la contaminación haya sido causada directamente por el Estado, ya sea porque la responsabilidad de este último se derive de la falta de una regulación adecuada del sector privado (en particular *Tatar c. Rumanía*; *Budayeva et al. c. Rusia*, núms. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, del 20 de marzo de 2008).

Aunque en menor medida que el art. 8o. del CEDH, también el art. 1o. del Primer Protocolo Adicional al CEDH ha sido utilizado por los jueces de Estrasburgo para decidir una serie de casos en los que fuera evidente la necesidad de proteger el medio ambiente.

Esta disposición, sobre la protección de los bienes y de la propiedad, reconoce a las autoridades públicas el poder de regular el uso de la propiedad privada, justificando en su caso la aplicación de restricciones al ejercicio de los derechos de propiedad en razón a la búsqueda de un interés general superior (*Fredin c. Suecia*; *Zander c. Suecia*; *Taskin c. Turquía*; *Pine Valley c. Irlanda*; *Oneryildiz c. Turquía* y, más recientemente, el caso *Fix c. Grecia*, núm. 1001/09, del 12 de julio de 2011).

Además, de forma residual, también el art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, ha sido un punto de apoyo normativo para obtener otras formas de protección del medio ambiente: el Tribunal sostuvo que existe un interés general para permitir a la comunidad contribuir al debate público sobre temas de interés general y esto, sin duda, se ha reflejado también en materia medioambiental (*Steel et Morris c. Reino Unido*, núm. 68416/01, del 15 de febrero de 2005).

Los derechos que tienen un carácter eminentemente procesal, sin embargo, permiten buscar la tutela medioambiental de manera subordinada: el *valor ambiente* también encuentra protección, aun cuando la parte demandante no haya podido disfrutar de un proceso equitativo en el propio ordenamiento (art. 6o. del CEDH) o haya sido violado su derecho a un recurso efectivo (art. 13 del CEDH). Se trata de hipótesis residuales respecto a las descritas anteriormente, y frecuentemente las normas procesales no representan el único parámetro positivo de que se sirve el Tribunal; sin embargo, es significativa la referencia a tales disposiciones, ya que parece indicativo del proceso de “maduración” de la “conciencia ambiental” que está asumiendo el Tribunal (en relación con el art. 6o., se encuentran los casos de *Fix c. Grecia*; *Apanasewicz c. Polonia*; *Giacomelli c. Italia*; *Okyay et al. c. Turquía*, núm. 36220/97, del 12 de julio de 2005; *Kyrtatos c. Grecia*, núm. 41666/98, del 22 de agosto de 2003; *Ünver c. Turquía*, núm. 6209/97, del 26 de septiembre de 2000; *Athanassoglou*

et al. c. Suiza, núm. 27644/95, del 6 de abril de 2000; *Balmer-Shafroth et al. c. Suiza*, núm. 22110/93, del 26 de agosto de 1997; *Zander c. Suecia*; *Taskin et al. c. Turquía*; mientras que en relación con el art. 13, tenemos a los casos de *Dactylidi c. Grecia*, núm. 52903/99, del 27 de marzo de 2003; *Hatton et al. c. Reino Unido*; *Fix c. Grecia*).

Finalmente, en un caso particular —*Mangouras c. España, Gran Sala*, núm. 12050/04, del 28 de septiembre de 2010— se ha protegido indirectamente el medio ambiente reconociendo también la inaplicabilidad del art. 5o. del CEDH.

De este, aunque breve, análisis jurisprudencial hasta aquí descrito, se evidencia que la protección del medio ambiente, aun no teniendo un papel autónomo en el ordenamiento del Convenio, se ha consolidado como un nuevo valor que puede contribuir a un equilibrio más equitativo entre el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos en el Convenio y el principio general de respeto al individuo al que está consagrado todo el sistema de garantías del CEDH.

En cambio, no hay duda de que la protección “indirecta”, y meramente pretoria, del medio ambiente es insuficiente, sobre todo si se compara el sistema del CEDH con el de la UE, donde el medio ambiente está sujeto a protección específica, aunque no en términos absolutos, tanto en los tratados como en el derecho derivado.

II. EL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. El desarrollo de la protección del medio ambiente en el contexto de las Comunidades Europeas antes, y de la Unión Europea después, fue el resultado de un proceso gradual, que ha evolucionado a nivel normativo y jurisprudencial en paralelo con el proceso de surgimiento de las necesidades de protección del medio ambiente y de la garantía de un desarrollo sostenible que han tomado auge hace relativamente poco en el debate nacional e internacional.

Hasta el Acta Única Europea de 1987 —que añadió al Tratado de Roma un título concreto dedicado al medio ambiente (los antiguos arts. 130 R, 130 S y 130 T, hoy Título XX del TFUE)— a las Comunidades Europeas no se le habían asignado una competencia específica en materia de medio ambiente.

Así, si bien el medio ambiente carecía de una concreta base jurídica que permitiera su protección directa, comenzó a ser protegido indirectamente a través de una particular lectura abierta de los arts. 115 (*ex* 100 TCE) y 352 (*ex* 235 TCE) del TFUE acerca de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y de los llamados poderes implícitos. En esa fase de la historia fue esencial la contribución del Tribunal de Justicia en la definición de un derecho ambiental europeo (STJCE del 18 de marzo de 1980, *Comisión c. Italia*, C-92/79; STJCE del 7 de febrero de 1985, *Fiscal de la República c. ADBHU*, C-240/83).

Fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que asentó las bases para la disciplina normativa posterior, al afirmar que la protección del medio ambiente debía ser considerada como uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, y como tal, con la posibilidad —de manera derogatoria y, por tanto, como excepción— de limitar también algunas libertades previstas en los Tratados (Asunto C-240/83; STJCE del 20 de septiembre de 1988, *Co-*

misión c. Dinamarca, C-302/86; STJUE del 29 de abril de 1999, *The Queen c. Secretary of State for the Environment y Ministry of Agriculture, Fisheries and Food et al.*, C-293/97).

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, se abrió una nueva etapa en la protección medioambiental en Europa, ya que su protección se convirtió en un objetivo fundamental de la CE para ser valorado en la realización del mercado interior y también reconocido a nivel normativo.

Esta fase se consolidó con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 y con el posterior Tratado de Ámsterdam en 1997: las acciones en materia medioambiental se convirtieron a todos los efectos en una de las políticas de la Comunidad Europea y se fortaleció la importancia atribuida a los principios fundamentales de la política comunitaria de medio ambiente, ampliando así su catálogo.

En virtud del antiguo art. 130 R del Tratado de la CE (actualmente, art. 191, párrafo 2, del TFUE), la política medioambiental de la Unión, aun teniendo en cuenta las especificidades de los diferentes Estados miembros, apunta hacia un elevado nivel de protección y se basa “en el principio de precaución, acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en el origen, de los daños causados en el medio ambiente, así como en el principio de «quien contamina paga»”.

De suma importancia es, pues, el principio de subsidiariedad (art. 5o. del TUE): principio inherente al ejercicio de las competencias normativas europeas, destinado inicialmente solo a las cuestiones medioambientales, y luego extendido a todos los sectores de competencia no exclusiva de la UE.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no prevé el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano y saludable, se ocupa de la protección del medio ambiente al invocar explícitamente algunos principios y dedicando al medio ambiente una disposición específica, el art. 37, que establece que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

La redacción de esta disposición es importante, porque establece claramente lo que ha venido sosteniendo una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia: confirma la importancia de los principios y confirma que el derecho a la protección del medio ambiente se configura como un derecho cuya garantía completa solo puede lograrse actuando sobre todas las políticas de la UE (incluso —si no sobre todo— las no “ambientales”, art. 11 del TFUE), y adaptándolo a las exigencias del desarrollo económico.

La última etapa decisiva del desarrollo del derecho ambiental europeo es la fase siguiente a la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, que ha rediseñado la estructura de las fuentes del derecho europeo, dando a la Carta de Derechos la misma fuerza jurídica de los tratados. Esta previsión ha formalizado la centralidad de los derechos fundamentales en el contexto de la UE y ha revelado las profundas conexiones entre la Carta y el CEDH (sobre este punto, tenemos a la STJUE del 19 de enero de 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07).

Este Tratado refuerza además el principio de desarrollo sostenible mediante la ampliación de su ámbito de aplicación (art. 3o., párrafo 3, del TUE), e insiste en la necesidad de adoptar políticas y herramientas funcionales de concertación para preservar y mejorar la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales (art. 21, párrafo 2, del TFUE).

Las disposiciones de los tratados relativas al medio ambiente han dado lugar a una rica producción normativa específica con incidencia en diversos ámbitos y con previsión de una variedad de instrumentos para diferentes modos de intervención. Hoy, por tanto, las políticas medioambientales europeas inciden especialmente: a) en el sector ecológico (disciplina contra la contaminación atmosférica, climática, del agua, acústica y de los residuos y basuras); b) en el paisaje y las zonas protegidas; c) en áreas relacionadas con los procedimientos, tales como la evaluación de impacto ambiental, la evaluación ambiental estratégica y la autorización ambiental integrada; d) en la responsabilidad por daños al medio ambiente, y e) en garantizar el acceso a la información medioambiental.

Como ya se dijo, la evolución del derecho positivo europeo en materia medioambiental se ha movido en paralelo con la acción del Tribunal de Justicia, al que se le debe el mérito de haber desempeñado un papel determinante en el fomento de las instituciones europeas, interpretando en sentido amplio, y tendente a la protección del medio ambiente, las disposiciones normativas y definiendo el alcance de la aplicación de los principios europeos, incluso los no referidos exclusivamente al medio ambiente.

Hay que recordar, en cualquier caso, que en el contexto de la Unión Europea las exigencias para la protección del medio ambiente no se plantean como un valor absoluto idóneo en sí mismo que deba prevalecer sobre los demás principios y libertades garantizados por los tratados. Aquellas exigencias, sin embargo, parecen connotar un valor específico que les confiere un mayor grado de aplicabilidad respecto de otros intereses.

Cuando se trata de equilibrar las necesidades de protección del medio ambiente con la libertad igualmente protegida, el Tribunal de Justicia procede con estricto control: se permite la restricción de ciertas libertades económicas solo si la intervención estatal satisface razones imperiosas de interés público; si no comporta discriminación alguna; si es adecuado para garantizar la realización del objetivo perseguido, y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (en este sentido, tenemos a la STJUE del 20 de septiembre de 2007, *Comisión c. Países Bajos*, C-297/05).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un claro signo de la progresiva imposición de vínculos medioambientales se encuentra en la interpretación del principio de integración, que ha permitido importantes excepciones a la libre circulación de mercancías, incluso en relación con la interpretación de otros principios, cuya operatividad ha sido aclarada, tales como el principio de precaución, el principio de subsidiariedad, el principio de precaución, el principio de “quien contamina paga” y el principio de corrección en el origen de los daños ambientales. Consideraciones similares pueden llevarse a cabo en relación con la interpretación de las normas sobre ayudas estatales, así

como en relación con el ajuste de los contratos públicos a las necesidades de protección del medio ambiente.

Hay que señalar, por último, que el enfoque de las cuestiones medioambientales que se observa por parte Tribunal de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con situaciones medioambientales similares, se presenta a menudo como sustancialmente diferente (emblemática, en este sentido, es la jurisprudencia sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano y saludable, y el tratamiento de basura, de acuerdo a la STEDH del 10 de enero de 2012, *di Sarno et al c. Italia*, núm. 30765/08, y a la STJUE del 20 de marzo de 2010, *Comisión c. Italia*, C-297/08).

Caterina Drigo

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El art. 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra expresamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y de su correspondencia. La necesidad de garantizar la autonomía personal tiene como importante consecuencia que la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia no son excluyentes entre sí, ya que una misma medida puede afectar a la vez dos o más ámbitos (*Mentes et autres c. Turquie; López Ostra c. Espagne; Polski c. Pologne*).

El derecho afirmado debe entenderse como protección de un conjunto de manifestaciones inherentes con el principio fundamental que cada uno tiene al pleno y libre desarrollo de su propia personalidad y a su autonomía, lo que va necesariamente más allá del alcance del “derecho a la privacidad” y del “derecho a la intimidad personal” del individuo. Partiendo de esta premisa, hay que adoptar una lógica evolutiva en la interpretación de este derecho, cuyas manifestaciones no se pueden limitar de manera exhaustiva a los cuatro ámbitos considerados por el art. 8o.

La estructura del art. prevé un apartado (el primero) en el cual se afirma el principio de manera general y otro (el segundo) en el que se dictan las injerencias posibles de la autoridad pública en el ejercicio del derecho. El pleno desarrollo de la autonomía personal garantizado por el art. 8o. (*Pretty c. Royaume-Uni*) tiene como consecuencia que todos los conceptos son amplios y los criterios deben ser considerados como materiales y no formales, y además adaptados teniendo en cuenta que las necesidades del individuo cambian siguiendo la evolución de la sociedad.

Por “vida privada” se entiende la integridad física y mental del individuo (*X. et Y. c. Pays-Bas*); la identidad física y social de cada uno (*Mikulić c. Croatie; Odièvre c. France*), incluidas las informaciones relativas a la salud de una persona (*Z. c. Filande*); el nombre y apellido de las personas físicas (*Burghartz c. Suisse; Guillot c. France*); el derecho a la imagen (*Von Hannover c. Allemagne*); la reputación (*Chauvy et autres c. France*) y el honor (*A. c. Norvège*) de toda persona; la orientación sexual (*Dudgeon c. Royaume-Uni*), la identidad sexual (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) y la vida sexual (*Laskey, Jaggard y Brown c. Royaume-Uni*); la relación que una persona tiene con sus semejantes, se trate de su entorno (*Niemietz c.*

Allemagne), de la relación con personas del mismo sexo (*Mata Estevez c. Espagne*), de cuestiones relativas al enterramiento de miembros de la familia (*Bränduse c. Roumanie*) o de la comunidad a la que el inmigrante pertenece (*Üner c. Pays-Bas*). Bajo el ámbito de la vida privada quedan incluidas la identidad étnica (*S. y Marper c. Royaume-Uni*), las convicciones religiosas y filosóficas (*Folgoro et autres c. Norvège*), así como las actividades profesionales o comerciales (*Halford c. Royaume-Uni*), los registros y los embargos (*McLeod c. Royaume-Uni*). La vida privada no se limita a las medidas que pueden limitar el individuo en su domicilio, como las escuchas telefónicas (*Weber et Saravia c. Allemagne*), llegando hasta proporcionar al individuo un espacio de libertad, incluso cuando esté fuera de su casa, en un contexto social, como en el caso de la interpelación y del cacheo en la vía pública (*Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*), y de la video vigilancia de lugares públicos objeto de divulgación (*Peck c. Royaume-Uni*).

El ámbito de la “vida familiar” depende de un análisis sobre la existencia de estrechos vínculos personales entre las personas, sean estos de derecho o de facto (*Johnston et autres c. Irlande*), y llega hasta incluir el derecho a ser padre genético (*Dickson c. Royaume-Uni*), a recurrir a la procreación medicamente asistida (*S. H. et autres c. Autriche*) y a adoptar (*E. B. c. France*). En relación con los niños, se considera existente un vínculo afectivo en consecuencia de una unión marital —aunque sea entre personas del mismo sexo (*Schalk Kopf c. Autriche*)— o de una unión de facto, de adopción (*Pini et autres c. Roumanie*) y de la acogida (*Moretti et Benedetti c. Italie*); mientras que la cohabitación es sin duda un elemento constitutivo de la vida familiar (*Lebbink c. Pays-Bas*), no es una condición necesaria para considerarla existente entre un padre e un hijo (*Berrehab c. Pays-Bas*) ni para calificar los vínculos afectivos (*Kroon et autres c. Pays-Bas*). La relación afectiva se considera existente también entre hermanos y hermanas (*Moustaquim c. Belgique*), entre tíos y sobrinos (*Boyle c. Royaume-Uni*), así como entre un niño y sus abuelos (*Price c. Royaume-Uni*), y no termina en caso de divorcio (*Mustafa y Armagan c. Turquie*) ni en caso de muerte, ya que forma parte del derecho a la vida familiar también el traslado de las cenizas del difunto marido de un cementerio a otro (*Elli Poluhas Dösdo c. Suède*). El derecho a la vida familiar llega hasta tener en cuenta los internos penitenciarios (*Dickson c. Royaume-Uni*) y el derecho del recurrente al cuidado del medio ambiente (*Giacomelli c. Italie*).

Tal y como la noción de “vida familiar”, también el concepto de “domicilio” es autónomo y depende de circunstancias de hecho, capaces de vincular y conectar de manera directa a toda persona con un lugar determinado (*Prokopovitch c. Russie*). El domicilio es tanto de la persona física como de la persona jurídica (*Sociedad Colas Est et autres c. France*). Esto prescinde de la propiedad del lugar y no se limita a las residencias establecidas legalmente (*Buckley c. Royaume-Uni*), pudiéndose considerar como tal las residencias secundarias y las casas de vacaciones (*Demandes c. Turquie*), las caravanas y otros domicilios no fijos (*Chapman c. Royaume-Uni*), así como los locales profesionales si coincide con la residencia privada (*Niemieltz c. Allemagne*).

La noción de “correspondencia” incluye los correos entre individuos (*Silver et autres c. Royaume-Uni*); también las enviadas en el marco de actividades profesionales (*Kopp c. Suisse*), las conversaciones telefónicas (*Klass et autres c.*

Allemagne), los e-mails (*Copland c. Royaume-Uni*), los datos electrónicos, los télex, los mensajes por bípér y una radio privada.

La protección del derecho tiene como consecuencia que la injerencia de la autoridad pública en su ejercicio sea admisible en cuanto satisfagan dos condiciones: debe ser necesariamente prevista por ley, y constituir una medida para asegurar algunos objetivos cuya tutela es considerada como prioritaria en una sociedad democrática: la necesidad para la seguridad nacional; la seguridad pública; el bienestar económico del país; la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás.

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO AL TRABAJO

Conviene hacer una primera distinción entre derecho al trabajo y el derecho al empleo. Ambos derechos se encuentran estrechamente vinculados en virtud de que el primero es indispensable para el segundo; sin embargo, el segundo requiere para su realización que se establezca una relación laboral con un empleador. La etimología de la palabra “trabajo” deriva del latín, y se refiere a un instrumento de labranza y de tortura; referida también a aquello que ocasiona molestia o un esfuerzo, como la doctrina social católica lo expresa con la frase bíblica “Ganarás el pan con el sudor de tu frente”. El ser humano debe trabajar para cubrir sus necesidades vitales, lo puede hacer por sí y para sí mismo como ocurría al inicio de la civilización. En la medida en que las relaciones sociales evolucionaron cambiaron las formas de organización del trabajo y este tomó un sentido económico como actividad para generar riqueza. El trabajo hace factible que el ser humano utilice sus recursos mentales y físicos para atender su subsistencia y crear su bienestar y el de su familia; representa una fuerza personal inherente e intransferible que no puede ser utilizada o aprovechada por otros, excepto cuando voluntariamente la persona la somete al servicio de un tercero a cambio de una remuneración y otras prestaciones que deben garantizarse. El derecho al empleo significa precisamente el derecho al trabajo mediante la subordinación de los servicios de una persona a otra, a cambio de una remuneración; se trata de un trabajo ajeno, subordinado a los intereses del empleador con quien se establece una relación laboral que genera otros derechos, como son básicamente el salario remunerador, la jornada humanitaria, la salud y protección social, y otros derechos colectivos, como el de sindicalización. El derecho a recibir el producto de trabajo, la utilidad o la riqueza, es inherente al derecho al trabajo. Desde el punto de vista filosófico, el trabajo dignifica al ser humano; desde el punto de vista sociológico, el trabajo es un hecho social que permite al ser humano superar sus niveles de vida. Jurídicamente, el trabajo es un bien que debe tutelarse y regularse para mantener el equilibrio y la justicia social. El derecho al trabajo es un derecho humano y como tal es un derecho público subjetivo caracterizado por la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Asimismo, el derecho al trabajo se le considera un derecho económico y social, por lo que corresponde al Estado ofrecer las condiciones necesarias para su

respeto y cumplimiento; en razón de ello, debe crear la estructura económica, social y jurídica, y establecer las políticas públicas necesarias para promover el pleno empleo y permitir a la persona acceder a un trabajo que le permita satisfacer sus necesidades con dignidad y garantizarle lo que se conoce como “trabajo decente”, incluida la protección por desempleo. En virtud de lo anterior, el derecho humano al trabajo se considera un derecho prestacional. La libertad para trabajar, igualmente, es el derecho de la persona para elegir y realizar las actividades, comercio, industria o profesión que sean de su interés o que más le acomoden, siempre que sean lícitas y no ofendan los derechos de la sociedad. El Estado puede regular el ejercicio de las profesiones que requieran título. La persona, además, tiene el derecho a no trabajar; se prohíbe el trabajo forzoso, ninguna persona puede ser obligada a trabajar, salvo cuando la ley lo determine —como ocurre en el caso de las actividades cívicas obligatorias que precisen las leyes—, cuando se imponga como sanción por autoridad judicial competente, o cuando se estipula como obligación en caso de privación de la libertad. El derecho al trabajo también incluye el derecho a la capacitación y a la formación. En México, el art. 123, además de establecer para toda persona el derecho al trabajo digno y socialmente útil, señala que se promoverá la creación de empleos y la organización social del trabajo, y el art. 25 marca las directrices para el fomento del crecimiento económico y el empleo. La mayoría de los países reconocen el derecho al trabajo; en los países latinoamericanos se consagra en sus Constituciones, entre ellos México (arts. 5o. y 123), Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7o., d), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Cuba (art. 45), Ecuador (art. 35), Nicaragua (art. 57), Panamá (art. 60), Paraguay (art. 86), Perú (art. 22), Venezuela (art. 87). Igualmente, este derecho se reconoce explícitamente en las Constituciones de otros países, como España (art. 35) e Italia (art. 6o.). Otras legislaciones regulan la libertad de trabajo, lo cual lleva implícito el derecho al trabajo. A nivel internacional, los principales instrumentos de derechos humanos reconocen ampliamente el derecho al trabajo: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 23); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (arts. 6o., 7o., 8o. y 17, inciso b, y 18, inciso b); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6o., 7o., 8o. y 10.3); la Carta Social Europea (arts. 1o.-10, 18 y 19), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 15), y otros como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellos el 29, 105, 111 (art. 1o.) y 122 (art. 2o.), y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (art. 11, inciso a), que reconoce el derecho al trabajo de la mujeres sin discriminación alguna, especialmente por la maternidad.

Patricia Kurczyn Villalobos

DERECHO AL VOTO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La democracia es un elemento indispensable del Estado de derecho, sin el cual sería imposible el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos

político-electoral, en virtud de ser un sistema por el cual se garantiza la equidad, la transparencia y la distribución del poder de una manera justa y apegada al derecho; en este sentido, durante mucho tiempo han jugado un papel determinante en la construcción del desarrollo humano y de la dignidad de las personas, pues es a través del sistema de participación que los seres humanos pueden lograr una convivencia adecuada en una organización jurídico-colectiva, como una forma que garantiza la participación libre, ordenada y la manifestación en la vida social de los ciudadanos de manera natural.

Los derechos humanos han sido durante años el objeto de estudio de diversos tratadistas, y una preocupación constante por parte de los Estados; la manera de entenderlos y la forma de protegerlos ha dado lugar a numerosas reformas, la inclusión de leyes, sus alcances, el análisis de sus garantías y de su interpretación, con la cual prevalezca la mayor cobertura de protección individual como persona. Por lo anterior, el derecho al voto, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere de un proceso interpretativo y de armonización, en donde los Estados y sus autoridades (judiciales y con competencias jurisdiccionales) están sometidos a los instrumentos que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las interpretaciones que del mismo haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco de sus respectivas competencias y de conformidad con sus regulaciones procesales propias, por lo que la construcción del contenido de los derechos guarda una estrecha relación con el ámbito internacional.

En la Carta Democrática Interamericana se indica la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que contribuye a la consolidación de la “democracia” como parte del Estado, por lo que los sistemas a través de este modelo consiguen que la toma de decisiones sea basada en las mayorías. Así, la Carta indica que “La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía, en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” (art. 2o.). Asimismo, son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos.

Por lo anterior, el derecho al voto puede entenderse como un derecho humano a través del cual los ciudadanos tengan la posibilidad de manifestar de manera individual, voluntaria, secreta y libre su opinión, respecto a los asuntos colectivos y de la vida política, en el que se garantice la libre expresión de las ideas y se respeten las normas que los contengan. Desde una perspectiva jurídica, no solo la participación efectiva es lo que importa, sino la garantía de esta, que se construye a partir de normas que aseguran a decidir, así como la libertad y la igualdad de esa decisión. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, y aunque un sistema regional no puede determinar un modelo único de sistema

político para toda la región, si existen parámetros o “estándares mínimos” que garantizan la existencia de la democracia como un modelo de vida social.

El voto es, pues, un derecho y un poder reconocido por las normas jurídicas, que dota a los individuos de voluntad y decisión en los asuntos que le competen en un Estado. En este sentido, el voto debe tener las características de la democracia, tales como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; asimismo, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil, legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad que son igualmente fundamentales para la democracia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en su art. 23, una serie de obligaciones de los Estados parte en materia de derechos políticos, que se agrupan en diversos componentes de derechos y que tienen a su vez obligaciones a cargo de los Estados: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1, inciso a); 2) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1, inciso b), y 3) acceder, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (art. 23.1, inciso c). La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por lo anterior, resulta indispensable que en el marco de la democracia y los derechos humanos exista igualdad de oportunidades en las mismas condiciones para una contienda electoral, pero además que su respaldo sea a partir de los principios de libertad de expresión, respeto al sistema jurídico, tal y como señala la propia Carta cuando indica que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (art. 3o.). Por lo que la legitimidad y representatividad del poder se colma no solo en el ejercicio de la voluntad, sino en todo el desarrollo de su respeto y cumplimiento; por ello, no se anula o extingue con la manifestación, sino que su cumplimiento depende en gran medida del ejercicio que de este haga el representante público.

Las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Convención, acerca de los derechos políticos, incluyen una gama abierta de posibilidades de parte del Estado; es decir, que para su cumplimiento no basta con su reconocimiento, sino que es indispensable un amplio proceso normativo y de afirmación conceptual acerca de los derechos políticos, el cual no se agota en la letra de las disposiciones allí contenidas, sino que requiere de la interpretación que puede otorgarle una mayor posibilidad de alcance y contenido. Para lograr la con-

solidación del Estado constitucional de derecho que esperamos se requiere, principalmente, de lograr que los derechos humanos sean una realidad y, por lo tanto, efectivos, para ello es necesario contar con garantías constitucionales en materia electoral que nos permitan una adecuada defensa.

Los derechos político-electorales se integran dentro del catálogo de los derechos humanos; por lo tanto, su respeto, su protección y su garantía son de suma importancia, ya que estos reúnen las características de la generalidad, al ser universales, indivisibles, imprescriptibles, inherentes, irrenunciables y sobre todo progresivos, donde el Estado deberá procurar que su aplicación, integración e interpretación sea extensiva. En este sentido, la protección de estos derechos igualmente debe alcanzar plena efectividad, no solo a la luz de las fuentes internas de derecho, sino también a la luz de los tratados internacionales en la materia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, especialmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), así como la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar mínimo de interpretación.

El derecho al voto y la libre participación en el gobierno comprenden también la posibilidad de integrar partidos y asociaciones políticas que, a través del debate libre de ideas, excluya el monopolio del poder y garantice que las decisiones sean plurales y no corresponda a un solo grupo o persona. La participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas que permitan el acceso real y efectivo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que el derecho al voto deberá contener:

a) Reconocimiento expreso a los ciudadanos, por parte del Estado, en la norma y con instrumentos que garanticen su ejercicio (Corte IDH, Castañeda Gutman).

b) Se encuentran en constante relación con otros, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, y que ligados a la libertad de oportunidades la eliminación de toda forma de discriminación — especialmente la discriminación de género, étnica y racial— y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana en conjunto, con respeto y libertad (Corte IDH, Castañeda Gutman, Carta Democrática Interamericana).

c) Un doble aspecto, el derecho al ejercicio directo del poder (derecho a ser votado) y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo (derecho a votar). Ello supone una dualidad de obligaciones y derechos, que son consecuentes a los ciudadanos y al Estado.

d) La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente, y que una vez organizadas, permiten la intervención en la designación de las autoridades (Corte IDH, Castañeda Gutman).

e) El pluralismo político refuerza la democracia, pues impide que el poder no se ejerza siempre por los mismos sujetos (Corte IDH, Yatama y Castañeda Gutman).

El derecho al voto, además, deberá apoyarse en la educación, como una pieza clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza, y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías (Carta Democrática Interamericana).

Jaime Arturo Verdín Pérez

DERECHO COMPARADO (*TERTIUM GENUS*)

Con la expresión *tertium genus*, la doctrina clásica suele indicar un modelo de justicia constitucional que se desarrolla históricamente después de la segunda posguerra con las Constituciones democráticas de Italia y Alemania; posteriormente es implementado por el constituyente español de 1978, y es entonces cuando se difunde ampliamente en muchos ordenamientos de la Europa centro-oriental, con el ciclo de la transición democrática tras la caída del muro de Berlín, y en algunos otros países del resto del mundo (Guatemala, Honduras, Panamá, Chile, Senegal, etc.), para llegar a ser incluso parcialmente implementado en 2008 en el ordenamiento francés, país que por antonomasia había representado hasta entonces un modelo *per se* en el panorama de los sistemas de justicia constitucional (Favoreu, Tusseau).

El adjetivo *tertium* (el cual es seguido de un *quartum* —Pegoraro— y muchas otras propuestas para la clasificación de las innumerables formas de contaminación recíproca entre los modelos, sobre todo en América Latina —García Belaunde—) deriva del hecho de que tal forma de control de constitucionalidad surge de la hibridación entre dos sistemas considerados arquetipos en el derecho procesal constitucional: el concentrado-kelseniano y el difuso del *judicial review* estadounidense (Calamandrei, Cappelletti). Del primer sistema, el *tertium genus* hereda la centralización del control, para lo cual hablamos de ordenamientos que prevén toda una corte o tribunal constitucional *ad hoc* con la función principal, aunque nunca exclusiva, de garantizar la conformidad a la Constitución de los actos normativos subordinados; el segundo modelo, en cambio, incorpora de manera peculiar la difusión, no del control, pero sí de la iniciativa, en cuanto a que espera que todos los jueces, durante un proceso de oficio o a petición de parte, planteen una cuestión de inconstitucionalidad a la Corte, si están convencidos (Alemania, España) o habiendo una duda no manifiestamente infundada (Italia) de que la norma aplicable para resolver el caso sea contraria a la Constitución. Se trata, por tanto, de un control de constitucionalidad en vía incidental, como viene siendo comúnmente definido en la doctrina italiana, o concreto, como en cambio es descrito en Alemania, ya que, como en los Estados Unidos, la cuestión surge a través de un incidente procesal (aun si en el modelo concentrado se debe hablar, de manera más rigurosa, de prejudicialidad, en cuanto a que el juez que decide la cuestión no es

el mismo juez del proceso principal) y deriva de la necesidad de resolver una controversia concreta entre las partes. Ésta no puede ser ficticiamente creada con el único propósito de plantear la cuestión, sino que debe resguardar intereses reales y situaciones jurídicas subjetivas, teniendo un objeto independiente a la cuestión de constitucionalidad.

De los dos requisitos, el de relevancia y de no estar manifiestamente infundada, se ha agregado al menos uno, por vía jurisprudencial, en muchos de los ordenamientos que desde el inicio optaron por este modelo. El juez *a quo*, es decir, aquel encargado de resolver el fondo del asunto, debe, de hecho, previamente, realizar un intento de interpretación conforme a la Constitución de la disposición aplicable. Esto, debido a que, como la Corte Constitucional Italiana ha afirmado en repetidas ocasiones, una disposición no se declara inconstitucional porque es posible una interpretación suya que no sea acorde a la Constitución, sino porque la inconstitucional es la única interpretación posible.

Tal argumento apela, por una parte, a la teoría de la aplicabilidad directa de la Constitución por parte de todos los jueces; por la otra, al principio de economía procesal, por el cual la Corte es llamada a pronunciarse solamente cuando no sea posible resolver el problema en vía interpretativa. A su vez, un límite aplicativo de este requisito es la teoría del derecho viviente: el juez, en busca de resolver interpretativamente la cuestión, debe atribuirle a la disposición el significado comúnmente utilizado por la jurisprudencia mayoritaria, a fin de no legitimar interpretaciones fantasiosas y extravagantes con el solo propósito de excluir el control de constitucionalidad de la Corte.

De lo anterior se puede observar cómo, en la praxis aplicativa, las características del modelo se acercan más y más al difuso, en lugar de al concentrado y de directo origen kelseniano. El juez ordinario, de hecho, es llamado a ser no solo vigilante de la Corte, sino intérprete directo de la Constitución. Esto significa que el juez ordinario, en la fase preliminar, desarrolla una verdadera y propia función de control de constitucionalidad. Por esto, el monopolio de la corte constitucional en tales sistemas es solo de aceptación de la cuestión, en tanto que el juez *a quo*, a través de la evaluación de los requisitos de relevancia, de validez (Alemania, España) o no estar manifiestamente infundada (Italia), y a través de la técnica de la interpretación conforme puede directamente rechazar la cuestión, aplicando en el proceso la norma considerada constitucional (sin mencionar que en algunos ordenamientos la difusión del control existe en derecho respecto de actos normativos secundarios, como los reglamentos).

Otro aspecto se refiere a la efectiva oportunidad de considerar el *tertium genus* como un verdadero “modelo” de justicia constitucional, o simplemente como una diferente modalidad de acceso a la Corte especializada. En caso de respuesta afirmativa a la primera opción, cuáles serán los ordenamientos que podrán ser clasificados dentro de tal categoría.

El término “modelo” es utilizado en el lenguaje jurídico esencialmente en dos acepciones (de Robilant): como sinónimo de “ejemplo” o “arquetipo”, o como estructura simplificada de una particular realidad, utilizada en función prescriptiva y predictiva respecto al funcionamiento de la misma estructura reproducida en diversos contextos. Es evidente que si en la primera acepción no surgen problemas particulares en cuanto al uso del término, en la segun-

da es necesario verificar si “el modelo” de control de constitucionalidad vía incidental presenta características particulares, tales como para diferenciar la estructura y el funcionamiento respecto a aquellos híbridos originales. Desde un punto de vista meramente estructural, la vía incidental es una de las posibles modalidades de acceso a la Corte, que en todos los ordenamientos viene flanqueada por otros mecanismos, como, por ejemplo, el recurso en vía de acción de parte de órganos públicos, la acción popular o el recurso particular para la protección de los derechos fundamentales. Desde un punto de vista funcional, el *tertium genus* se define como control concreto (Ruggeri-Spadaro). La concentración incide en la forma en que la Corte estructura el juicio de compatibilidad de la norma de la Constitución, dando relieve a los hechos o al caso del cual el juicio surgió. A tal propósito, en otra sede se ha sugerido la hipótesis de que la previsión o no, por parte del ordenamiento, del recurso particular para la protección de los derechos fundamentales entre los instrumentos de garantía de la Constitución, incidan sobre la clasificación del modelo. Se ha afirmado que entre los ordenamientos que incluyen *tertium genus*, *in primis* Italia, Alemania y España, se puede trazar una diferencia entre los dos últimos —y en general en la extensa mayoría de los países que sucesivamente han incorporado este modelo—, donde el juicio en vía incidental tiene una ocurrencia cuantitativamente limitada, y cualitativamente se desarrolla de un modo tendencialmente más similar al de vía directa; e Italia, donde a falta de instrumentos de recurso particular directo y dentro de un sistema de acceso a la corte de los más restringidos entre aquellos con sistema concentrado, la incidentalidad (*rectius*, prejudicialidad) no se limita a representar solamente una, entre las vías de acceso a la Corte, sino de una forma particular al juicio de constitucionalidad, justificando entonces la clasificación del sistema como “modelo”, aunque con una escala mucho menor en cuanto al número de ordenamientos incluidos.

Silvia Bagni
(traducción de Armando Navarro Pérez)

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

El derecho constitucional procesal, cuyo análisis comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución.

La regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las cartas fundamentales más recientes dedican de manera progresiva disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

Esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada al procesalismo científico, y el enfoque que presentamos debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de ma-

nera suficiente los estudios sobre este sector. Con esta aclaración, es posible establecer tres aspectos esenciales del derecho constitucional procesal:

I. **JURISDICCIÓN.** Solo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la institución partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la *jurisdicción* es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide esas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.

Cabe destacar que esta actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a esas normas por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de los que conocen los tribunales.

II. **GARANTÍAS JUDICIALES.** Debemos entender por ellas el conjunto de instrumentos establecidos en las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen además un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido, puede invocarse lo establecido por los arts. 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 6o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; instrumentos en los que se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, y establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Entre esas garantías judiciales se pueden señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.

1. *Estabilidad.* Debe entenderse como el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y los magistrados, ya sea por un período determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que el juez o magistrado una vez designado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio.

2. *Remuneración.* Este ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y los magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos. La Corte Suprema argentina, en una sentencia pronunciada el 18 de noviembre de 1985, señaló que la intangibilidad de los sueldos de los

jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que cabía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, y esa intangibilidad comprendía la conservación del poder adquisitivo de esta, y no solamente su valor monetario formal.

3. *Responsabilidad*. Esta se puede entender desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones; en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso, y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando esos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional. La responsabilidad en sentido propio abarca varios aspectos: patrimonial, administrativo o disciplinario y penal.

4. *Autoridad*. Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de estas. Los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros.

III. *Garantías de las partes*. Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Los lineamientos esenciales de estas garantías se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la *acción procesal* y a la *defensa o debido proceso* se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales, con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal. Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

1. *Acción procesal*. El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso; sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar al Estado la prestación jurisdiccional. Cabe destacar que este derecho autónomo ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, en el cual se reconocen y se tratan de evitar los obstáculos del orden económico, social, político y cultural que en el campo del derecho procesal entorpecen la real participación de los justiciables, e impiden la eficacia del proceso.

2. *Derecho de defensa o debido proceso legal*. Abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversas maneras en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales, como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad

probatoria, etcétera. Pero también este derecho de defensa abarca aspectos sustantivos, pues la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada. Uno de los aspectos esenciales del debido proceso es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes*, la cual surgió con el derecho procesal laboral, precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero patronales existe una parte débil: el trabajador; al respecto destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la “igualdad por compensación”, para lograr el equilibrio de las partes.

Héctor Fix-Zamudio

DERECHO DE ASILO

El derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio a toda persona no nacional que sufre persecución en su país de origen, o en aquel donde antes tuviera su residencia habitual, por razones políticas, ideológicas o conexas a estas, que conciernen ciertos principios y valores democráticos; la regulación de este derecho tiene lugar en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

El asilo en su génesis surge como una institución con un matiz netamente religioso, cuyo objetivo era ayudar y proteger a personas perseguidas por las fuerzas civiles. Por ello, en la doctrina al referirse a los orígenes del asilo se hace alusión a pasajes bíblicos e interpretaciones teológicas, más que antropológicas.

En la Grecia clásica, el asilo alcanzó un alto grado de desarrollo y fue conocido como *asylon*, que significa inviolable. Esta figura fue transmitida por la piedad popular y por tradición apostólica y patristica, en un primer momento de forma de costumbre social, que más tarde iba a adquirir naturaleza jurídica con las leyes a partir de los siglos IV y V en el ámbito eclesial y secular, manteniéndose en la cristiandad hasta en nuestros tiempos, en los que sus valores esenciales se encuentran transmutados en distintos marcos legales, tanto nacionales como internacionales.

La institución del asilo político ha tenido un desarrollo disímil en distintas regiones del mundo, por lo que actualmente conocemos dos clases de asilo de gran importancia (el territorial y el diplomático) que se identifican en las prácticas nacionales de los Estados, en especial nos referimos a los continentes europeo y americano.

La referencia más relevante sobre el asilo territorial se encuentra en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1967, adoptada en forma de “Declaración sobre Asilo Territorial”. Ahí se hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho humano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14), manteniendo como base axiológica de la institución del asilo a los principios fundamentales de la organización, tales como la paz, la seguridad y la cooperación internacional, así como el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, con el fin de garantizar los derechos humanos.

La citada Declaración señala que el asilo territorial no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los pueblos, que deberá otorgarse a las personas con fundamento en el ejercicio de la soberanía (art. 1o.) y no podrán invocar este derecho las personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad (art. 1.2). De tal forma que el derecho a buscar asilo se encuentra condicionado y podrá no ser concedido; sin embargo, cada país es libre de dispensar o no la protección.

Cabe señalar la relativa ineficacia de la comentada Declaración, en consideración a su naturaleza que carece de vínculo jurídico coercitivo, según las reglas, en estricto sentido, del derecho internacional público. Por esta razón, la ONU convocó a una conferencia en Ginebra, Suiza, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977, de acuerdo con la Resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General, con el propósito de adoptar una Convención sobre el asilo territorial que sí garantizara un marco mínimo de derechos de manera vinculante. No obstante, el esfuerzo fue en vano, puesto que no se pudo llegar a ningún acuerdo formal y las expectativas sobre una nueva conferencia o adopción de un marco legal internacional sobre asilo territorial son escasas.

El asilo diplomático, por su parte, se concibe como una institución típica de América Latina, que consiste en la protección dispensada en las misiones o legaciones diplomáticas del Estado. Al igual que el asilo territorial, este tipo de asilo se concede a personas objeto de persecución política o ideológica, con la singularidad de que esa protección se otorga en las instalaciones de las embajadas o consulados de un Estado dentro del territorio de otro.

El objeto de esta institución consiste en conseguir las suficientes garantías diplomáticas por parte del Estado persecutor, a través de una especie de salvoconducto, que permita a la persona perseguida salir de su territorio sin que peligre su vida o su integridad, lo que algunos conciben como una etapa previa al derecho de asilo territorial. El asilo diplomático es también comprendido en su regulación latinoamericana como asilo político (Convenio de La Habana sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928; modificado por el Convenio de Montevideo sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933), a diferencia de la concepción europea, en donde el asilo territorial es entendido como sinónimo del asilo político.

En Europa se considera que la protección brindada en las legaciones diplomáticas a personas que sufren persecución es una especie de “refugio temporal por razones humanitarias”, que se otorga con fundamento en el principio de “inviolabilidad en los recintos diplomáticos”, establecido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, en su art. 22.1, y en virtud de los principios de derecho internacional consuetudinario de proteger la vida, evitar la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, pero bajo ningún concepto por vinculación jurídica al asilo diplomático, institución que carece de validez en ese continente.

De tal forma, la modalidad de asilo diplomático es entendida como una costumbre de ámbito regional latinoamericano y su marco internacional se encuentra en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático del 28 de marzo de 1954, celebrada en el seno de la Décima Conferencia Interamericana.

La Convención de Caracas nace bajo el antiguo concepto de “extraterritorialidad”, por el cual los Estados pueden conceder el asilo diplomático en sus “territorios ficticios”. En ella se incluyen, además del recinto de la misión y la vivienda del jefe diplomático, los navíos de guerra, campamentos y aeronaves militares (art. 1o.); sin embargo, parece que en la actualidad la “extraterritorialidad” pierde sustento jurídico, en tanto que cobra mayor importancia el principio de “la inviolabilidad de la misión diplomática”. Esto significa que, bajo la concepción de “extraterritorialidad”, los recintos diplomáticos se consideran “islas absolutas de la soberanía del Estado en misión”, en el territorio de un Estado anfitrión; mientras que el principio de “inviolabilidad de la misión diplomática” sustenta que los edificios o recintos donde se encuentren las embajadas o consulados dependen parcialmente del Estado receptor. Así, mediante la adopción de leyes nacionales sobre recintos diplomáticos y consulares (caso del Reino Unido, Ley de 1987) es posible revocar el estatus diplomático de una embajada o consulado en determinadas situaciones de crisis, tales como las rupturas de las relaciones diplomáticas, en virtud de conflictos ideológicos, políticos o bélicos.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación consiste en la libertad que tiene todo individuo para constituir con otras personas una entidad con personalidad jurídica propia, con efectos temporales estables para el cumplimiento de fines lícitos previamente establecidos y con reglas internas otorgadas en atención a los principios de autoorganización y autodeterminación asociativa. Este derecho adquiere particular relevancia en los Estados democráticos, porque las asociaciones constituyen una manifestación del pluralismo, según Häberle en *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, y tienen una función mediadora entre los gobernados y el poder público, de acuerdo con Tocqueville y su obra *La democracia en América*.

I. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. El derecho de asociación tiene un reconocimiento tardío en el constitucionalismo —salvo en Estados Unidos e Inglaterra, donde se apreció una relación estrecha entre este derecho y las libertades de expresión y reunión—, ya que el liberalismo político decimonónico concibió al Estado, bajo la influencia de Rousseau, como una asociación política derivada de un pacto social, sin admitir estructuras o entidades intermedias entre la libertad individual y la representación política, de acuerdo con Coello Garcés en libro *El Estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, pues, según Lucas Murillo de la Cueva y su obra *El derecho de asociación*, “se temía que pudieran fraccionar la visión directa del interés colectivo y crear una barrera innecesaria entre cada uno de los individuos y el Estado”. De ahí que este derecho no se encuentre expresamente establecido en las primeras declaraciones de derechos humanos ni en la Constitución francesa de 1791.

Con posterioridad se genera una evolución significativa del pluralismo político y de la libertad individual para el reconocimiento constitucional del

derecho de asociación, como es el caso de las Constituciones de México de 1857 y 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de España de 1931 (con algún antecedente en los textos constitucionales españoles de 1869 y 1876), entre otras.

En el caso mexicano, este derecho se estableció de manera conjunta con el derecho de reunión en el primer párrafo del art. 9o. constitucional, que permanece incólume desde 1917, en los siguientes términos: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar”.

II. RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL. En cuanto al ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho de asociación cuenta con un reconocimiento preponderante, como puede advertirse de lo previsto en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; en los que se establece, en esencia, que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente. De manera que, el derecho de asociación cuenta con una configuración constitucional y convencional de amplio contenido, porque comprende de manera genérica tanto el ejercicio de esta libertad, sin interferencias indebidas de la autoridad, como las diversas manifestaciones asociativas previsibles en un Estado democrático, ya sean con fines políticos, ideológicos, religiosos, laborales, sociales, económicos, profesionales, culturales, deportivos, o bien de cualquier otra naturaleza.

III. LAS VERTIENTES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La libertad asociativa se caracteriza, según Lucas Murillo de la Cueva, por su pluripersonalidad, que trasciende más allá del ámbito de la individualidad de los derechos. Asimismo, esta libertad se distingue por su carácter instrumental para el cumplimiento de otros fines, ya que a partir de este derecho se concretan, por ejemplo, la participación política de los ciudadanos a través de agrupaciones o partidos políticos; la defensa de derechos laborales en los sindicatos; el ejercicio de la libertad religiosa y el libre desarrollo de las expresiones culturales en asociaciones de esta índole; entre otros.

Debido a estas particularidades, es posible identificar diversas vertientes del derecho de asociación, tales como: a) el derecho a constituir asociaciones o la libertad fundacional de una asociación, como dimensión básica de este derecho; b) el derecho a incorporarse a asociaciones previamente constituidas, que consiste en la libertad positiva o activa que tiene todo individuo para asociarse a determinada entidad con fines lícitos; c) el derecho a no asociarse; es decir, la libertad negativa o de la no pertenencia a una asociación, lo que implica una prohibición a la afiliación o sindicación obligatoria; d) el derecho a abandonar una asociación, que significa la libre manifestación de la voluntad de separarse de una entidad o agrupación específica; e) la libertad de autoorganización y autodeterminación para definir el funcionamiento interno de la asociación, con la posibilidad de dotarse de sus propias normas estatutarias, sin injerencias externas o gubernamentales, y f) el derecho de los

asociados frente a la asociación, que genera la posibilidad de disentir respecto a las decisiones de los órganos de dirección o estar en aptitud de controvertir sus actos, así como el reconocimiento de medios idóneos para la salvaguarda de los derechos de los asociados, y de su garantía de audiencia y legítima defensa, de acuerdo con Saucá Cano y su escrito “Artículo 22 de la Constitución española: el derecho de asociación”, como ocurre con el derecho de los afiliados en los partidos políticos.

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES. De lo previsto en el art. 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los referidos textos internacionales se advierte que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la Constitución y en la ley, siempre y cuando sean necesarias en una sociedad democrática, como es el caso de la prohibición de la ilicitud de sus fines, o por razones de orden público, para proteger la salud, la moral o los derechos de terceros, y en materia política, únicamente pueden ejercer el derecho de asociación quienes tengan el estatus de ciudadano.

V. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN. La nota esencial que distingue a estos derechos, conforme a lo estipulado por Carbone en el libro *Los derechos fundamentales de México*, es que la libertad asociativa tiene efectos temporales extendidos, y no se agota mientras físicamente se encuentran reunidas determinadas personas, porque en la asociación se crea una entidad con personalidad jurídica distinta a la de sus asociados, lo que le otorga una mayor temporalidad y permanencia.

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México considera que la libertad de asociación es un derecho fundamental indispensable en todo régimen democrático, porque propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación y control del gobierno (Jurisprudencia P./J.54/2009). También estima que se trata de un derecho complejo compuesto por “libertades de índole positiva y negativa que implica, entre varias cuestiones, la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica”, cuya finalidad lícita sea de la libre elección de los asociados (Tesis 1a. LIV/2010).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho de asociación previsto en el art. 9o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos opera en tres posibles direcciones: a) como derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; b) como derecho a permanecer en la asociación o renunciar a ésta, y c) como derecho a no asociarse. Por lo que concluye la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponer en la ley una obligación a los comerciantes e industriales a que se afilien a una cámara en específico vulnera este derecho fundamental (Jurisprudencia P./J.28/1995).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español considera que el derecho de asociación constituye la facultad de unirse con otros libremente para estructurar una agrupación sin injerencia estatal (STC 67/1985), para lo cual cuenta con la potestad de autoorganización, que comprende desde la aprobación de sus estatutos hasta la expulsión de los asociados, de manera que “quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos” (STC 218/1988).

I. **RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN.** Con relación a las limitaciones de este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no se vulnera la libertad de asociación cuando se precisan en la ley requisitos razonables para su registro; por tanto, pueden preverse requerimientos legales a efecto de “salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento” (Tesis P. CXXV/2000). Sin embargo, estima que son contrarias a la Constitución Política las restricciones injustificadas e indebidas a la libertad de asociación; por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se limite a un individuo a pertenecer únicamente a una asociación, como puede advertirse de la tesis aislada de rubro: “LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE UN INDIVIDUO PERTENEZCA A MÁS DE UN COLEGIO DE PROFESIONISTAS ES INCONSTITUCIONAL” (Tesis 1a. LIII/2010); o en los casos en los que se restrinja la existencia de un número determinado de asociaciones, como lo prevé la tesis aislada de rubro: “COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN” (Tesis 1a. CCXXXVII/2007).

II. **RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN.** El derecho de reunión mantiene una estrecha relación con el de asociación, porque estos derechos tienen un carácter instrumental para lograr determinados fines, y convergen en la concreción de otros derechos fundamentales, como los de participación política, libertad sindical, libertad religiosa o libertad de expresión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional establece que “la diferencia sustancial entre ambos derechos es que la libertad de asociación implica la formación de una nueva persona jurídica, con efectos jurídicos continuos y permanentes, mientras que una simple congregación de personas se caracteriza por una existencia transitoria cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos” (Tesis 1a. LIV/2010).

III. **DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA.** En el ámbito político, únicamente los ciudadanos tienen derecho de asociarse para participar o formar parte en los asuntos públicos, en atención al carácter restrictivo del estatus de ciudadanía, concebido bajo la perspectiva tradicional del Estado nacional (Coello Garcés: 2013, 185). Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación prevé en su Jurisprudencia 25/2002, que el ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral consiste en que los ciudadanos pueden formar partidos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley; por lo que el ejercicio de esta libertad en materia política “está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las

primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos”.

En esta materia, el derecho de asociación tiene una vertiente de gran trascendencia para la participación política de los ciudadanos, como es el caso del derecho de afiliación partidista, que comprende no solo la potestad de formar parte de un partido político o de una agrupación política, sino también la de conservar su afiliación, incluso la de no afiliarse a éstos o desafilarse libremente (Jurisprudencia electoral 24/2002). En ese sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que en el control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos deben armonizarse dos principios que se encuentran inmersos en el derecho de asociación; por una parte, la libre afiliación partidista de los ciudadanos y, por otra, la libre autoorganización del partido político como entidad de interés público (Tesis electoral VIII/2005).

IV. MEDIDAS COMPENSATORIAS EN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. A efecto de privilegiar el ejercicio del derecho de asociación, el órgano jurisdiccional en materia electoral considera que cuando los integrantes de comunidades indígenas soliciten el registro de un partido político, las autoridades electorales deben adoptar las medidas compensatorias y adecuadas para maximizar su derecho de asociación y participación política, como puede advertirse del criterio interpretativo que integra la tesis de rubro: “COMUNIDADES INDÍGENAS. DEBE MAXIMIZARSE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO DE PARTIDOS POLÍTICOS” (Tesis electoral XXXI/2012).

Glicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el aspecto más importante del derecho de asociación es que los ciudadanos son capaces de crear una entidad legal para actuar colectivamente en un ámbito de interés mutuo, lo que le otorga a este derecho un sentido práctico (sentencia *Gozelik y otros vs. Polonia*, 2001, §55), y no obstante que es una libertad autónoma con una esfera específica de aplicación, también constituye un medio adecuado para el ejercicio de las libertades de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión de las ideas (Sentencias *Ahmed vs. Austria*, 1998, §70 y *Chassagnou y otros vs. Francia*, 1999, §57).

I. RECONOCIMIENTO EN EL CONVENIO EUROPEO. Este Tribunal considera que el derecho de asociación es inherente al art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, aunque este precepto haga referencia expresa a los sindicatos, ya que reconoce de manera genérica a la libertad asociativa, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

II. INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que si bien los Estados tienen la potes-

tad de valorar si los objetivos y actividades de una asociación son conformes a sus leyes nacionales, también lo es que “deben hacerlo de una manera que sea compatible con sus obligaciones dimanantes del Convenio y que están sujetos a la fiscalización de este Tribunal” (sentencia Sidiropoulos y otros *vs.* Grecia, 1998, §40). De manera que la libertad de asociación no es absoluta y en determinados supuestos se acepta la imposición de límites, siempre y cuando estas restricciones tengan por objeto proteger otros derechos reconocidos en el referido Convenio y se acredite la “necesidad social apremiante” para justificar la intervención a este derecho (sentencia Otto-Preminger Institut *vs.* Austria, 1994 §§47 y 50). En ese tenor, este órgano jurisdiccional europeo precisa que el único motivo suficiente para justificar una restricción es aquella que tiene su origen en una sociedad democrática; por tanto, el término “necesidad social apremiante” no tiene la flexibilidad de las expresiones útil o deseable, pues “la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría siempre tenga que prevalecer. Debe conseguirse un equilibrio que asegure el trato justo de las minorías y que evite cualquier abuso de una posición dominante” (sentencia Young, James y Webster *vs.* Reino Unido, 1981, §63).

III. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN. Los fundamentos de la defensa de la democracia y del Estado constitucional han generado que en diversos países europeos se hayan disuelto asociaciones o declarado inconstitucionales partidos políticos bajo el argumento de que éstos sostienen una doctrina contraria al sistema democrático, ya sea por promover el nacionalismo racista o xenófobo, tener vínculos con el terrorismo o pretender el establecimiento del islamismo extremista a través del *djihad* o guerra santa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido diversos casos vinculados con la ilegalización de partidos políticos, entre los que destacan particularmente los promovidos contra Turquía, como son los siguientes:

1. *Sentencia del Partido Comunista Unificado contra Turquía, del 30 de enero de 1998*. En este caso, el Tribunal observó que el partido político fue disuelto antes de haber iniciado sus actividades, y, por ende, tal medida fue adoptada solo sobre la base de sus estatutos, con lo cual la disolución fue una medida desproporcionada que no resultaba necesaria en una sociedad democrática, ya que el sólo hecho de utilizar en su denominación el término “comunista” no es suficiente para declarar inconstitucional una asociación política.

2. *Sentencia del Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía, del 8 de diciembre de 1999*. En este asunto, el partido reivindicaba el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo y denunciaba la opresión de esta minoría, cuestión que instó a su disolución, por considerar que su programa atentaba contra la integridad territorial y la unidad de la nación. El Tribunal Europeo estimó que el partido político no proponía un llamamiento a la violencia o alguna forma de rechazo a los principios democráticos, sino que insistía en la necesidad de realizar su proyecto político respetando las reglas democráticas, con una solución pacífica al conflicto histórico de esa minoría nacional (Rollnert: 2000, 153).

3. *Sentencia del Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, del 31 de julio de 2001*. Este asunto marca un punto de inflexión en la jurisprudencia

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la disolución de partidos políticos. Esta organización política fue declarada ilegal en ese país, bajo la acusación de haberse convertido en un centro de actividades contrario a los principios constitucionales y al laicismo, por promover la doctrina del islam extremista y por pugnar por la instauración de un régimen jurídico religioso conocido como *Sharia*.

El Tribunal Europeo sentenció que la disolución de este partido político no vulneró el art. 11 de la Convención, porque las posiciones del *Refah Partisi* formaban una imagen clara del modelo de Estado que este partido concebía de acuerdo con reglas religiosas, por lo que su proyecto político no era teórico ni ilusorio, sino realizable. Por lo anterior, estimó que el Estado de Turquía sí podía razonablemente evitar la ejecución de un proyecto político incompatible con las normas de la Convención. Por tanto, consideró que la disolución de este partido no fue desproporcional a los fines legítimos perseguidos, porque respondía a la “necesidad social apremiante” de preservar el Estado laico y democrático (sentencia *Refah Partisi* y otros vs. Turquía, 2001, §§80 y 82).

Glicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La Corte Interamericana ha considerado que todos los individuos que estén bajo la jurisdicción de los Estados miembros tienen derecho a agruparse con otras personas para la realización de un fin lícito, sin la intervención indebida de las autoridades que limiten este derecho o desnaturalicen el ejercicio de la libertad asociativa (caso *Escher* y otros vs. Brasil, 2009). Ello, en atención a lo previsto en el art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”.

I. DIMENSIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Baena Ricardo* y otros vs. Panamá, sostuvo que la libertad de asociación tiene una dimensión positiva y una vertiente negativa, ya que por una parte reconoce el derecho de formar asociaciones, y por otra, la libertad de todas las personas a no agruparse a una organización específica, de manera que ningún individuo puede ser obligado a asociarse a una corporación.

II. DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICA. El art. 16.1 de la Convención prevé el ejercicio legítimo del derecho de asociación en materia política, bajo la premisa de que en un sistema democrático debe protegerse la libertad asociativa de todos los ciudadanos, inclusive de los que integran las agrupaciones de oposición, ya que sin éstas no es posible el logro de acuerdos que atiendan las diferentes visiones que prevalecen en el contexto social (Silva: 2012, 372).

Por lo que en una sociedad democrática la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos debe ser garantizada por los Estados miembros, mediante normas y prácticas que permitan el acceso a los espacios deliberativos en condiciones de igualdad, así como a través de

medidas que promuevan su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, 2010).

III. LIBERTAD SINDICAL. El derecho de asociación en materia laboral consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna y programa de acción sin la intervención indebida de las autoridades, para lo cual cada trabajador está en libertad de determinar, sin coacción alguna, si desea o no formar parte del sindicato. En ese sentido, la Corte Interamericana estima que la libertad sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos; de ahí que la protección a este derecho trascienda a la inviolabilidad de los espacios físicos o locales en los que desempeñan sus actividades. Por esta razón, las autoridades únicamente pueden acceder a las instalaciones sindicales mediante autorización judicial (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001); de lo contrario se disminuiría la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la defensa de sus intereses (caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, 2007).

IV. RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El art. 16.2 de la Convención establece que el ejercicio de este derecho “sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado que la expresión “ley” no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a considerar que una disposición emitida por el poder público, con carácter general, puede restringir derechos fundamentales. De manera que este vocablo recobra un “sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia de los poderes en la esfera de los derechos y libertades de las personas” (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001).

Es decir, las restricciones al derecho de asociación deben estar previstas en los ordenamientos constitucionales, o a través de la delegación expresa en la Constitución, para que el órgano Legislativo lleve a cabo la regulación de este derecho, siempre y cuando las limitantes sean necesarias en una sociedad democrática y se establezcan en aras de la seguridad nacional o el orden público.

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE EXCEPCIÓN

I. CONCEPTO. La excepción es un derecho procesal, que sirve como medio de defensa y que pueden invocar las partes, para enervar la demanda sin entrar al fondo del asunto. Esta categoría procesal en el derecho civil, frecuentemente ha servido para alargar los procesos. En cambio, en las acciones de garantía (acción de amparo y acción de cumplimiento en el Perú), es para proteger tales procesos, pero evitando su larga duración, teniendo en cuenta el carácter sumario de los mismos.

II. LA EXCEPCIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL. Creemos que las excepciones que pueden funcionar son las siguientes:

1. *Por la naturaleza de la acción.* Sería el caso que se demanda para proteger un derecho informático, empleando la acción de amparo o la acción de cumplimiento para proteger un derecho constitucional, que corresponde a una acción de amparo. En la práctica resultará más efectivo, declarar improcedente la demanda.

2. *Excepción de cosa juzgada.* El art. 6o del Código Procesal Constitucional señala que “En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo”.

Esta excepción procede cuando sobre la misma materia y seguida entre las mismas personas, la sentencia definitiva ha quedado firme, por lo que no procede que se vuelva a iniciar por la parte perdedora la acción; sin embargo, se viene discutiendo y tratando de poner en práctica una acción de amparo contra amparo.

3. *Excepción de prescripción.* Sería el caso de que alguien formule una demanda de acción de amparo. Ahora, de acuerdo al Código Procesal peruano, simplemente se le denomina “plazo de interposición de la demanda”. Dicho plazo concluye a los treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido. Y cuando los actos son continuos, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

III. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS. Es importante hacer referencia al trámite de este medio de defensa procesal.

En principio, las excepciones en materia de procesos comunes (civil, penal, laboral), en la mayor parte de casos se emplean como medios dilatorios por parte de los demandados. En cambio, en materia constitucional, tanto por la materia que se discute —derechos constitucionales— y por tratarse de procedimientos sumarios, no se permite que el trámite de las excepciones recorra todas las instancias. Por eso el art. 10 del Código mencionado establece: “Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No procede en el proceso de Hábeas Corpus”.

IV. LAS COMPETENCIAS Y LAS EXCEPCIONES. Es un tema que en la práctica cabe tenerlo en cuenta. En efecto, cuando se trata de una demanda de hábeas corpus, es competente un juez penal de la provincia donde se ha cometido el agravio. Y cuando se trata de las acciones de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, hay tres alternativas de competencia: el juez civil de turno de la provincia donde se encuentra el domicilio del demandado, o el juez civil de turno de la provincia donde tiene su domicilio el demandado, o el juez civil de la provincia donde se ha producido el agravio.

Por consiguiente, si cualquiera de estas acciones se presentaran ante un juez no competente, lógicamente el demandado podría deducir una excepción en relación con la competencia.

Víctor Julio Ortecho Villena

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho humano de la “igualdad ante la ley” puede ser un *principio* o un *valor*, con el carácter de una condición general de validez. Su construcción se basa en la interpretación de los tribunales constitucionales, contenido en las jurisprudencia donde la norma se contrasta con la realidad para llegar a la *igualdad material*, de acuerdo con las necesidades del contexto y de los casos que se tiene que decidir, para lo cual se emplean los conceptos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en medios y fines.

El Tribunal Constitucional Español, en jurisprudencia 8/1983, del 18 de febrero, pronunció: “Si a tal conclusión se llegara, se estaría desconociendo el *valor superior* que en el régimen democrático tiene el *principio de igualdad* básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La *igualdad* se configura como *valor superior* que, con una eficacia trascendente de modo que tal situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con los valores que la constitución como norma superior proclama”. La igualdad, como valor, es un regulador, y no una forma concreta de vida; más bien es una medida abstracta. Y en la óptica normativa, la igualdad como principio, no es una descripción universal de la realidad; es una directriz genérica referida al tratamiento de la identidad entre sí de la realidad humana.

Los parámetros de enjuiciamiento en la vulneración del “principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley”, el TC español, en resolución, 49/1982, del 14 de julio, señaló: “La regla general de la igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad ante la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio Poder Legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, debe de ofrecer para ello una fuente suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley, cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la cual se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coherenarse con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación cuando éstos son órganos jurisdiccionales”. Se infiere que el respeto y no vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales; sin embargo, la misma sentencia otorga un parámetro permisivo para apartarse del precedente, pero tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Además, en sentencia del TC español 66/1987, del 21 de mayo, se establece la visión donde se exige el juicio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, así: 1. Reitera el carácter vinculante del principio de igualdad

respeto de los jueces y tribunales de justicia, los cuales; 2. No pueden apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones, en caso de que lo hagan, y 3. Deberán aportar una fundamentación suficiente y razonable.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol No 28, establece que “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficiaren o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.

Es este orden, encontramos la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, caso “Empresa Singer”, noviembre de 1995: “El hecho de pertenecer a un sindicato no puede dar origen a la discriminación en materia de sueldos y prestaciones sociales. No resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una u otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato”.

Por su parte, el criterio sostenido por la Corte Suprema chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988, donde establece “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que tenga una justificación racional”.

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 144, de 1988, establece lo siguiente: “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”.

Las ideas construidas en la doctrina jurisprudencial, donde se crearon los principios como la razonabilidad y la proporcionalidad entre medios y fines. El *principio de proporcionalidad* es el criterio para determinar el principio de igualdad, lo que implica que un privilegio a favor solo sería admisible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara. Además, el “concepto de proporcionalidad” comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectado por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin; es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Los principios logran la “igualdad ante la ley”, lo que a su vez permite aproximarse a la “igualdad material”, derivado de la interpretación de la realidad humana.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho fundamental a la igualdad ante la ley debe ser estudiado en su relación con otros derechos humanos contenidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que hace necesario enunciar los derechos que contempla el Convenio, y se hace a la luz de la jurisprudencia que ha generado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio garantiza el derecho a la vida (art. 2o); prohíbe la tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3o); la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (art. 4o); reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (art. 5o), y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (art. 6o); prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 7o); protege la vida privada y familiar (art. 8o); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9o); de expresiones e información (art. 10); de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (art. 11); reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 12); garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 13); finalmente, el derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (art. 14).

En el sistema del Convenio, el derecho a la no discriminación no es por tanto un *derecho autónomo*, ya que el art. 14 protege el derecho a no ser discriminado *en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el convenio*, los cuales previamente fueron enunciados. La igualdad, como principio fundamental, solo se

puede entender a través de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo en relación con la configuración del principio de la igualdad de género, referida a la prohibición de discriminación por diversas circunstancias, entre las que se incluye el sexo, que refleja una porción de la realidad interpretada en materia de igualdad, por el Tribunal.

Dos casos paradigmáticos de la discriminación por razón de sexo son el *Siliadin vs. Francia* (Demanda 7331/01), del 26 de julio de 2005, y el *Rantsev vs. Chipre y Rusia* (demanda 25965/04), del 7 del enero de 2010. Los dos casos señalados se referían a situaciones de explotación en las que las víctimas prioritarias eran mujeres y niñas, mostrándose en los hechos presentados unos fenómenos ampliamente feminizados.

En el primer caso la demandante ante el TEDH, procedente de Togo, tenía la edad de 20 años y desde los 15 había realizado trabajo doméstico en Francia. El Comité contra la Esclavitud Moderna, en el proceso judicial se reclamó, que había sido sometida a las prácticas prohibidas por el art. 4o. el CEDH. En segundo caso, quien presentó la demanda ante el TEDH fue el padre de la señora Oxana Raanseva, porque había fallecido en circunstancias extrañas en Chipre. La joven rusa llegó a Chipre para trabajar como artista en un cabaret el 5 de marzo de 2001. Las circunstancias estaban relacionadas con las redes de prostitución. En la demanda se solicitó que se considerara vulnerado el art. 4o. del CEDH. En ambos casos el TEDH determinó que se enfrentaba a nuevas formas de esclavitud, que tienen como objeto prioritario la explotación de mujeres y niñas, y que incluyen necesariamente un sistema de tráfico internacional de seres humanos. Los datos del Tribunal señalaron que tanto el tráfico con fines de esclavitud doméstica como el destinado a explotación sexual suponen un fenómeno claramente feminizado, aunque los Estados habituales de procedencia de las mujeres variaban en una tipología y en otra, ambas son violaciones al art. 4o. del Convenio.

La discriminación por razón de sexo, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reyno Unido* (demanda 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 de mayo de 1985. Las demandantes eran titulares de un permiso de residencia en Reino Unido, y pretendían la reunificación familiar con sus cónyuges y prometido a través de la solicitud de un permiso de residencia para ellos. La legislación británica no aceptaba la reunificación en el caso de mujeres residentes, aunque sí lo hacían cuando el residente legal era varón. El Tribunal señaló violación al art. 8, puesto que el Estado no estaba obligado a reconocer la agrupación familiar, pero sí del art. 14 debido a que la forma en la que se producía la regulación nacional en este ámbito suponía una discriminación por razón de sexo, en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes.

El Tribunal ha declarado que la aplicación del art. 14 resultaba subsidiaria con relación a la aplicación de los artículos sustantivos, de forma que si se señalaba la vulneración de estos últimos no era necesario examinar si existía una causa de discriminación. El caso *Airey vs. Irlanda* (demanda 6289/73), del 9 de octubre de 1979. A la demandante, de nacionalidad irlandesa y sin recursos, se le negó la ayuda judicial en la interposición de una demanda contra su marido, del que recibía maltratos. El Tribunal consideró que había violación del derecho a un proceso, recogido en el art. 6, y del derecho al respeto a la

vida familiar, recogido en el numeral 8, pero rechazó considerar la alegación de discriminación conforme al art. 14, por entender que el caso quedaba concluido con estas consideraciones.

El caso *Rasmussen vs. Dinamarca*, del 28 de diciembre de 1984. El demandante objetaba la legislación danesa que limitaba los plazos del padre para ejercer una acción de determinación de paternidad, mientras que no se limitaba este derecho de la madre. El Tribunal estimó en este caso que el fin pretendido era legítimo, ya que se hacía en beneficio del interés del hijo, de forma que no se había transgredido el principio de proporcionalidad en el margen de apreciación del Estado.

El caso D.H. y otros *vs. la República Checa* (demanda 57325), del 13 del noviembre de 2007, el cual, aunque no referido a la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente de utilidad en este ámbito. El asunto al que venía referido mostraba cómo se escolarizaba a alumnado gitano en centros para alumnos con dificultades de aprendizaje, sin que se les hubiera hecho pruebas de capacidad intelectual. El Tribunal señaló que debía considerarse la vulneración del art. 14 podría probarse indiciariamente por parte de quien alega la discriminación, utilizando, incluso, datos estadísticos.

El caso *Thlimmenos vs. Grecia* (demanda 344369/97), del 6 de abril de 2000. El demandante no podía acceder a un puesto de contable por tener antecedentes penales que provenían de su negativa a cursar el servicio militar por razones religiosas. El Tribunal consideró la vulneración del art. 14 en relación con el 9o., sobre libertad religiosa, por entender que debía distinguirse entre las causas de los antecedentes penales. Lo más trascendente de este pronunciamiento es que el órgano judicial añadió que debía considerarse vulnerado el art. 14 cuando los Estados, sin justificación razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

El análisis del derecho humano. Del derecho a la igualdad ante la ley, al tenor de los pronunciamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, se ha establecido la necesidad de estudiar el principio, relacionándolo con los derechos fundamentales contenidos en el Convenio Europeo, en razón de no tener autonomía propia el art. 14 del Convenio, donde se contiene el derecho fundamental a la no discriminación y proscribire la prohibición de la desigualdad.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La idea del principio de igualdad es analizada bajo la óptica de derecho humano, que se ha ido construyendo a través de las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia y en opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esencialmente el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 24 de la Convención Americana, relacionando principios como igualdad y no discriminación, y el principio de protección igualitaria.

El principio de *igualdad ante la ley*, caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. La obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de

igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Los derechos se garantizan, al interpretar y aplicar su norma interna. Los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

El caso *Yatama vs. Nicaragua*, bajo el *principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación*, ha consagrado la evolución del derecho internacional. El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. El principio adquiere un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el derecho interno; se trata de un principio imperativo. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias; además, establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El Estado debe generar condiciones y mecanismos óptimos para esos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte, en la opinión consultiva 18, de 2003. Los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. Los graves males de nuestros tiempos —el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado— nada justifica tratar a ciertas personas con menoscabo del principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que además informa y conforma el derecho a la igualdad ante la ley.

El caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inspección tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana.

El caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

El caso *López Álvarez vs. Honduras*. La Corte ha reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no

discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

El caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicos en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

El caso Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. En pronunciamiento acerca de la igualdad ante la ley, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarse en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad, deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes, que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación.

El caso Pueblo Saramaka *vs.* Suriname. El Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distinta que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. El pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con objeto de asegurar el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

En general, se puede inferir que el derecho fundamental de la igualdad, que ha ido construyendo la Corte en sus precedentes, ha protegido la igualdad ante la ley, el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación, el principio de derecho imperativo de protección igualitaria. Todos ellos han implicado que los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte se obliguen a no tener normas de desigualdad y, en consecuencia, de discriminación; a grupos, individuos por cuestión de lengua, raza o género, y de realizar todas las medidas necesarias para construir la igualdad, no solo formal, sino material, de la igualdad ante la ley.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE LA EDUCACIÓN

La educación es un derecho humano fundamental del que nadie puede ser excluido, y que conduce a la realización de otros derechos. El derecho a la educación se puede entender como la función pública ineludible del Estado, de otorgar enseñanza accesible, obligatoria, general y gratuita, al menos en las etapas elementales o fundamentales, a toda persona (menor o adulta) que le permita adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su persona, así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Al respecto, se debe señalar que la desigualdad en la educación es extrema, ya que dos tercios de los 781 millones de adultos analfabetos del mundo son mujeres. El derecho de la educación se puede entender como el conjunto de normas que regulan la formación de toda persona.

Del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pueden desprender algunos elementos que deben caracterizar el derecho de toda persona a la educación, la cual debe ser gratuita y obligatoria, al menos en la enseñanza primaria; por su parte, la educación secundaria, media superior y profesional debe ser generalizada y accesible a todos, y procurarse la gratuidad de la misma; fomentar la libertad de enseñanza; orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su obra hacia la dignidad, y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, así como promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz, y finalmente, procurar la educación para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

En materia internacional, los primeros antecedentes del derecho a la educación se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, pero fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde se estableció que toda persona tiene derecho a la educación. Otros instrumentos, declaraciones y proyectos internacionales y regionales que se refieren al derecho a la educación son: 1960. Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (en donde se señala la igualdad de oportunidades y trato en la educación, así como interrumpir cualquier práctica que implique discriminación en la educación). 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1979. Declaración de México en el marco de la Conferencia Regional de Ministros de Educación y de Ministros encargados de la Planificación Económica de los Estados miembros de América Latina y El Caribe convocada por la UNESCO (cuyo propósito es ofrecer una educación general mínima de ocho a 10 años y tener como meta incorporar a todos los niños en edad escolar antes de 1999, adoptar una política decidida para eliminar el analfabetismo antes del fin del siglo y ampliar los servicios educativos para los adultos; dedicar presupuestos gradualmente mayores a la educación, hasta destinar no menos del 7 u 8% de su producto nacional bruto a la educación, con objeto de

superar el rezago existente y permitir que la educación contribuya plenamente al desarrollo y se convierta en su motor principal). 1989. Convención sobre los Derechos del Niño (disponibilidad y accesibilidad de la educación para todos los niños). 1990. Declaración Mundial de Educación para Todos (necesidades básicas de aprendizaje, calidad y equidad). 2000. Informe Mundial de la Educación de UNESCO: El derecho a la educación: hacia una educación para todos a lo largo de la vida (empleabilidad; es decir, educación para todos a lo largo de la vida). 2000. Marco de Acción de Dakar (la educación es elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz, así como un medio de participación en los sistemas sociales y económicos). 2007. Proyecto Regional de Educación para América Latina y El Caribe: Educación de Calidad para Todos: un asunto de derechos humanos (empleabilidad). 2007: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (derechos colectivos, culturales e identidad; derecho a la salud, la educación y el empleo; combatir la discriminación y el racismo, así como oportunidades de aprendizaje en sus propias lenguas).

En la historia constitucional mexicana se ha considerado a la educación como una de las funciones públicas esenciales del Estado contemporáneo, y en consecuencia una obligación inexcusable del Estado. Desde la apertura del Congreso de Chilpancingo del 14 de septiembre de 1813, José María Morelos en su documento denominado *Sentimientos de la Nación*, en el punto 12, decía “Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia e indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, *aleje la ignorancia*, la rapiña y el hurto”. Los *Sentimientos de la Nación* consideraron a la educación como un instrumento indispensable del naciente Estado mexicano. Posteriormente, el art. 39 de la Constitución de Apatzingán señaló: “La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder”.

Por su parte, el art. 50 de la Constitución de 1824 otorgó facultades exclusivas al Congreso General para promover la educación creando “...establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas”. Lo anterior, sin perjuicio de la libertad de las legislaturas de los estados para la regulación de la educación en sus territorios. A su vez, la Constitución de 1857, en su artículo 3o. señaló que “La enseñanza es libre”. Durante las discusiones en el Congreso Constituyente de 1857, Ignacio Ramírez comentó que lo anterior era un corolario de la libertad de pensamiento, y Ponciano Arriaga sostuvo que también lo era de la libertad de cultos.

En el Congreso Constituyente de 1917 la discusión del art. 3o. produjo una intensa polémica. Al respecto, Francisco Múgica expresó: “estamos en el momento más solemne de la Revolución”. El resultado fue que el artículo 3o. de la Constitución de 1917 condensó una nueva idea del Estado en México: la secularidad. Aunque en 1857 se logró vencer la inercia religiosa de siglos, el art. tercero solo señaló que “La enseñanza es libre”; sesenta años más tarde, se agregó que la educación impartida en los establecimientos oficiales y la ofrecida por particulares en sus diferentes niveles sería laica. Además, se prohibía

que las corporaciones religiosas establecieran o dirigieran escuelas primarias, y se introdujo el derecho del Estado a supervisar el funcionamiento de todos los centros educativos.

En 1934, ese precepto fue reformado para introducir el principio de la educación socialista, medida adoptada un lustro después de haber concluido el conflicto *cristero*. Muchas fueron las tensiones generadas, porque planteaba una contradicción dentro del sistema constitucional, e implicaba una cuestión que dividía a la sociedad. En 1946 el precepto fue reformado una vez más. El principio socialista cedió su lugar al principio democrático. La democracia fue considerada como una estructura jurídica, como un régimen político y como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

La reforma de 1946 también introdujo un gran cambio en materia de enseñanza gratuita. El texto de 1917 establecía la gratuidad de la enseñanza primaria. La reforma de 1934 adicionó su obligatoriedad, y a partir de 1946 el derecho a la educación gratuita se extendió a todos los niveles de la educación impartida por el Estado. Recientemente, la reforma constitucional del 9 de febrero del 2012 extiende la obligatoriedad de la educación hasta la enseñanza media superior: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios—, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias”. Del art. tercero constitucional se desprende que la educación debe ser obligatoria, gratuita, laica y de calidad. Además, se señala que “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”. En la Constitución, además del art. 3o, se alude a la educación en los arts. 2o., 4o., 18, 31, frac. I, 41, y 73, frac. XXV y 123 constitucionales.

En el art. 2o. constitucional se señala que las autoridades federales, estatales y municipales tienen la obligación de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior para los pueblos y comunidades indígenas.

El art. 4o constitucional otorga a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. En materia de readaptación social, el art. 18 constitucional establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Por su parte, el art. 31 constitucional, frac. I, establece la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar. En materia política, el art. 41 constitucional se refiere a la educación cívica. En el art. 73 constitucional, frac. XXV, faculta al Congreso

para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios; también para erigir museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación, y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones. El Congreso puede asimismo dictar leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los estados y los municipios el ejercicio de la función educativa, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, de donde ha resultado la Ley General de Educación.

Las fracciones XII y XXXI del apartado A del art. 123 constitucional establecen las bases para la capacitación y adiestramiento. Al respecto, debe destacarse la reforma constitucional y legal de 1978, en materia de capacitación y adiestramiento en el trabajo (formación profesional) caracterizada por su originalidad, al señalar el vínculo necesario entre la escuela y el trabajo. Desde entonces la formación profesional es vista como una de las formas en que se actualiza el derecho a la educación.

Destacan también las recientes reformas constitucionales, del 26 de febrero de 2013, a los art. 3o., en sus fracs. III, VII y VIII; y 73, frac. XXV y la adición de un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la frac. II y una frac. IX al art. 3o. de la Constitución. Reformas que buscan garantizar la calidad en la educación obligatoria; que el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos en la educación básica y media superior que imparta el Estado se llevará a cabo mediante concursos de oposición; garantizar la prestación de la calidad educativa a través de la creación de un Sistema Nacional y un Instituto para la Evaluación Educativa, y facultan al Congreso de la Unión para establecer el Servicio Profesional Docente. Reformas constitucionales que se han manifestado en el mismo 2013, en reformas a la Ley General de Educación (para crear el Sistema de Información y Gestión Educativa, además de impulsar las escuelas de tiempo completo y facultar a la Secretaría de Educación Pública para que en las escuelas haya alimentos nutritivos); la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (que implica la creación del organismo público autónomo que emitirá lineamientos para las autoridades educativas para realizar las funciones de evaluación) y la creación de la Ley General del Servicio Profesional Docente (que contempla la existencia y concursos y evaluaciones periódicas para el ingreso, permanencia y promoción de los docentes).

Las anteriores leyes tienen por objeto la mejora de la calidad de la educación, concursos para ingresar como docente y evaluar su labor. Sin embargo, existen algunas dudas; si se está confundiendo en la legislación la evaluación educativa con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo (se incluyen por ejemplo nuevas causales de separación para el docente). Asimismo, existen algunas regulaciones que ya no dejan ver a los trabajadores docentes como tales, sino como colaboradores del Estado o sujetos administrativos para los cuales la estabilidad en el empleo no tiene lugar en la nueva legislación.

Alfredo Sánchez-Castañeda

DERECHO DE LOS NIÑOS A LA PARTICIPACIÓN

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la justicia y en el principio de no discriminación. Este derecho está explícitamente reconocido en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005/20), aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Se ha desarrollado a partir del derecho de todos los niños a ser escuchados, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”).

Esta prerrogativa consiste en el derecho de todo niño, niña o adolescente a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, además de contribuir en las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial. Subsecuentemente, sus puntos de vista deberán ser tomados en consideración según su edad, madurez y la evaluación de sus capacidades.

El Comité sobre los Derechos del Niño (órgano facultado para la interpretación de la Convención) señaló, en la Observación general 12 (2009), que el art. 12, párrafo primero de dicho instrumento, refleja la condición jurídica y social de la persona menor de edad, quien por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro es sujeto de derechos. Según el Comité, el derecho de todos los niños a ser escuchados es uno de los cuatro principios de la Convención, y que el mismo debe tomarse en cuenta para la interpretación y respeto de todos los demás derechos. El mismo numeral pone en manifiesto que el niño tiene derechos que no están únicamente basados en su vulnerabilidad o dependencia de los adultos. De esto se deriva la expresión “tres pes” en relación con la Convención: provisión, protección y participación.

Asimismo, en esta observación general, el Comité distinguió entre la esfera individual y colectiva del derecho a ser escuchado. La esfera individual comprende el derecho de cada niño, y la social es aplicable a un grupo de niños; por ejemplo, niños migrantes, niños de un país o niños con discapacidades.

El art. 12 de la Convención establece que se deberá garantizar el derecho a la participación del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”; este criterio no debe verse como una limitación, sino como una obligación del Estado de evaluar las capacidades de la persona menor de edad para formarse su propia opinión. La Convención no establece una edad para el ejercicio de este derecho, sino que se debe atender a las características propias de la infancia. Esta aseveración se basa en los resultados de estudios que han demostrado que los niños pueden formarse una opinión aun cuando no la puedan expresar verbalmente, por lo que otros medios de expresión toman importancia, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, etc.

Respecto a las cuestiones sobre las que se deben tomar en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente, la Convención establece de manera amplia “en todos los asuntos que afecten al niño”. Ello también implica los asuntos sociales y comunitarios.

Además, las opiniones del niño se deben tomar en cuenta; no es suficiente únicamente escucharlas, sino también considerarlas seriamente con base en la

capacidad del menor de edad. La edad no es criterio para determinar la trascendencia de las opiniones del niño. El desarrollo personal de los niños, niñas y adolescentes se ve marcado por sus experiencias, entorno social y cultural. Por ello, sus opiniones tienen que evaluarse por medio del examen caso por caso. Asimismo, las facultades de la persona menor de edad pueden variar dependiendo del derecho a ejercerse, por lo que el nivel de protección, participación y oportunidades variará en la toma de decisiones. Todos los niños son capaces de expresar su opinión, sin importar su edad o sus capacidades cognitivas; sin embargo, cuando se tomen en cuenta sus opiniones se deberá “aplicar un umbral de competencia más elevado”. En cuanto más mayor de edad y de capacidad es el niño, más se debe tomar en cuenta su opinión. Para ello se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisivo: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. Consecuentemente, los adultos son quienes toman la decisión, pero con influencia de las opiniones del niño.

El derecho a la participación del niño consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que el niño debe ser escuchado dentro de los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten. Por ejemplo, en procedimientos de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica. El entorno para garantizar la participación del niño no debe ser hostil, intimidatorio, insensible o inadecuado para su edad. Según el Comité, se debe prestar especial atención al suministro y transmisión de información adaptada a los niños, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En conclusión, el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes es un derecho absoluto, ya que parte del supuesto de autonomía de todos los individuos, independientemente de su madurez física o biológica, que si bien se debe evaluar caso por caso la capacidad del sujeto para expresar su opinión. Todos los derechos incluidos en la Convención son válidos para cualquier niño, independientemente de sus facultades.

Carlos Pérez Vázquez

DERECHO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA

Es el derecho de toda persona a obtener protección internacional, de forma complementaria o subsidiaria al derecho de asilo y de refugio. Se refiere a ciertos mecanismos legales de configuración nacional, alentados y fundamentados por el desarrollo de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, para proteger a las personas que no son reconocidas como refugiadas, en virtud de la interpretación que hacen los Estados sobre la definición de “refugiado”, de la Convención de Ginebra de 1951, y tampoco son acreedoras del derecho de asilo según los criterios nacionales; sin embargo, en forma pragmática se encuentran amenazadas en razón de la violencia indiscrimina-

da, de la violación sistemática de los derechos humanos, de catástrofes naturales o ecológicas —causadas o no por el hombre—, entre otras razones, que pongan en situación de riesgo la vida o de sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes.

Consiste esencialmente en la no devolución o expulsión al país de origen, del territorio del lugar donde antes se tuviera la residencia habitual, en el cual persista una situación de riesgo que provoque temores fundados de sufrir persecución (entendida ésta como el temor a sufrir daños graves y personales, físicos o psicológicos), en forma consecuente con los principios de derecho internacional consuetudinario de (*non refoulement*) y de proteger la vida.

Los beneficiarios de la protección complementaria o subsidiaria, por lo general tienen acceso a los derechos humanos considerados fundamentales por los Estados en su sistema jurídico interno, así como a un permiso de residencia, que suele ser inferior en tiempo al permiso de residencia que se otorga en virtud del estatuto de refugiado o del estatuto de asilado (incluso este último en algunos países prevé vías muy accesibles para adquisición de la nacionalidad); por tanto, debe distinguirse claramente de otras formas de protección internacional que puedan otorgar una condición de asentamiento definitiva.

El estatuto de protección subsidiaria o complementaria viene a suplir en cierta forma las carencias de los distintos sistemas de asilo y refugio; sin embargo no debe entenderse en detrimento de dichos estatutos, ya que no los sustituye, sino que tal y como recomendó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (*vid.* las conclusiones sobre “protección internacional mediante formas complementarias de protección”, del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. EC/55/SC/CRP.16, 2 de junio 2005), debe quedar abierta la posibilidad de que toda persona en situación de protección subsidiaria o complementaria pueda ser reconocida posteriormente como un refugiado o asilado.

El comentado estatuto carece de un marco internacionalista especializado que establezca criterios mínimos de aplicación, por lo que en algunos Estados es regulado análogamente con el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado a asilado (*vid.* la ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, *DOF*; 27/01/2011; la Ley española 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* 263 31/10/2009).

Cabe comentar que en gran medida los desplazamientos masivos de personas ocurridos en la primera década del siglo XXI han encontrado un primer cobijo en la figura de la protección subsidiaria o complementaria, cuando escapan del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; sin embargo, esto debe entenderse como una solución temporal, que sin voluntad política de regulación internacional provocará un desarrollo normativo de carácter nacional desemejante, desequilibrado y perjudicial para los Estados receptores más recurridos (que suelen ser aquellos en vías de desarrollo), tanto para los propios destinatarios de la protección complementaria o subsidiaria.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica es la prerrogativa de toda persona para que se inserte su declaración cuando haya sido mencionada en una nota periodística, siempre que esa información sea inexacta en su perjuicio o afecte su derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen. Esta institución jurídica es de vieja data en el derecho comparado. Distintos autores coinciden en que el origen de esta figura se ubica en una iniciativa de ley presentada por el diputado francés J. A. Dulaure, en 1795, que finalmente no prosperó, para el “establecimiento de la libertad de prensa y la represión de los abusos”.

Más tarde, en Francia se establecería el derecho de réplica en la Ley del 29 de julio de 1881 (arts. 13 y 13-1), y de ahí en buena parte de las democracias se ha legislado con mayor o menor profundidad. El derecho de réplica fue combatido severamente en sus inicios en el hemisferio por las asociaciones de propietarios de medios, quienes consideraban que esta prerrogativa restringía el ejercicio de la libertad de expresión. Esta postura, sin embargo, ha sido matizada hoy en día por el replanteamiento del papel de los medios, habida cuenta que al igual que muchas instituciones sociales pasan por un periodo de reconstrucción de su credibilidad social. El derecho de réplica juega un papel de importancia capital entre los medios y el público, toda vez que su propia naturaleza hace que tenga un papel preventivo y eficaz para reparar inicialmente el honor lesionado con motivo de imputaciones formuladas a través de un medio de comunicación

El derecho de réplica se conoce en otros sistemas normativos como derecho de respuesta o derecho de rectificación. En México, el Poder reformador de la Constitución introdujo una adición al art. 6o., creando la figura del derecho de réplica en 2007. Es adecuada la terminología utilizada como “derecho de réplica” y “no rectificación” o “respuesta”, como se ha reconocido en distintos ordenamientos. Existen, por supuesto, razones para que explican el porqué es correcto el vocablo utilizado. En efecto, si se analizan los vocablos “respuesta”, “rectificación” o “réplica”, conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, se puede observar que rectificación incluye la posibilidad de “contradecir a alguien en lo que ha dicho, por considerarlo erróneo”, pero también de que el periodista o comunicador modifique “la propia opinión que se ha expuesto antes”. Por su parte, el vocablo “respuesta” admite varias definiciones, entre ellas la “satisfacción a una pregunta, duda o dificultad”, o bien la “réplica, refutación o contradicción de lo que alguien dice”. La noción de “réplica” es más precisa para delimitar esta figura jurídica, pues se define como “expresión, argumento o discurso con que se replica”. En el ámbito jurídico, sostiene el mismo *Diccionario de la Lengua Española*, significa el “segundo escrito del actor en el juicio de mayor cuantía para impugnar la contestación y la reconvencción, si la hubo, y fijar los puntos litigiosos”.

Este derecho representa el primer instrumento con que cuenta el gobernado para acceder a los medios de comunicación a fin de hacer valer sus puntos de vista sobre hechos que lesionen sus garantías públicas. Este derecho tiene como características las siguientes: a) constituye una vía inmediata, de carácter extrajudicial, que habilita al particular para defender su honor o imagen afectadas por información inexacta, equivocada o injuriosa, mediante

la difusión de las precisiones o correcciones pertinentes, en el medio en que se originó la controversia; b) Representa un vehículo de comunicación entre emisores y receptores, que fomenta la veracidad en la información que transmiten los medios de comunicación a la opinión pública; c) Ofrece a la sociedad civil distintas posturas y puntos de vista sobre hechos controvertidos, lo que le brinda mayores elementos de juicio sobre temáticas de interés general.

La regulación del derecho de réplica debe contener al menos los siguientes elementos:

I. **TITULAR DEL DERECHO.** El derecho debe incluir sin distinción a toda persona, sin importar si se trata de una persona física o jurídica. Así lo establecen las distintas convenciones al referirse a la palabra “persona”. A mayor abundamiento, esta postura ha sido interpretada por la clásica resolución (74) 26 sobre derecho de réplica adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974, de cuyas posturas abrevó tiempo después la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. **INFORMACIONES Y OPINIONES.** El derecho de réplica debe proceder como regla general en el caso de informaciones difundidas en perjuicio de quien puede ejercer el derecho de réplica, como dispone el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986. De manera complementaria, tratándose de opiniones basadas en hechos o datos incorrectos, debe proceder también el derecho de réplica. De la misma forma, hay que considerar que la fotografía o la imagen constituyen una referencia a la persona, aunque a simple vista pareciera no replicable (pese a que aquélla pudiera afectar la intimidad o se haya obtenido contra la voluntad del implicado, en este caso operaría la acción judicial para resarcir el daño moral provocado); pero si la fotografía se edita y refleja una escena que nunca existió, es posible ejercer el derecho de réplica. La réplica no debería proceder en el caso de opiniones injuriosas por sí mismas, pues si bien es verdad que lastiman el derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen, la reparación debe buscarse a través de las herramientas legales que protegen la lesión de estos derechos.

III. **EXTENSIÓN DE LA RÉPLICA.** En la experiencia comparada no hay una respuesta unívoca sobre la extensión máxima de la información replicada. En algunos casos se establecen máximos de dos o tres veces el texto impugnado. Quizá sea posible mantener esa regla, pero dejando abierta la posibilidad para que la extensión pueda ampliarse de manera razonable cuando por la naturaleza de la información replicada no pueda ajustarse a la extensión habitual.

IV. **CARACTERÍSTICAS DE LA RÉPLICA.** La réplica no debe limitarse a determinados medios, sino debe permitirse su ejercicio ante cualquier medio existente o por existir. Debe limitarse solo a aclarar o responder los datos incompletos o falsos. De no ser así, habría una serie de intercambios de puntos de vista que desnaturalizaría la naturaleza de este derecho, y podría menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión. Debe hacerse sin frases injuriosas contra quien se replica o contra un tercero. El principio es claro: no puede ejercerse un derecho humano mediante la lesión de los derechos de

los demás. Debe ser difundida con características similares a la información controvertida. Es entendible que debe primar el principio de proporcionalidad para generar un equilibrio entre la nota replicada y la réplica en la percepción del público y en la satisfacción del propósito del derecho. Y, por supuesto, debe hacerse solo por quien tiene interés jurídico para invocar y ejercer este derecho.

V. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO. En la experiencia comparada no hay un plazo universal para que prescriba este derecho. Es lógico que por la propia naturaleza de esta figura jurídica, que tiene en el sentido de oportunidad su eficacia y razón de ser, debe ejercerse en el menor tiempo que sea razonablemente posible. En todo caso, debe realizarse un adecuado estudio para establecer una regla general y admitir excepciones razonables, tratándose de un derecho humano fundamental, y tomando en cuenta que la persona perjudicada será la primera interesada en que su réplica sea difundida.

VI. SANCIONES. El rechazo injustificado de un medio para que una persona ejerza su derecho de réplica debe dar lugar a un juicio sumarísimo ante la autoridad competente que pueda aplicar sanciones y ordenar simultáneamente medidas cautelares para que este derecho sea eficaz. Hay que tener en claro que la réplica del afectado no sustituye ni exime de las responsabilidades legales a que hubiera lugar en materia civil o penal, aunque sí pueden constituir atenuantes de responsabilidad a juicio del juzgador.

Ernesto Villanueva

DERECHO DEL REFUGIADO

Es el derecho a obtener refugio y protección, configurado en el orden internacional por instrumentos jurídicos y normas consuetudinarias. Es reconocido y regulado por los Estados en su derecho interno, a toda persona objeto de persecución por razón de la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No obstante, en amplio sentido suele ser admitido en distintas regiones o por organismos internacionales, por violencia indiscriminada, violación sistemática de los derechos humanos, cuestiones climáticas o por causa del hambre, entre otras circunstancias que de facto puedan dar lugar a una situación menesterosa en el país de origen o donde antes tuviera su residencia habitual; que tales circunstancias le generen un temor fundado por el cual no pueda o no quiera regresar a dicho lugar. El derecho del refugiado consiste fundamentalmente en la no devolución al país de origen u otro Estado donde su vida o su integridad se pongan en peligro, además del disfrute de diversos derechos en el país receptor, lo que suele ser más o menos generoso en cada país.

Es oportuno aclarar la estrecha relación que existe entre el asilo y el refugio, ya que en la dialéctica construida en el derecho internacional respecto de estos conceptos es común encontrar dificultades de comprensión.

De tal manera que el derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio, y es de configuración nacional, situación que para un sector doctrinal importante, en voz del profesor Diego López Garrido (*El derecho de asilo*), se hace muy discutible la concepción

del asilo como un verdadero derecho subjetivo. Mientras que la figura del *refugio* es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional, firmado en Nueva York en 1967, del que se derivan diversas obligaciones para los Estados signatarios, otorga un estatus similar al asilo, que por lo general es más limitado en tiempo y en contenido de derechos una vez dentro del país anfitrión.

En distintos instrumentos legales de la región de América Latina, el asilo y el refugio se han entendido en cierta medida como sinónimos. De esta forma, se puede ver en los tratados de Montevideo de 1889 (art. 16) y de 1939 (del art. 11-14) sobre Asilo y Refugio Políticos; en el Convenio de La Habana de 1928 (art. 1), y en el Convenio de Caracas de 1954, en que se entiende como una misma cosa el asilo y el refugio (art. 9).

La Convención de Ginebra 1951 no regula el derecho de asilo territorial, y únicamente menciona al asilo en el preámbulo, en lo conducente al “principio de la solidaridad internacional”, respecto de la situación de sobrecarga de solicitudes de asilo o refugio en un Estado miembro. Así, en el sistema de Naciones Unidas vemos que el asilo ha tenido su regulación específica como una institución distinta al refugio en la Declaración sobre Asilo Territorial, del 14 de diciembre de 1967.

Por su parte, en Europa no existe un marco jurídico regional *ad hoc* sobre refugio o asilo; sin embargo, la normativa de la Unión Europea ha ejercido notable influencia en el derecho interno de los Estados hacia la concepción del asilo como sinónimo del refugio, obligando a modificar o crear nuevas leyes de asilo nacionales.

Por ejemplo, el caso español, en la Ley 5/198, establecía dos títulos: uno relativo al derecho de asilo, y otro a la condición de refugiado, en donde se regulaban por separado las condiciones específicas de ambos estatutos, escenario que se modificó con la ley 9/1994, del 19 de mayo, con marcada influencia comunitaria, en la que se suprimió el título segundo, relativo a la condición de refugiado, unificando dichos conceptos, a fin, según su exposición de motivos, de evitar confusiones y abusos. Dicha norma define al asilo como “la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951” (art. 2.1).

En este caso, el reconocimiento de la condición de refugiado es condicional del otorgamiento del derecho de asilo, consolidando un sinónimo de facto. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados comunitarios han otorgado protección a personas que escapaban de la definición de la Convención Ginebrina, y que por tanto no son refugiadas en sentido estricto; sin embargo, son consideradas “refugiadas de facto”; es decir, acogidas en el ejercicio de la soberanía, tal y como sucede con el derecho de asilo territorial.

Cabe señalar que el derecho del refugiado ha tenido un desarrollo heterogéneo en algunas regiones, como la africana y la latinoamericana, donde se han adoptado textos jurídicos con definiciones más amplias, que destacan

en ese sentido por contemplar nuevos motivos que dan lugar a una persecución, lo que en opinión de un sector doctrinal importante debería hacer el Convenio de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, se entiende incluso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que las comentadas definiciones son de índole peculiar, en tanto que atienden cuestiones sobre refugiados a la luz de las circunstancias de cada zona geográfica específica.

En este sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, en su definición de refugiado, reproduce el art. 1, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951, que únicamente reconoce la condición de refugiado por sufrir persecución en razón de la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a determinado grupo social. Sin embargo, en su segundo párrafo reconoce también como refugiado a toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público, en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, se vean obligados a huir, lo cual constituye una definición más amplia, en la que no se requiere del elemento de la persecución discriminada.

En Latinoamérica, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de noviembre de 1984, también contiene una definición más generosa respecto del Convenio de Ginebra de 1951. De tal modo, se considera refugiada a toda persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En la actualidad, el desarrollo disímil y más realista sobre la regulación del derecho del refugiado en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, e incluso en algunos sistemas jurídicos nacionales, sugiere cierta obsolescencia del marco internacionalista clásico de Naciones Unidas en dos sentidos, a saber: primero, por dejar fuera de su definición a distintos colectivos de personas que requieren de protección internacional; segundo, por permitir que los Estados miembros realicen exámenes de reconocimiento de la condición de refugiado en extremo rigurosos, exigiendo estrictamente experiencias personales de persecución e imponiendo una excesiva carga de la prueba al solicitante.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO HISPANOINDIANO

Cuando escuchamos hablar del término “derecho hispanoindiano” puede resultarnos algo simple, pero entender y comprender el abismo que representaba para los naturales de las indias españolas —América, Asia y Oceanía—, el derecho impuesto por la monarquía a principios del siglo XVI, nos resulta impensable. A lo que en realidad nos referimos los historiadores del derecho al acuñar este término no es más que a la herencia jurídica con diversas implicaciones sociales, económicas, políticas y religiosas que representó, en el caso específico de América, la fusión e implementación de las disposiciones

normativas que serían piedra angular y primera para la organización y funcionamiento de esos territorios, y que con el paso del tiempo se fue perfeccionando a manera de hacer más práctica y segura la protección de los actores principales: la Corona y los indios.

Las disposiciones jurídicas adoptadas expresamente para su aplicación en el territorio de la América española son primordialmente de tradición castellana a falta de disposiciones especiales; y muy a pesar de que la Corona española tenía la influencia tanto de Aragón por el rey Fernando II como de Castilla por la reina Isabel I, esta última aportó la mayor tradición jurídica que conservamos hasta nuestros días.

De esta forma, el derecho hispanoindiano se encuentra compuesto por las instituciones del derecho castellano y por diversas costumbres indígenas. Bajo este tenor, es importante destacar que esta tradición jurídica aplicada en el territorio de las indias se trató de adaptar lo mejor posible al derecho peninsular, y era primordialmente de tradición casuística, a fin de procurar una solución justa para cada situación concreta, y preferentemente aplicable, dependiendo de la región de la que se tratara, y, por supuesto, dotadas de un amplio sentido religioso, ya que a través de la evangelización de los indios se lograban mejores resultados al momento de aplicar las disposiciones legales; claro ejemplo de ello son las congregaciones o reducciones de pueblos en la Nueva España, con las que se logró —como su nombre lo indica— congrega a los indios en territorios menos accidentados y más llanos, que les permitiera a los funcionarios indios y evangelizadores tener acceso y control para la recaudación de impuestos y la introducción a la vida católica de los nativos.

Diversas fueron las fuentes jurídicas de las que se nutrió el derecho hispanoindiano; entre ellas se encuentran: 1) las capitulaciones, que eran los acuerdos de derecho público celebrados entre la Corona y un particular, por el cual la primera concedía su permiso para llevar a cabo la realización de un fin determinado a cargo del segundo, en las cuales la Corona otorgaba mercedes específicas condicionadas al buen éxito de la empresa; 2) las instrucciones, que eran disposiciones expedidas por el Consejo de Indias, y que establecían jurídicamente mandatos; 3) la compilación de disposiciones dictadas por las audiencias; 4) el fallo de los tribunales constituido como jurisprudencia; 5) las costumbres de derecho indígena que no contravinieran lo antes establecido por el derecho español, así como 6) la literatura jurídica elaborada por los expertos en derecho.

De ahí que la importancia que representa para el estudio del derecho procesal constitucional la tradición jurídica de nuestro sistema vigente se encuentra comprendida dentro de la realidad del fenómeno histórico-social de las instituciones del derecho hispano-indiano. Solo por mencionar algún caso a manera de ejemplo, se encuentra el antecedente del juicio de amparo en los recursos interpuestos ante la Gran Audiencia de México y el recurso de nulidad por injusticia notoria, de la que varios iushistoriadores han abordado en diversas obras.

Mariana Durán Márquez

DERECHO INDÍGENA

El derecho indígena es el conjunto de normas reconocidas por los pueblos originarios de México para regular las relaciones entre sus miembros y su entorno natural, cuya observancia es coactiva. Estas normas se caracterizan por ser, preponderantemente, orales y consuetudinarias. El derecho escrito deriva de la ley; el derecho consuetudinario indígena deriva de la costumbre.

Se suele nombrar también como “derecho indígena” al conjunto de normas que el Estado (a nivel nacional o internacional) reconoce en relación con los pueblos indígenas que habitan en su territorio, donde se incluye la regulación a los sistemas normativos internos de los indígenas.

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas han vivido, históricamente, en un contexto de colonialismo jurídico. El imperio azteca, el imperio español y el sistema republicano mexicano decidieron respetarlos siempre y cuando no violaran las normas establecidas por ellos.

Los aztecas respetaron los sistemas normativos indígenas cuando no pusieran en riesgo su control; los españoles respetaron los “usos y costumbres” indígenas siempre que no fueran en contra de las normas de Castilla ni en contra de la moral cristiana (los llamaron *fueros*), y el sistema jurídico mexicano reconoce la existencia en su seno del derecho indígena si respeta los derechos humanos vigentes. Este último caso, si bien sigue el esquema de un integracionismo jurídico estatal, ha sido no ya el producto de una imposición, sino de la aceptación voluntaria (producto de una negociación) entre los indígenas (catalizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el Estado mexicano (reforma constitucional al art. segundo, de 2001).

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en nombrar al derecho indígena: se le suele llamar *usos y costumbres*, *costumbre jurídica*, *derecho consuetudinario* o *sistemas normativos*. A pesar de esta falta de consenso, lo que sí se ha logrado es que haya un acuerdo en considerar que la concepción y práctica del orden interno de los pueblos indígenas es necesario respetarlo y desarrollarlo ya que forma parte de su cultura. La Constitución utiliza indistintamente los términos “usos y costumbres” y “sistemas normativos”, en su art. segundo (2001). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos Indígenas (1989) utiliza el término “derecho consuetudinario”, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) emplea el término “costumbres o sistemas jurídicos” (art. 34).

La cultura jurídica indígena actual caracteriza, principalmente, a sus normas como orales y consuetudinarias. En la comunidad indígena la palabra vale todavía, sobre todo la de los ancianos reunidos en concejo o en asamblea comunitaria (órgano legislativo). Los hábitos sociales o costumbres adquieren la categoría de obligatoriedad, por lo que su desacato acarrea una sanción. Los valores que la norma indígena reproduce están relacionados con la preservación del equilibrio inestable entre los elementos humanos y naturales, son valores ecológicos. Esta relación está regulada por la fraternidad; el hombre no está por encima de los demás elementos de la naturaleza: el hombre es el hermano hombre; el agua, la hermana agua; el fuego, el hermano fuego... La norma indígena no es el producto único del egoleislador humano (derecho

antropocéntrico), sino que el hombre debe tomar en cuenta las razones de la naturaleza para legislar con ella y no en su contra (derecho antropocológico).

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria del derecho indígena estableciendo un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos” (2011).

El derecho constitucional mexicano tiene una doble tarea al reconocer el *principio del pluralismo jurídico* como decisión jurídico-político fundamental. Por una parte, debe establecer las normas de coordinación entre las jurisdicciones estatales (federal y locales) e indígenas, para garantizar el respeto y desarrollo del derecho indígena; y por otra, debe brindar a sus operadores judiciales los conocimientos suficientes para que en el desempeño de su labor apliquen el derecho indígena, y así garantizar el derecho de los indígenas a acceder a la justicia del Estado, no solo a nivel federal, sino también local.

Para que el cumplimiento de la primera tarea se inscriba en el espíritu del respeto y desarrollo del derecho indígena, su *validación* por parte del Estado deberá reglamentarse reconociendo (además de su plena jurisdicción), que sus procedimientos y resoluciones tienen efecto de pleno derecho, y que solo serán apeladas a petición de parte cuando se considere que se violaron sus derechos en un tribunal integrado por miembros nombrados por los propios pueblos indígenas, que conocen el idioma y la cultura de ellos (como es el caso a nivel local, de la Magistratura en Asuntos Indígenas, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo).

Jorge Alberto González Galván

DERECHO INDÍGENA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Quien reconoce una acción como exigible o permitida es el Estado. En el desarrollo histórico del Estado mexicano hay que distinguir las acciones que fueron exigibles o permitidas a los pueblos indígenas y sus comunidades en el periodo colonial (el Estado monárquico) y en el periodo independiente (el Estado republicano).

El Estado monárquico castellano reconoció como principal derecho (*lo que está permitido*) de las poblaciones sometidas el de ser evangelizadas. Por ello, nombró a fray Bartolomé de las Casas, promotor de este derecho, como Protector Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La monarquía *permitió* también a los indígenas (entiéndase, les concedió el derecho a ejercer sus normas internas propias siempre que no contravinieran las normas de Castilla ni los principios de la moral cristiana. Reconoció igualmente a los indígenas como *vasallos libres de la Corona*.

Los pueblos indígenas pudieron acceder a la justicia real para que pudieran hacer *exigibles* aquello que les fue permitido a través del Juzgado General para Indios. El contexto de colonialismo jurídico que padecieron los pueblos

indígenas en este periodo nos permite aclarar que los derechos fueron gracias *concesiones* del poder hegemónico, cuya exigibilidad siempre estuvo condicionada a la no afectación de los intereses de la Corona (éste es el sentido sociológico de la consigna que acompañaba la legislación: “Obedézcase, pero no se cumpla”).

El Estado republicano mexicano del siglo XIX no consideró a los pueblos indígenas y a sus comunidades como sujetos de derechos. Bajo el lema de “Supresión de Fueros y Privilegios”, los sistemas normativos internos indígenas pasaron a la clandestinidad. El principio de igualdad jurídica provocó que los derechos que el Estado les concediera y fueran exigibles serían solo a título individual (como cualquier mexicano). El proceso de privatización de la tierra colectiva indígena hizo igualmente que la cultura indígena se debilitara al perder la propiedad territorial, puesto que la tierra, la madre tierra, es la matriz y el motor de sus creencias y prácticas sociales, jurídicas y políticas.

Los pueblos indígenas y sus comunidades recuperaron, en el siglo XX, parte de sus tierras (derechos comunales y ejidales); sin embargo, el Estado desarrolló, de manera unilateral, una política de “mexicanización” de los indígenas para *permitirles* acceder a los beneficios culturales de la sociedad que habla castellano y reproduce los valores de la modernidad. Esta política etnocentrista fue criticada por la antropología crítica y desterrada en la revisión del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). La revuelta indígena encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en 1994, vino a consolidar un proceso de cambio en la política estatal: los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades ya no serían concesiones del poder público dominante, sino *reconocimientos* de su existencia y desarrollo. Se pasa de un largo e indigno proceso de imposición de lo que deberían ser los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades, a un proceso de participación, corresponsabilidad y solidaridad.

Admitir que los pueblos indígenas tienen derechos por ser culturalmente diferentes no ha sido una tarea fácil. El fin de siglo pasado renovó el debate por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Los derechos de los trabajadores y de los campesinos en la Constitución de 1917 nos ubicó como el primer Estado *social* de derecho, ampliando la protección estatal a los derechos, no solo individuales, sino también colectivos. La reforma constitucional de 2001 en materia indígena nos coloca igualmente entre los países que han incorporado el *principio del pluriculturalismo* como decisión político-jurídico fundamental. Con el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana, México se incorpora, así, a los países que se encuentran en proceso de consolidar el *Estado pluricultural de derecho* también como decisión jurídico-político fundamental al extender la protección de derechos de los individuos a los grupos que son social, económicamente desfavorecidos, y ahora, *culturalmente diferentes*.

El derecho matriz de un pueblo es su libre determinación. La libre determinación es para un pueblo lo que la libertad es para un individuo: su razón de ser y estar sobre la Tierra. Así como el Estado se compromete a garantizar la libertad del individuo para que pueda elegir lo que ha de ser su desarrollo

sentimental, familiar y profesional, el Estado se obliga también constitucionalmente a garantizar a los pueblos indígenas su libre determinación para que puedan elegir lo que ha de ser su desarrollo social, político y económico. El *principio de la libre determinación indígena* puede considerarse otra decisión jurídico-político fundamental que la reforma constitucional indígena reconoce en nuestro máximo ordenamiento (art. 2).

Los derechos que se decantan del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como *entidades de derecho público*, son: los derechos políticos (elegir a sus autoridades y ejercer sus propias formas de gobierno con base en su derecho interno, así como participar fuera de sus comunidades en los Congresos locales y federal con representantes electos por ellos mismos sin la participación de los partidos políticos); los derechos jurisdiccionales (aprobar y aplicar sus normas propias respetando los derechos humanos, en particular los de las mujeres, así como participar en la creación e integración fuera de sus comunidades de los tribunales especializados en materia indígena a nivel local y federal), los derechos territoriales con procesos de remunicipalización (art. 2, apartado “A”). La lógica jurídica sugiere la existencia de una ley reglamentaria de este apartado; es decir, de autonomía indígena, que está por hacerse.

El derecho matriz que se reconoce a los pueblos indígenas y sus comunidades como *entidades de interés público*, por ser poblaciones social y económicamente desfavorecidas, está sustentado en el *principio de participación indígena* como otra novedosa decisión jurídico-político fundamental de nuestra Constitución, que consiste en el derecho a participar en el diseño y operación de las instituciones y políticas públicas tendientes a garantizar la vigencia de sus derechos y su desarrollo integral (art. 2, apartado “B”).

Los derechos que se decantan del derecho de participación son: los derechos lingüísticos (oficializarlos en sus territorios, educación bilingüe); los derechos religiosos (concebir y practicar sus creencias religiosas); los derechos de seguridad social (ampliación de cobertura en las clínicas de salud y no ser discriminados en éstas); los derechos sociales (derecho a la vivienda, derecho al empleo); los derechos laborales (protección al trabajo migratorio en el país y en el extranjero); los derechos de las mujeres indígenas (participación política, apoyo productivo); los derechos económicos (participación en la elaboración de los planes económicos). Para el cabal cumplimiento de estos derechos es necesario considerar la importancia del funcionamiento eficiente del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (13 de marzo de 2003), de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (21 de mayo de 2003) y del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (11 de junio de 2003).

En materia de reconocimiento de los derechos indígenas y su aplicación destacan la siguiente normatividad y estudios en México: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (vigente desde 1992); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado en 2007); el *Estado, los indígenas y el derecho* (del autor, 2010); *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos* (de Alma Lilia

Mata Noguez, 2011), y el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013).

Jorge Alberto González Galván

DERECHO NATURAL

I. DEFINICIÓN DE DERECHO NATURAL. Es el derecho contenido en la ley natural. Se entiende aquí la palabra derecho en el sentido del conjunto de preceptos de la ley natural, así como en el sentido de la doctrina racional, o ciencia, elaborada para identificar, explicar y sistematizar el contenido de la ley natural.

II. HISTORIA DE LA NOCIÓN DE LEY NATURAL. La noción de ley natural es muy antigua. En la filosofía griega se reconoce que hay una ley de la naturaleza, superior a las leyes civiles, que los hombres han de obedecer (*Antígona*, versos 449-460). Dicha noción fue recibida por el pensamiento jurídico romano, cuyos juristas reconocen un *ius naturale* (Ulpiano, 1 *Institutiones* D 1,1,3). Después fue asumida por la filosofía cristiana (ver Sto. Tomás de Aquino, *Suma de Teología II*, primera parte, cuestión 94), y en el siglo XVIII por el racionalismo (Grocio, Puffendorf), y se mantiene hasta nuestros días. Es una constante en la historia del pensamiento filosófico, ético y jurídico, pues los hombres siempre han pensado que existe un criterio superior al orden social establecido conforme al cual se puede juzgar la propia conducta y el mismo orden social. La negación de la existencia de la ley natural llevaría a establecer que el único criterio para distinguir entre el bien y el mal es el orden socialmente establecido, por lo que se impediría el cambio y el progreso.

III. LEYES DE LA NATURALEZA Y LEY NATURAL. La ley natural es distinta de las leyes de la naturaleza (o leyes naturales) que rigen el comportamiento de las cosas y de los seres vivos irracionales. Las leyes físicas, químicas, astronómicas o biológicas no son leyes en sentido propio de un mandato imperativo que ha de ser obedecido libremente, sino la constatación de comportamientos de las cosas que necesariamente se producen en determinadas condiciones, como la ley de la gravedad, que constata que todas las cosas tienden hacia el centro de la tierra.

La ley natural, en cambio, es un precepto que ordena a todas las personas practicar determinadas conductas en tanto que son necesarias o útiles para el perfeccionamiento o bien de la persona y de la comunidad. El ser humano, por su propia racionalidad, puede cumplir o no cumplir la ley natural. Pero ésta no deja de ser ley o precepto imperativo por el hecho de que no se cumpla o se ignore incluso por amplios sectores de la población. Su fuerza imperativa no proviene del hecho de que efectivamente se cumpla, sino de la relación que tiene la conducta imperada con el bien personal y de la comunidad.

IV. DEFINICIÓN DE LEY NATURAL. Se puede definir la ley natural como el precepto, o conjunto de preceptos, que ordena la conducta humana hacia la perfección o bien de la persona y de la comunidad. Toda persona, por la mera observación de sí misma y de la vida en común, puede reconocer que hay acciones que por sí mismas la perfeccionan, como la compasión, la colaboración

o la solidaridad, y otras que la degradan, como el asesinato, la mentira o el fraude. Desde esta perspectiva, se dice que es una ley “natural” en el sentido de que prescribe las acciones que son conformes con la naturaleza humana.

Por otra parte, también se puede decir que es una ley natural, en el sentido de que es accesible al conocimiento de cualquier persona, independientemente de las creencias religiosas o filosóficas que tenga, porque los preceptos que contienen son evidentes; esto es, que se entienden por sí mismos, y no hace falta demostrarlos, o de sentido común, esto es, verdades conforme a las cuales juzga cualquier hombre sensato.

V. CONTENIDO DE LA LEY NATURAL. El primer precepto de la ley natural, y al que se reducen todos los demás, es el que dice “obra el bien y evita el mal”. Es un precepto que establece la distinción entre acciones que han de practicarse y acciones que han de evitarse, con lo cual establece una limitación al poder humano: no todo lo que es posible es lícito o conforme con la ley natural. Es un precepto de verdad evidente.

Además de este primer principio, contiene otros, que se clasifican en preceptos primarios, que son los más universales y fáciles de conocer, y preceptos secundarios, que son derivados, por deducción de los primeros.

Aunque hay discusión sobre cuáles son en concreto todos los preceptos primarios, se puede considerar que en general se reconocen tres preceptos primarios positivos y cuatro negativos o prohibiciones.

Los preceptos primarios positivos son los que prescriben el deber: *i)* de amor a uno mismo; *ii)* de amor al prójimo como a uno mismo, y *iii)* de amor a Dios sobre todas las cosas. Se advierte que estos preceptos son generales, pues no indican acciones concretas que deben practicarse, sino una dirección o finalidad de la conducta (el bien propio, el bien del prójimo y el bien o gloria de Dios), que puede materializarse en muchas conductas concretas, como cuidar la salud, estudiar, adquirir virtudes, conseguir bienes, ayudar al necesitado, colaborar con la comunidad, dar culto a Dios, etcétera. No obstante su generalidad, son preceptos que iluminan el sentido de la vida y de las decisiones que cada quien van tomando cada día.

Los preceptos primarios negativos o prohibiciones son los que prohíben: *i)* el homicidio; *ii)* el adulterio, entendido en el sentido de relación sexual con persona ajena, es decir, con persona con quien no se tiene un compromiso recíproco de entrega por toda la vida; *iii)* el robo, en cualquier modalidad, y *iv)* la mentira. Se dice que estos preceptos son negativos porque señalan un deber de no practicar conductas que son opuestas al bien personal y de la comunidad, pero tienen en realidad un sentido positivo en tanto que, por una parte, impiden que se practiquen conductas negativas, y por la otra, afirman implícitamente las conductas opuestas: el respeto de la vida y la integridad corporal, la integridad del amor conyugal, el respeto a la propiedad ajena y el deber de veracidad.

Como preceptos secundarios de la ley natural se pueden citar estos: el deber de cumplir las promesas (derivado de la prohibición de la mentira y del deber de veracidad), de devolver los préstamos (derivado de la prohibición del robo y del deber de respetar la propiedad ajena), de colaborar con el bien

y progreso de la comunidad en que uno vive (del deber de amor al prójimo), de compartir los bienes especialmente con el necesitado (del deber de amor al prójimo), de cuidar la propia salud (del deber de amor propio), de fidelidad conyugal (de la prohibición del adulterio). Podrían citarse otros más, pero los ya citados muestran que son preceptos de fácil comprensión y de verdad cuasi evidente.

VI. UNIVERSALIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY NATURAL. La universalidad de los preceptos significa que se destinan a todos los hombres. Esto mismo se expresa cuando se dice que la ley natural es la misma para todos los hombres.

Los primeros principios de la ley natural es claro que se dirigen a todos los hombres sin excepción. El precepto de obrar el bien y evitar el mal se refiere necesariamente a todos, igual que el de amar al prójimo como a uno mismo, o el de no matar a un ser humano inocente.

Los preceptos secundarios, al referirse a situaciones cada vez más concretas, tienen un número de destinatarios más reducido. Por ejemplo, el principio de cumplir las promesas se dirige potencialmente a todos aquellos que hacen una promesa, aunque puede haber personas que nunca prometan formalmente algo; o el de devolver los préstamos, se refiere a quienes han recibido algo en préstamo, o más específicamente el principio de que el juez no puede ser parte en el mismo juicio se aplica expresamente a los jueces, etc.

Se puede concluir que la ley natural es universal, la misma para todos los hombres en sus primeros preceptos, mientras que no tiene esa característica en sus preceptos secundarios.

VII. INMUTABILIDAD DE LA LEY NATURAL. La cuestión acerca de si la ley natural es inmutable o puede cambiar se soluciona considerando de nuevo la distinción entre los preceptos primarios y los secundarios. Los primarios son inmutables, porque expresan juicios imperativos de conducta que son evidentemente conformes con la naturaleza humana, y en ese sentido son verdaderos.

En cambio, los preceptos secundarios pueden variar, no en el sentido de que declaren justo, lo que antes era injusto o viceversa, pero sí en el sentido de que se les puede añadir algo para precisar la conducta imperada. Por ejemplo, el precepto de devolver los préstamos no cambia en el sentido de que pueda enunciar que los préstamos no deben ser devueltos, pero sí se puede precisar que en ciertos casos es mejor retener temporalmente un préstamo que devolverlo, o se precisa cómo ha de hacerse la devolución, en qué condiciones, en qué estado, con o sin accesorios y frutos, etcétera. Esta labor de concreción y determinación de los preceptos secundarios de la ley natural es necesaria dada la generalidad de tales preceptos

VIII. LEY NATURAL Y LEY HUMANA POSITIVA. La existencia y el reconocimiento de la ley natural no está reñida con la existencia de leyes promulgadas por los legisladores de cada pueblo, cuyo contenido son preceptos también imperativos y sancionados por el poder político. La propia ley natural tiene, como precepto secundario, derivado del precepto de amor al prójimo, el que ordena que todas las personas cumplan las leyes promulgadas por la potestad legítima. Estas leyes son necesarias porque la mayoría de los diversos aspectos

de las relaciones sociales y comunitarias no tienen una regulación precisa en los preceptos de la ley natural, que son, aun los secundarios, de contenido muy general.

La ley natural tiene dos funciones respecto de la ley positiva. Una, de carácter indicativo, en tanto que señala campos o ámbitos que la ley humana debe desarrollar; por ejemplo, el principio de que los contratos deben ser cumplidos indica que la ley humana debe precisar el contenido de las obligaciones contractuales; o el principio de reparar el daño injustamente causado hace necesario determinar qué tipo de daños y cómo ha de repararse cada uno de ellos, etcétera.

La otra función es de carácter restrictivo, la de señalar los límites que no han de ser traspasados por la potestad política. Esta es la función primordial de los preceptos negativos o prohibiciones: ni las leyes humanas ni la comunidad política tienen poder para declarar justa la muerte de un inocente, el robo, la mentira o el adulterio.

Si las leyes positivas contradicen en puntos graves la ley natural, los ciudadanos que quieren gobernarse conforme a la razón y no por miedo al poder pueden, haciendo referencia a la ley natural, negarse a cumplirlas. Ese es precisamente el caso que da pie a la primera referencia expresa a la ley natural en la cultura griega: en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, el rey Creonte prohíbe que se dé sepultura a Polinices, hermano de Antígona; ella, desobedeciendo el decreto real, da sepultura a su hermano, y cuando Creontes le pide cuentas, ella dice que el decreto del rey no es superior a las leyes no escritas e inmutables de los dioses. El rey, no obstante la razón de Antígona, decide darle muerte. Ella, entonces, dice: “¿Qué esperas, pues? A mí, tus palabras ni me placen ni podrían nunca llegar a complacerme; y las mías también a ti te son desagradables. De todos modos, ¿cómo podía alcanzar más gloriosa gloria que enterrando a mi hermano? Todos éstos, te dirían que mi acción les agrada, si el miedo no les tuviera cerrada la boca; pero la tiranía tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana”. Finalmente, Antígona es ejecutada.

La ley natural es el criterio primordial para juzgar la conducta humana de todos los hombres, débiles o poderosos. Mientras se tenga conciencia de la ley natural, el poder político no avasallará impunemente, pues el abuso se denunciara como injusto.

Jorge Adame Goddard

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La expresión “derecho procesal constitucional” tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así, se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales, o recientemente, de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes

o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes, y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”.

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos “justicia constitucional” (incluso en el subtítulo) o “jurisdicción constitucional”, sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distinguos, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión “justicia constitucional”, por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones “no jurisdiccionales” que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la “jurisdicción constitucional” la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio, otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término “justicia” entra al campo filosófico), y prefieren el de “jurisdicción constitucional”, al centrarse en el aspecto propiamente “judicial” del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión “jurisdicción constitucional” estiman que abarca tanto al órgano “concentrado” como aquellos sistemas con control judicial “difuso” y también los “mixtos” y “paralelos”.

En cambio, la expresión “derecho procesal constitucional” surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente “rama procesal”, tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-1945) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-1956), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por

ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional” no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante, el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general, existen en la actualidad dos posturas divergentes. La europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”. Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional, y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar “corriente latinoamericana”, se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público con dos variantes: la que predica la “autonomía mixta”, considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso se considera que deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo “procesal” y lo “constitucional” (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-48), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el “derecho procesal constitucional” (como rama procesal) y el “derecho constitucional procesal” (como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.), y las garantías de las partes (acción procesal,

debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas “amplias”, que ubican las anteriores categorías en una sola.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ALEMANIA)

Se trata de la rama del derecho objetivo de la República Federal de Alemania que disciplina el proceso constitucional de aquel país. En el ámbito académico del rango corresponde a una disciplina jurídica en general estudiada junto al derecho público. Este se fundamenta en normas constitucionales de la llamada Ley Fundamental, como fue nombrada por razones históricas la Constitución alemana, promulgada el 23 de mayo de 1949. Tales normas constitucionales son conformadas, en el nivel infraconstitucional, por el legislador ordinario, específicamente en las normas de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (en adelante: TCF). Conjuntamente, las normas de la Constitución y de la mencionada ley orgánica del TCF listan taxativamente los procedimientos a ser propuestos ante aquel tribunal. Esa limitación es informada por el llamado “principio de la enumeración” (*Enumerationsprinzip*), que implica la exclusión de la clausula general de acceso a la jurisdicción constitucional y, con eso, de acciones inenominadas, tales cuales previstas por muchos órdenes jurídico-procesales civiles.

Las normas configuradoras del proceso constitucional alemán de la Constitución y de la mencionada ley ordinaria instituyen, por un lado, un proceso objetivo, entendido como un proceso judicial que, a pesar de depender de un impulso oficial por personas y órganos constitucionales legitimados por aquellos dos estatutos normativos, no tienen la principal característica de la actividad jurisdiccional ordinaria de decidir sobre lites, pero persiguen el objetivo de defensa de la Constitución y del orden constitucional en ella fundado. Por otro lado, también los procedimientos listados por la Ley Fundamental y por la referida Ley Orgánica del TCF que pueden ser subsumidos bajo el concepto de proceso intersubjetivo (litigioso) también son peculiares cuando son comparados al proceso intersubjetivo ordinario, porque se trata de litigios entre órganos estatales constitucionales (lites interorgánicas) y entre entes de la federación (lites federativas) sobre el alcance de competencias.

En todos los casos y frente a todas las competencias, el TCF es el único juez natural o legal para dirigir el proceso constitucional, y decidir, igualmente con efectos, que extrapolan la competencia general de la función jurisdiccional estatal, como única instancia. Como consecuencia, lógicamente, solo dirige los procedimientos originariamente, siendo todas sus decisiones irrecurribles, al mismo tiempo que no tienen ninguna competencia para juzgar recursos, a pesar de la admisión de la admisión de la queja constitucional, como instrumento procesal constitucional a ser utilizado directamente por un titular de derecho fundamental violado, estar sometida a la condición del previo agotamiento de las instancias ordinarias.

El sentido amplio que se viene imponiendo el uso terminológico por la literatura especializada, sin embargo, el derecho procesal constitucional ha

sido entendido (se entiende) como sinónimo de la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional alemana se desarrolló a partir de varias tradiciones, pero solo vendría a afirmarse conceptualmente con los fundamentales ensayos de Kelsen y de Triepel, al final de la década de 1920, presentados en el Encuentro Anual de Profesores de Derecho Público alemanes. Así, el concepto fue marcado teóricamente por la construcción terminológica de Kelsen. Hoy puede ser definida como “jurisdicción autónoma acerca de las cuestiones constitucionales” (*Friesenhahn*).

Del derecho procesal constitucional objetivo derivan las siguientes principales categorías de competencias:

a) Para control normativo de constitucionalidad. Coherentemente al sistema concentrado de control normativo, el TCF es exclusivamente competente para decidir sobre demandas de control normativo de constitucionalidad en las modalidades abstracta y concreta, además de la mencionada queja constitucional, que puede ser ajuiciada por cualquier persona física o —con reservas— jurídica, que afirma fundadamente haber tenido un derecho fundamental de su titularidad violado por un órgano estatal. Como parámetro constitucional material de juzgamiento puede servir, en el caso de los controles abstracto y concreto, cualquier norma de la Ley Fundamental. En el caso de la queja constitucional, solo sirven los parámetros de las normas definidoras de derechos fundamentales, que representan el principal foco de la jurisprudencia constitucional alemana, una vez que más de 90% de todos los procedimientos juzgados, con decisión de mérito, son quejas constitucionales. Como sus posibles objetos, se tienen tan solamente los actos normativos legales e infralegales, cuestionados: i) por las proposiciones de controles abstractos, confiadas a los siguientes órganos o parte de órganos constitucionales: gobierno federal, un gobierno estatal o $\frac{1}{4}$ de la Cámara Federal (*Bundestag*); ii) por cualquier juez o tribunal que tiene la competencia y el deber *ex officio* de evaluar la compatibilidad de la norma que fundamenta el pedido de la causa de una de las partes y el dispositivo de la sentencia a ser dictada, pero no la competencia para su descarte incidental, tal cual ocurre en los países que adoptan el sistema difuso de marca estadounidense; o iii) por la queja constitucional contra una decisión judicial en la cual se tendría aplicada en la norma inconstitucional o hasta, presentes algunas condiciones muy específicas, directamente contra un acto normativo. Un posible objeto de la queja constitucional puede ser, por otro lado, exclusivamente la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales que abstractamente sean compatibles con la respectiva norma —parámetro— constitucional. Se trata, en este caso, de la consecuencia procesal de la dogmática jurídico-constitucional de la llamada “eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung*) lanzada en el conocido *leading case* Lüth, por el TCF alemán, en 1958. Por ella, el TCF declara incompatible con la Constitución tan solamente la decisión judicial, anulándola y, e por regla, los autos vuelven al tribunal que cometió la violación, que estará entonces, en razón de la interpretación sistemática entre el dispositivo de la decisión del TCF y sus fundamentos determinantes, vinculado a estos, continuando a ser, sin embargo, el juez natural del hecho, una vez que la jurisdicción constitucional en sentido estricto no puede implicar la reforma de una decisión de

un tribunal inferior, justamente por no ser instancia competente para juzgar recursos. Pero como puede reconocer la inconstitucionalidad en abstracto de la norma aplicada por el tribunal de la jurisdicción ordinaria, la queja también puede funcionar como control normativo.

La jurisdicción constitucional, en sentido estricto, tal cual fue ejercida exclusivamente por el tribunal y órgano constitucional, que es el TCF autoriza la conclusión de que se está delante de una verdadera justicia especial (tal cual la laboral o administrativa en los países que establecen un proceso judicial administrativo). Muchos autores destacan la queja constitucional como una categoría aparte del control normativo en razón de sus específicas condiciones procesales, sobre todo que la alegada violación de derecho fundamental (por una decisión judicial o directamente por un acto normativo) haya de ser propia (no teniendo carácter de acción popular), directa y actual. Sin embargo, aquí se firma el entendimiento de que por intermedio de ella, además de la defensa individual de un derecho fundamental, se controla también la compatibilidad de normas con la Constitución, mismo que tal norma sea la norma concreta del dispositivo de una decisión judicial.

b) Lites constitucionales en el sentido horizontal (lites interorgánicas o lite constitucional *stricto sensu*) y vertical (lites federativas).

c) Los otros procedimientos específicos de protección de la Constitución como procedimiento de prohibición de partido político, destitución de derecho fundamental y denuncia criminal contra el presidente federal o juez de derecho frente a sus eventuales tentativas de grave violación al orden constitucional vigente.

Como las mencionadas estadísticas demuestran, la guardia de la Constitución en el sentido de C. Schmitt nunca prescindió de la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, el papel más preponderante lo ocupó el Tribunal constitucional federal al consolidar el proceso constitucional como proceso objetivo, frisando su función como instrumento de la concretización de los parámetros materiales con destaque para las normas definidoras de los derechos fundamentales. La decidida separación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional con grande preocupación jurídico-dogmática corresponde, jurídico-materialmente hablando, a la estricta separación entre el derecho constitucional específico y el llamado derecho ordinario, a despecho del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que tuvo por consecuencia la concretización del vínculo específico del Poder Judicial a los derechos fundamentales. Aquel en ocurrence esmero del TCF en la fundamentación dogmática de sus decisiones contribuyó para dejar la politización del derecho constitucional y la judicialización de la política en niveles aceptables.

Leonardo Martins

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (AUSTRIA)

El concepto de “derecho procesal constitucional” no existe en el sentido estricto en Austria. Por eso, en esa contribución definimos al “derecho procesal constitucional” como una rama procesal, que se refiere a “los órganos,

garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución”. Así que el término se utiliza como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional” (E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*).

En Austria hay un sistema de jurisdicción constitucional esencialmente concentrado en el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional de Austria es, así, el último guardián de la Constitución (véase “Tribunal Constitucional (Austria)”). La base normativo-constitucional del sistema de jurisdicción constitucional se encuentra en los arts. 137-148, Bundesverfassung, B-VG. Los detalles de su funcionamiento están reglamentados en el *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953 y en la *Geschäftsordnung*, que fue adoptada por el propio Tribunal Constitucional.

El mecanismo más importante para asegurar la prevalencia de la Constitución es la posible eliminación de leyes inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional (art. 140, B-VG). Al lado de la posible eliminación de ordenanzas ilegales (art. 139, B-VG), el control de constitucionalidad de la ley asegura la pirámide jurídica o “*Stufenbau*” del sistema jurídico (*der Rechtsordnung*), la cual tiene en su cúspide a la Constitución. También el posible control de resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1 de enero de 2014: decisiones de tribunales administrativos de primera instancia) por vía de amparo (*Bescheidbeschwerde*; art. 144, B-VG) contribuye a ese fin.

Cuando excluye leyes federales o leyes de los *Länder* por inconstitucionalidad (art. 140, B-VG), el Tribunal Constitucional funciona como “legislador negativo”. En este caso anula la norma o ley (*Gesetz (esbestimmung)*) afectada de inconstitucional. Esa anulación tiene, en principio, efectos *ex nunc / pro futuro*.

De manera general, uno puede distinguir en Austria entre control 1) abstracto, y 2) concreto.

1. En el sistema de control abstracto no existe una situación particular o específica que dé origen a la demanda de inconstitucionalidad (*Anlassfall*). Según el objetivo perseguido, distintas instituciones u órganos estatales tienen derecho a interponer la demanda con el fin de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución sobre normas contrarias a ella. El gobierno federal puede elevar la demanda si encuentra que hay una supuesta inconstitucionalidad de leyes de los *Länder*; lo mismo puede hacer el *Landtag* si la supuesta inconstitucionalidad concierne leyes federales. Aquí el sistema de control abstracto sirve para resolver conflictos federales. También una tercera parte de los miembros de la Cámara Baja (*Nationalrat*) o de la Cámara que representa a los *Länder* (*Bundesrat*), así como un tercio de los miembros de los *Landtage* pueden interponer una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta facultad es entendida como un derecho de la oposición, donde una minoría significativa (un tercio de las Cámaras respectivas o de los *Landtage*) puede iniciar un control de constitucionalidad de leyes adoptadas por la mayoría.

2. En el sistema de control concreto, ciertos tribunales (*Verwaltungsgerichtshof*, Corte Suprema, cada tribunal de segunda instancia, *Asylgerichtshof* (eliminado el 1 de enero 2014), Tribunal Constitucional *ex officio*) o ciertas instituciones administrativas (*Unabhängige Verwaltungssenate*, *Bundesvergabeamt*) (eliminado y sustituido por tribunales administrativos de primera instancia el 1 de enero de 2014) pueden iniciar el control de constitucionalidad de una norma o ley

si tienen dudas de su constitucionalidad al momento de aplicarla en un caso determinado.

Finalmente, bajo ciertas condiciones, también un individuo puede empujar un proceso de control de normas. Eso, a condición de que la norma legal afecte al individuo sin que se requiera una decisión o un acto previo de un tribunal o de una institución administrativa. Otra condición es que otra vía legal (*Rechtsweg*) es desmedida (*unzumutbar*). Nota que desde el 1 de enero de 2015, además individuos que consideran sus derechos violados por la aplicación de una ley inconstitucional en una decisión de un tribunal de primera instancia pueden iniciar un control de la ley respectiva según recién reforma (*Gesetzesbeschwerde*, BGBl I 2013/114).

De manera general, el amplio poder de demanda (*Antragsbefugnis*) contribuye a un efectivo sistema de control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional en su defensa de la Constitución.

No obstante, algunos hechos reducen la efectividad del sistema de control de normas. En primer lugar, el legislador puede evitar el control del Tribunal Constitucional cuando cuenta para ello con un amplio consenso: puede elevar una norma o una ley supuestamente (o ya declarada) inconstitucional a rango constitucional con una mayoría de 2/3 de sus miembros, y así “protegerla” de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional también tiene competencia de controlar leyes constitucionales si constituyen un cambio de principios básicos (“*Gesamtänderung*”, art. 44/3 B-VG; por ejemplo, un cambio de los principios democrático, federal, la separación de poderes) de la Constitución. De manera que si constituyen una *Gesamtänderung*, también normas de rango constitucional pueden ser rechazadas, y los fundamentos de la Constitución queden así protegidos por el Tribunal Constitucional. También desde la perspectiva de la soberanía popular y democrática pueden esgrimirse argumentos a favor de los cambios soportados por un amplio consenso parlamentario. Al mismo tiempo, cabe observar que sobre todo en tiempos de “gran coalición”, cuando los dos partidos en el gobierno tienen una mayoría de dos terceros (2/3), se limitó efectivamente el control del Tribunal Constitucional, al elevar al rango constitucional normas ya declaradas inconstitucionales en el pasado. Esa “técnica” —que ha generado multiplicidad de normas constitucionales de importancia variada en leyes normales— no solamente perjudica la Constitución como orden fundamental del Estado, sino que debilita también la función del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución.

En segundo lugar, cabe recordar que el Tribunal Constitucional solamente funciona como “legislador negativo”. No tiene competencia de “forzar” al legislador a actuar, por ejemplo, exigiendo que adopte ciertas normas; esto incluso en caso de detectar deficiencias de regulación en materia de derechos fundamentales.

A pesar de esos límites, el control de normas o de leyes efectuado por parte del Tribunal Constitucional ha sido un sistema de control largamente eficaz, lo que ha contribuido a la defensa de la Constitución de manera efectiva.

Christina Binder

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (BOLIVIA)

La expresión “derecho procesal constitucional” en Bolivia es entendida en el marco de las tres significaciones que de manera general se le asignan; vale decir, como conjunto normativo sustantivo y procesal que regula el ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad; como comprensivo de actos procesales desarrollados en la solución de los conflictos constitucionales y como disciplina de las ciencias jurídicas. De manera que el derecho procesal constitucional en Bolivia viene desarrollándose en el marco de esa triple significación.

En el ámbito del significado normativo se ha logrado una importante evolución, pues desde una normativa constitucional básica se ha logrado avanzar hasta la adopción de un código procesal constitucional, avance que podría ser reflejado convencionalmente en cuatro etapas.

La primera, caracterizada por una normativa orgánica básica, pues en la primera Constitución promulgada y publicada en 1826 apenas se consignaron normas orgánicas que podrían entenderse como vinculadas al derecho procesal constitucional; así, el art. 51, al nombrar las atribuciones de la Cámara de Censores, previó lo siguiente: “Son atribuciones de la Cámara de Censores: 1o, velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2o Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos”. En la reforma constitucional de 1831 se creó el Consejo de Estado con la función de ejercer el control de constitucionalidad; de manera que en la Constitución reformada se consignaron normas (arts. 93 al 100) que regulaban la composición, funciones y atribuciones del nuevo órgano constitucional creado, asignándole como una de sus funciones “velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella”. Las normas referidas forman parte del derecho procesal constitucional, en su significado normativo, porque crearon el sistema de control político de constitucionalidad.

La segunda, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad americano o de la revisión judicial; la creación de acciones tutelares del hábeas corpus y amparo constitucional para la protección del derecho a la libertad física, el primero, y todos los derechos y garantías constitucionales, la segunda; y la inclusión de normas procesales en el Código de Procedimiento Civil para regular la sustanciación de los procesos constitucionales. Mediante la reforma constitucional de 1861 se consignaron normas que forman parte del derecho procesal constitucional, ya que, por un lado, al tiempo de proclamar el principio de supremacía de la Constitución se encomendó a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, y por otro, se encargó al Tribunal Supremo de Justicia la labor de realizar, en última instancia, el control de constitucionalidad sobre las leyes. En la reforma constitucional de 1931 se introdujo una norma que creó el recurso de hábeas corpus para proteger el derecho a la libertad física y el derecho de locomoción de las personas, incluyendo normas de naturaleza procesal para su trámite. En la reforma constitucional de 1967 se incluyó una norma que

creó la acción de amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con excepción de la libertad física y el derecho de locomoción; además, se introdujeron normas de naturaleza procesal para su respectivo trámite. En esta segunda etapa, en la parte procesal, el control de constitucionalidad fue ejercido sobre la base de normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, que regulaban los procesos y recursos establecidos por la Constitución.

La tercera, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad europeo o “kelseniano” con resabios del modelo americano; la emisión de una Ley de desarrollo de la Constitución, y la introducción de la acción tutelar del hábeas data. Mediante la reforma constitucional de 1994 se creó el Tribunal Constitucional como el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, definiendo su estatus jurídico constitucional, su integración y sus atribuciones, pero a la vez se mantuvo la norma constitucional que encomendaba a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes. En esta etapa, el órgano Legislativo expidió la Ley 1836, del Tribunal Constitucional, una ley mixta que consignaba normas orgánicas reguladoras de la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, y normas procesales para regular la sustanciación de los procesos constitucionales, a través de los cuales se ejercía el control de constitucionalidad en el ámbito normativo, el ámbito competencial y el ámbito tutelar de los derechos fundamentales. En la reforma constitucional de 2004 se creó el recurso de hábeas data, para la protección del derecho a la autodeterminación informativa.

La cuarta, caracterizada por la consolidación del modelo de control de constitucionalidad en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, con una modificación del estatus constitucional y la naturaleza jurídica del órgano encargado del control de constitucionalidad, ya que por un lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional es un órgano constitucional independiente de los órganos del poder constituido; y, por otro, ejerce el control de constitucionalidad no solo sobre el sistema jurídico del Estado, sino también sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; así, está previsto por los arts. 179.III, y 196 al 203 de la Constitución. En el desarrollo de las normas constitucionales referidas, la Asamblea Legislativa Plurinacional ha expedido la Ley 027, que regula la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional; asimismo, ha emitido la Ley 254, Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 6 de agosto de 2012, cuyas normas regulan los procesos constitucionales a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad. En la referida reforma constitucional también se han creado dos nuevas acciones de defensa de los derechos fundamentales: la acción popular, para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la acción de cumplimiento, para la protección del derecho a exigir el cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.

En el ámbito referido a los actos procesales, cabe destacar que el derecho procesal constitucional en Bolivia también ha tenido un importante desarrollo. La labor desempeñada por el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera significativa a ese proceso, pues al sustanciar los procesos constitucio-

nales y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento ha logrado fortalecer y consolidar los procedimientos previstos por la legislación, allanando las omisiones legislativas por la vía jurisprudencial.

Finalmente, en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas, el derecho procesal constitucional en Bolivia no tuvo un estudio sistematizado en la parte académica hasta los años noventa. En efecto, en la currícula de las facultades de ciencias jurídicas de las universidades estatales y privadas no fue incluida la impartición de esta disciplina de las ciencias jurídicas en pregrado sino que fue a partir de la adopción del modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano, que recién algunas universidades incluyeron la misma en su currícula de la formación profesional; así, se puede referir a la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (UPSA), la Universidad Técnica Privada Santa Cruz (UTEPSA), la estatal Universidad Técnica de Oruro y la estatal Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. A nivel de posgrado, algunas universidades, entre ellas la Universidad Andina Simón Bolívar (sedes Sucre y La Paz), la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba), la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz), la Universidad Mayor San Andrés (La Paz) y la Universidad Real y Pontificia San Francisco de Chuquisaca, han implementado programas de maestría y diplomado en derecho procesal constitucional.

Cabe destacar que en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas se ha logrado un importante desarrollo teórico-doctrinal, pues a partir de la década de 1990 del siglo XX han surgido una serie de estudios ya sistematizados, que sin ser tratados especializados en derecho procesal constitucional, abordan su estudio desde diferentes perspectivas.

Entre los estudios publicados se puede mencionar, a manera enunciativa no limitativa, los siguientes libros: *Tribunal Constitucional*, de Hugo Galindo Decker (1994), que contiene los resultados del debate nacional en torno a la creación del Tribunal Constitucional; *¿Tribunal Constitucional o Corte Supremas?*, de Marcelo Galindo Ugarte (1994); *Reformas constitucionales. Avances, debilidades y temas pendientes*, de José Antonio Rivera S. (1999); *Tribunal Constitucional. Comentario y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*, de Luis Ángel Vásquez Villamor (1999); *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, de José Antonio Rivera S. (1a. ed. 2001, y 3a. ed. 2012); *Derecho procesal constitucional boliviano*, libro colectivo editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (2002); *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, de Willman Ruperto Durán Ribera (2003); *Recurso directo de nulidad*, de Jorge Asbún Rojas (2003); *Derecho procesal constitucional. Tribunal, procedimientos y jurisprudencia en Bolivia*, de René Baldívieso Guzmán (2006); *Derechos y garantías fundamentales*, de Pablo Dermizaky Peredo (2006); *Temas de derecho procesal constitucional*, de José Antonio Rivera S. (2007); *Acción de amparo constitucional*, de Richard Eddy Cardozo (2009); y *Derecho procesal constitucional*, de Henry Pinto Dávalos (2011).

José Antonio Rivera Santiviáñez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (BRASIL)

Según parece, la primera obra que tocó el tema del derecho procesal constitucional en Brasil fue la de José Frederico Marques. En sus *Instituições de direito processual civil*, publicadas en 1958, Frederico Marques dio a dos apartados del primer volumen el título de *Direito processual constitucional* (*Instituições de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo-Rio de Janeiro, Forense, 1958, ítem 39). Ahí señala que, bajo el nombre de derecho procesal constitucional, se puede incluir “todo lo que se diga respecto a los fundamentos jurídico-constitucionales de las normas del derecho procesal”.

Después de la obra de Frederico Marques se han publicado varios libros con títulos que hacen referencia expresa a la idea de “derecho procesal constitucional”. Se trata de trabajos escritos especialmente por profesores de derecho constitucional y de derecho procesal civil. Pueden citarse, entre otros, Roberto Rosas (*Direito processual constitucional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983), José Alfredo de Oliveira Baracho (*Processo constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1983 y *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Forum, 2006), Willis Santiago Guerra Filho (*Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999); *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos Editora, 1999), Marcelo Cattoni (*Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001), Ivo Dantas (*Introdução ao direito processual constitucional*, Curitiba, Juruá, 2003), Paulo Roberto de Gouvêa Medina (*Direito processual constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2003), Marcus Oriene Gonçalves Correia (*Direito processual constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998) y Paulo Hamilton Siqueira Jr. (*Direito processual constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006).

Además de ser tratado de manera frecuente en revistas jurídicas, el tema también es abordado en “cursos” y “manuales”, particularmente de derecho constitucional. Así, por ejemplo, en el *Curso de direito constitucional positivo* de José Afonso da Silva o, más recientemente, en el *Curso de direito constitucional* (São Paulo, Saraiva, 2003) de André Ramos Tavares. Cândido Dinamarco, Ada Grinover y Antônio Carlos de Araújo Cintra abordan el tema en la *Teoria geral do processo*. En 2006 se publicó la *Teoria geral do processo* (*Curso de processo civil*, vol. 1 – *Teoria geral do processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006), de Luiz Guilherme Marinoni, obra que se preocupa de elaborar una teoría del proceso a la luz del Estado constitucional.

Parte de la doctrina brasileña distingue entre “derecho procesal constitucional” y “derecho constitucional procesal”, atribuyendo al primero el estudio del control de constitucionalidad y de los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, y al segundo el análisis de los principios constitucionales del “proceso justo” (por ejemplo, Ivo Dantas, *Introdução ao direito processual constitucional*), mientras que otros estudiosos sostienen que esa distinción es irrelevante (Paulo Roberto de Gouvêa Medi, *Direito processual constitucional*), e incluso que carece de sentido (Marcelo Cattoni, *Direito processual constitucional*). André Ramos Tavares (*Curso de direito constitucional*) habla de “justicia constitucional”, dándole el carácter de disciplina autónoma, y agrega que ésta se puede manifestar como “derecho procesal constitucional” y como “derecho constitucional procesal”.

En Brasil hay facultades de derecho que ofrecen cursos destinados a abordar de manera específica el derecho procesal constitucional o a estudiar el control directo de constitucionalidad, el control incidental de constitucionalidad y las acciones con fundamento en la Constitución federal. La Universidad Federal de Paraná hace tiempo que reconoce relevancia al derecho procesal constitucional a través de la disciplina denominada “acciones constitucionales”, en la que se estudia, además del control incidental de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declarativa de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, el mandamiento de obligación (*mandado de injunção*), el examen de incumplimiento de precepto fundamental (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*), la representación interventora, el control de constitucionalidad del derecho de estados y municipios y el control de convencionalidad, así como el mandamiento de protección (*mandado de segurança*), el *habeas corpus*, el *habeas data*, la acción popular y la acción civil pública. El contenido de esta disciplina comprende actualmente las llamadas disciplinas tópicas, cuya presencia en el plan de estudios de la Facultad de Derecho posee gran importancia para la profundización y para el debate efectivo de determinados temas.

Recientemente se ha creado la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional, con sede en Curitiba, cuyos fines, señalados en sus estatutos, son de manera particular: “i) fomentar el avance científico del Derecho Procesal Constitucional en Brasil y en el extranjero; ii) defender el Estado constitucional y democrático de Derecho y la vigencia de los principios y las garantías constitucionales; iii) reunir a los exponentes del Derecho Procesal Constitucional brasileño y extranjero, ofreciéndoles las condiciones de un debate productivo y libre de las ideas; iv) promover el perfeccionamiento, la difusión y la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional en todo el país, mediante la realización de especializaciones, cursos, conferencias, seminarios y congresos; v) desarrollar o participar activamente en la elaboración de un Código del Proceso Constitucional para el Brasil; vi) participar efectivamente en el constante perfeccionamiento del Derecho Procesal Constitucional mediante la presentación de propuestas legislativas, estudios e investigaciones; vii) programar, producir y editar libros, revistas, periódicos y boletines de Derecho Procesal Constitucional; viii) establecer grupos de estudio y debate que hagan posible un pensamiento crítico permanente del Derecho Procesal Constitucional y de las demás áreas con las que éste pueda vincularse”.

Actualmente, la Asociación está ocupada particularmente en la discusión de un Código del Proceso Constitucional para el Brasil, y su finalidad esencial es el desarrollo del estudio del derecho procesal constitucional para el fortalecimiento de la adecuación del uso de las formas de control de constitucionalidad y de las vías de protección de los derechos fundamentales, realizándose en plenitud la fuerza normativa de la Constitución y una organización social democrática y justa.

Luiz Guilherme Marinoni
(traducción de Héctor Flix-Fierro)

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CAMPECHE)

Para la definición de Campeche seguimos la primera significación de la voz “derecho procesal constitucional”, que da el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la conceptualización general de esta: “el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico”.

En este sentido, se puede expresar que en Campeche este conjunto normativo está en una fase primaria, pues solo se contempla el procedimiento encargado de resolver conflictos de competencia y/o atribución. Dicho lo anterior, es importante subrayar que la causa eficiente de la reforma constitucional campechana, que introdujo el control sobre los conflictos entre órganos, se debió a dos razones.

Primera, directamente a un mandato del poder revisor o constituyente permanente federal, que a través de una reforma constitucional federal mandaba a las legislaturas estatales la implementación de medios de resolución de conflictos en determinadas hipótesis.

Segunda, el poder revisor de la Constitución estatal adoptó este mandato y a su vez lo recondujo, como diría la exposición de motivos, a “ampliar la esfera de competencia del máximo órgano del Poder Judicial del Estado, el H. Tribunal Superior de Justicia para, no sólo conocer de conflictos entre Ayuntamientos o entre éstos y el Ejecutivo, sino también de los que pudieren surgir entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como entre entidades paraestatales y paramunicipales”.

Tercero, la causa final de dichas reformas —tanto federal como estatal— radicaba en la idea de modificar la situación jurídica del municipio y dotarlo de mayor autonomía y atribuciones “ampliar las facultades que actualmente tienen los municipios en México, y lograr el fortalecimiento municipal”.

El 23 de diciembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de modificación al art. 115 de la Constitución federal. En dicho decreto se encontró establecido que los estados debían adecuar su marco jurídico a las nuevas disposiciones. Esta modificación tiene su origen en nueve iniciativas presentadas ante el Congreso por diferentes grupos parlamentarios. Todas estaban basadas en la idea de que el municipio fuera el eje del desarrollo nacional.

De acuerdo con el texto federal, las hipótesis de conflicto que el procedimiento implementado debiera de conocer se encontraban contempladas en diversos apartados distintos del texto del art. 115 constitucional.

El inciso c) estipula: “Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución”.

El inciso d) señala: “El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes”.

Ahora bien, para efectos de la reforma a la Constitución campechana resultó trascendente el nuevo párrafo cuarto de la frac. II del art. 115: “Las

legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquéllos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores”.

En ese sentido, en Campeche, el 12 de diciembre de 2000, los coordinadores de los grupos parlamentarios y de la representación del Partido del Trabajo presentaron ante el Congreso del estado dos iniciativas de reforma al sistema jurídico. La primera de ellas para reformar diferentes artículos de la Constitución del estado, y la segunda para expedir la ley reglamentaria relacionada con dichas reformas.

Al tener como causa eficiente el cambio al art. 115 constitucional, la modificación a la Constitución campechana fue compleja, abarcando los arts. 54 en sus fracs. XXI (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública del estado) y XXII (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública de los municipios del estado); 66 (suplencia de un gobernador interino o provisional); 88, IV (control de conflictos entre diversos órganos como facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia); 102 (declaración del ayuntamiento como órgano de gobierno del municipio); 105 (funciones y servicios públicos de los municipios) y 107 (determinación de la competencia del gobierno del estado y del municipal).

Como se puede ver, el cambio pertinente se dio al art. 88-IV, cuyo motivo específico fue ir más allá de lo declarado por el mandato constitucional federal —de solo conflictos derivados de la materia de la reforma constitucional federal comentada— y ampliar la esfera de competencia del Pleno del Tribunal a otros actores políticos, a lo cual se adhirió la expedición de una ley reglamentaria.

Por otro lado, el texto de la Constitución estatal, sin hacer referencia alguna al texto federal, e igualmente importante, sin mencionar la naturaleza de la norma jurídica que se vulneraría, se limita a describir las diferentes posibilidades de conflicto —que correspondería resolver al Tribunal Pleno—, a partir de los sujetos. Es así que serán entre: a) el estado y un municipio; b) un municipio y otro; c) un municipio y una sección municipal; d) una sección municipal y otra; e) los poderes Ejecutivo y Legislativo del estado; f) alguno de los anteriores y una entidad paraestatal o paramunicipal; g) dos entidades paraestatales; h) dos entidades paramunicipales; i) una entidad paraestatal y una paramunicipal.

Aquí cabría hacer varias reflexiones: la primera sería la relativa a la naturaleza legal del procedimiento de control mandado desde la Constitución federal a implementar, mediante las legislaturas estatales, al interior de cada entidad federativa, y digo “legal” porque si se revisan los textos referenciados, el conflicto está circunscrito al que se pueda dar entre el gobierno del estado y el municipio o entre los municipios, derivados de una *legislación* emitida por un órgano estatal.

Otra reflexión devendría del texto de la Constitución campechana, que al no hacer referencia al art. 115, ni al marco normativo que pudiera afectarse y generar los conflictos relacionados, deja abierta la posibilidad de que tales conflictos generaran un procedimiento de control constitucional o legal.

Una reflexión más cabría al observar los sujetos que generaran los conflictos; primero porque rebasa la hipótesis del art. 115 constitucional —solo conflictos entre el gobierno del estado y el municipio—, rebasa la hipótesis de los conflictos que pudiera comprender la controversia constitucional federal (que se circunscribiría a conflictos entre el estado y uno de sus municipios), puesto que ya estaría igualmente el resguardo de las figuras de las entidades paraestatales o paramunicipales y los conflictos que pudieran generarse estando estas presentes.

Victor Manuel Colli Ek

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CHIAPAS)

El derecho procesal constitucional en el estado de Chiapas es producto de la reforma constitucional del 6 de noviembre de 2002, que introdujo diversos instrumentos de tutela judicial de la Constitución estatal.

La reforma hizo posible la existencia de cuatro procesos constitucionales. En primer lugar, se incorporaron las controversias constitucionales en calidad de mecanismos dirigidos a resolver conflictos entre el orden jurídico estatal y el municipal, así como conflictos entre los poderes del estado. En específico, de conformidad con la frac. I del entonces art. 56 de la Constitución estatal, proceden en torno a controversias suscitadas entre el Poder Ejecutivo y Legislativo del estado, entre los municipios, y entre estos y el propio Ejecutivo o Legislativo.

En segundo término, se incluyeron las acciones de inconstitucionalidad, en calidad de procesos autónomos a través de los cuales se confrontan en el plano abstracto dos normas jurídicas, la Constitución estatal y una norma jurídica general, con el objetivo de constatar la regularidad constitucional de esta última. Pueden ejercitarse dentro de los 30 días naturales siguientes a su publicación tanto por el gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, el procurador general de Justicia del estado, o el equivalente al 33% de los ayuntamientos de la entidad.

El tercer instrumento procesal es la acción por omisión legislativa, que es igualmente un proceso autónomo por medio de cual se controvierte una omisión legislativa que vulnere la supremacía constitucional. Este mecanismo procede cuando se considere que el Congreso no ha resuelto una ley o decreto, y que la omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, cuya interposición corresponde al gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

El cuarto mecanismo de tutela constitucional es la cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como propósito dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los magistrados o jueces del estado cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o la aplicación de una ley local, dentro de un proceso del que tengan conocimiento, las cuales deberán resolverse en un plazo de 30 días.

La reforma constitucional de 2002 confirió la resolución de estos instrumentos procesales a una Sala Superior, que se erigió en el cuerpo colegiado

de mayor jerarquía al interior del Poder Judicial del estado, integrado por siete magistrados, que debería funcionar exclusivamente en pleno para garantizar la supremacía de la Constitución.

Una nueva reforma constitucional publicada el 2 de mayo de 2007 modificó, entre otras cosas, al órgano de control, sustituyendo la Sala Superior por un Tribunal Constitucional integrado por tres magistrados, aunque una nueva reforma de 2008 elevó su número a cinco integrantes del pleno.

El Tribunal es el máximo órgano del Tribunal Superior de Justicia, y por tanto, del Poder Judicial, debe funcionar exclusivamente en pleno, y sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos. Sus magistrados son nombrados por el Congreso del estado o por la Comisión Permanente, a propuesta del gobernador, mediante el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, dentro de un plazo que no exceda los siete días hábiles a partir del momento en que se reciban las propuestas, no se exige ninguna calificación especial para ser magistrado en relación a los que se solicitan para los demás magistrados del Poder Judicial. Los magistrados duran en su encargo nueve años sin poder ser designados para un nuevo periodo.

Una nueva reforma publicada el 25 de julio de 2011, subrayó que al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar la supremacía y control de la Constitución mediante su interpretación, siempre y cuando no sea contraria a lo establecido en el art. 133, último párrafo, de la Constitución general de la República, ni a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así mismo, tuvo como propósito reubicar los procesos constitucionales en el art. 64 constitucional.

Finalmente, la reforma constitucional de 16 de agosto de 2013 estableció la legitimación procesal de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad en el ámbito de sus competencias.

César Astudillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CHIHUAHUA)

El estado de Chihuahua es parte del Estado federal mexicano desde 1924; en consecuencia desde ese año y con excepción del período centralista del país (1836-1847), ha ejercido su autonomía interna con sendas Constituciones de los años de 1825, 1848, 1858, 1887, 1921 y la vigente de 1950. No obstante lo anterior, el constitucionalismo chihuahuense históricamente careció de instrumentos procesales de defensa constitucional, pues como se verá a continuación, en términos generales no se establecieron garantías constitucionales hasta 1921, y aún después de esa fecha en la práctica han sido formulas vacías, carentes de reglamentación, al menos hasta 2013. En efecto, en las Constituciones del siglo XIX solo podemos encontrar como incipientes preceptos de defensa constitucional, como es el caso de un control político indeterminado por parte del Congreso, en la Constitución de 1825 (art. 122 y 123), y en la de 1848 (art. 175), sin que se haya expedido ley reglamentaria ni se tenga conocimiento de haber ejercido tal facultad. En las Constituciones de 1858 y 1887 encontramos ya definido de manera clara el juicio político en los arts.

88 y 89 (1848) y 134 (1887). Ya en el marco de nuestra Constitución general vigente de 1917, la Constitución de Chihuahua de 1921 establece por vez primera genuinos institutos de derecho procesal constitucional, como fueron el denominado “*queja*” contemplado en el art. 10 en los siguientes términos: “art. 10. Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguna de las garantías expresadas en los arts. 5 al 9 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la autoridad infractora ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho”. Además de lo anterior, el art. 102 en su frac. III, otorgaba al Supremo Tribunal de Justicia la facultad de “Dirimir los conflictos que surjan entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, siempre que no sean de carácter político ni de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En este sentido, podemos afirmar que la figura mencionada corresponde a una controversia constitucional de índole local, pues aun cuando no se defina de esa forma, el hecho de que excluya los conflictos políticos y aquellos de orden jurídico que puedan ser de competencia de la Corte nos autoriza a pensar que se tratarán conflictos de orden jurídico local, que por referirse a los poderes públicos nos remiten de manera ineludible a la Constitución. En este sentido, la Constitución vigente de 1950 en su texto original no varía sustancialmente la redacción de estas dos instituciones procesales, salvo que las controversias se remiten en sus términos al art. 109, frac. III del nuevo texto constitucional. No obstante lo anterior, mediante reforma del 28 de septiembre de 1994 se realizó una revisión general de la Constitución, misma que materialmente se tradujo en una nueva Constitución, ya que planteó cambios fundamentales, entre los que cabe desatacar que “La protección jurídica de la vida humana desde el momento de la concepción”, además de que se prohíbe la pena de muerte en el estado y se reconocen los derechos de los pueblos indígenas; además de lo anterior, y respecto a la materia que tratamos, en el art. 36 se crea el Consejo Estatal de Elecciones, y en el art. 37 el Tribunal Estatal de Elecciones con facultades este último para “resolver en definitiva e inatacablemente las impugnaciones que se presenten en materia electoral...”; además el art. 109, en diversas frac., contempla la facultad del Supremo Tribunal de Justicia para resolver lo que consideramos controversias constitucionales en los siguientes términos: “XIII. Dirimir los conflictos que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo del Estado, siempre que no sean de la competencia de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”; como puede observarse, en esta ocasión, a diferencia del texto original, se excluye también la competencia que pudiera actualizarse para el Senado de la República; además de lo anterior, en las dos frac. subsecuentes establece: “XIV. Resolver las controversias que se susciten entre los ayuntamientos y el Congreso del Estado”, y “XV. Resolver los conflictos que se susciten entre dos o más municipios de la entidad, así como entre los municipios y el Ejecutivo del Estado, en los términos que disponga la ley”. En virtud de lo expuesto hasta aquí, en el estado de Chihuahua desde 1994 existen contempladas a nivel constitucional las controversias constitucionales locales; sin embargo, cabe aclarar que hasta el momento en que se escribe el

presente trabajo no ha existido la voluntad política para reglamentarlas y, en consecuencia, no se han puesto en práctica; lo mismo acontece con la figura de la “*queja*”, misma que con la reforma de 1994 pasó al art. 200 en términos similares a la redacción original, ya que solo cambian los numerales que se refieren a los derechos fundamentales protegidos. Al respecto, y por lo que se refiere al recurso de “*queja*”, consideramos como hipótesis que la falta de reglamentación obedece a lo rígido de su redacción, pues habla de imponer una “*pena*” a la autoridad que violente un derecho fundamental, y esto nos parece excesivo, pues salvo el caso de que efectivamente, la autoridad al violar un derecho fundamental de manera simultánea cometa un delito, los efectos del recurso no deben involucrar la materia penal. Ahora bien, en la actualidad, y con motivo de la reforma a la Constitución general en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, y de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del expediente varios 912/2010, del 11 de enero de 2013, y con la finalidad de dar mayor uniformidad a los criterios judiciales de los juzgadores locales, así como certeza jurídica sobre la inaplicación de las normas jurídicas, en vía de control difuso de constitucionalidad-convencionalidad, se reformaron los arts. 104 y 105 de la Constitución local, para crear una “Sala de Control Constitucional”, compuesta por un magistrado especializado en la materia, y dos magistrados (uno penal y otro civil) del supremo tribunal, seleccionados por el pleno por un periodo de un año para efectos de integrar la Sala de Control Constitucional, a la cual, de acuerdo con el art. 105 de la Constitución, le corresponde “... la revisión de las resoluciones de los jueces de primera instancia y de las salas unitarias del Supremo Tribunal de Justicia, mediante las cuales se determine la inaplicación de las normas jurídicas, por considerarlas contrarias a los contenidos de la Constitución Política del estado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, con arreglo a esta última”. Cabe hacer mención que el mismo artículo señala que “Cuando la inaplicación a que se refiere el párrafo anterior la determinen las salas colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia, las atribuciones de la Sala de Control Constitucional serán ejercidas directamente por el pleno”. Respecto a esta última reforma, si bien entró en vigor el 30 de junio de 2013, acompañada de una ley reglamentaria del art. 105 y diversas reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, a la fecha (septiembre de 2013) no se ha llevado a cabo el proceso de selección del magistrado especializado y de los demás integrantes de la Sala de Control, por lo que la misma no ha entrado en funciones.

Júpiter Quiñones Domínguez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COAHUILA)

El derecho procesal constitucional o justicia constitucional —como ha preferido llamarle la propia Constitución local— en el estado de Coahuila de Zaragoza surge al menos normativamente hablando con la reforma constitucional publicada el 13 de octubre de 2001, o en la que se modificó el art. 158; en él se concibe a la justicia constitucional como un medio de control para mantener

la eficacia y actualización democrática de la ley fundamental del estado, bajo el principio de supremacía constitucional.

De esta forma, Coahuila pasó a formar parte del primer grupo de entidades —como Veracruz, Tlaxcala y Chiapas— que desde 2000 decidieron elegir al derecho procesal constitucional como un instrumento para garantizar su Constitución desde el interior del propio sistema jurídico; la modificación constitucional mencionada se vio terminada el 12 de julio de 2005, fecha en la que se publicó Ley de Justicia Constitucional local para el estado de Coahuila de Zaragoza —en delante Ley Reglamentaria—; en ella se regulan de manera detallada los mecanismos de protección, procedencia y la forma de sustanciación.

En principio, conviene apuntar que el constituyente señaló como tribunal constitucional al pleno del Tribunal Superior de Justicia —en delante Pleno—, dotándolo así de las competencias en materia de control de constitucionalidad; es decir, el pleno actuará en su carácter de máximo garante de la Constitución cuando conozca de alguno de los procedimientos que adelante se explicarán, el Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con el art. 136 de la Constitución, se compone por 14 magistrados; sin embargo, la Ley Orgánica señala que al pleno lo integran 12 magistrados —el presidente del Tribunal—, 10 magistrados numerarios de las Salas que residan en la capital del estado y el presidente de la Sala Auxiliar con jurisdicción en los distritos judiciales de Viesca y San Pedro.

En torno a los mecanismos o instrumentos de control, el primer aspecto importante a destacar es el control difuso que autoriza el tercer párrafo del art. 158 de la Constitución, y establece que los jueces del estado puedan desapplicar la norma al caso en específico que de acuerdo con sus competencias estén conociendo, cuando adviertan —de oficio o a petición de parte— que una de las leyes a aplicar es contraria a la Constitución local, incluso señala la Ley Reglamentaria que pueden realizar interpretación conforme para salvar el vicio de inconstitucionalidad.

Un segundo punto es la introducción de la duda o cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como objetivo que la autoridad judicial o administrativa pueda plantearle al pleno la posible contradicción de una norma general que esté aplicando con motivo de sus atribuciones bien sea porque lo advirtió oficiosamente o porque así se lo plantearon las partes, para que una vez que el pleno estudie y resuelva pueda pronunciarse con seguridad sobre la aplicabilidad de la ley; por lo que ve a su procedencia, se limita a dos supuestos: a) que se trate de un asunto trascendente o importante a juicio del propio pleno, y b) que previamente algún juez ordinario haya declarado la inaplicación de una ley; es decir, aquí la duda se convierte en una especie de revisión al control difuso de constitucionalidad, situaciones que estimamos algo desacertadas, ya que la esencia de la duda de inconstitucionalidad es precisamente la de acudir a un ente especializado con la finalidad de que despeje las posibles interrogantes de la norma a aplicar; se trata pues de un acto previo a su aplicación, y no un recurso sobre la desapplicación de normas.

En tercer término, la justicia constitucional de Coahuila la componen las acciones de inconstitucionalidad, que junto con las controversias constitucio-

nales es uno de los instrumentos más característicos de los sistemas de justicia constitucional, en el caso este mecanismo tiene no solamente como propósito denunciar la posible contradicción entre prácticamente cualquier norma general que se expida dentro del estado —leyes, reglamentos, acuerdos, bandos, etcétera—, sino también las omisiones normativas de carácter legal o reglamentaria en que ocurran los órganos obligados a expedirlas.

En ese sentido, por lo que ve al tema de la legitimación para el ejercicio de esta acción, podemos decir que es amplia, pues por una parte se le faculta al Ejecutivo del estado, al 10% de los integrantes del Poder Legislativo y de los integrantes de los ayuntamientos, a los organismos públicos autónomos, y por la otra igualmente puede ocurrir cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales, y los partidos políticos nacionales y estatales con registro; presentada pues la acción y sustanciado el procedimiento, y en caso de que el pleno estime que la norma impugnada resulta constitucional, deberá tomar esa decisión por mayoría absoluta, y los efectos serán la invalidez o bien la condena para que la autoridad omisa cumpla con expedir la norma.

El cuarto mecanismo es la controversia constitucional que se plantea con motivo de conflictos orgánicos competenciales entre alguno de los poderes del estado, algún poder del estado con municipios o entidades paraestatales, entre municipios o entre éstos y entidades paraestatales, o bien entre éstas y aquellos que se presenten con uno o más organismos autónomos y otro u otros órganos estatales o municipales. De esta forma, el pleno, al resolver, deberá indicar a qué ente le corresponde la competencia en conflicto, y la resolución tendrá efectos generales cuando se refiera a disposiciones generales; en los demás casos será solo entre las partes.

Finalmente, como quinto instrumento resulta importante destacar el control previo de constitucionalidad, el cual únicamente lo puede accionar el gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto; aquí el Congreso del estado puede, si lo decide, suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión vinculante del Tribunal, la cual debe producirse en breve término, pero si el Congreso por mayoría absoluta de votos decide no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del estado, quien declarará sin materia la solicitud de opinión.

José Manuel Chavarín Castillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COSTA RICA)

I. HITO HISTÓRICO. La ley de la Jurisdicción Constitucional, núm. 7135, del 11 de octubre de 1989, fue el primer Código Procesal Constitucional vigente en América Latina.

Esta ley regula todos los institutos que conforman el derecho procesal constitucional costarricense, a saber: el recurso de *habeas corpus*, el recurso de

amparo en su doble modalidad de amparo contra autoridades públicas y de amparo contra particulares, los diversos procesos de control de constitucionalidad (acción de inconstitucionalidad, consulta legislativa de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad, veto por razones de inconstitucionalidad) y los conflictos de atribuciones entre los órganos fundamentales del Estado; es decir, la denominada jurisdicción constitucional orgánica. También ha sido pionera en el control de convencionalidad adelantándose 17 años a la sentencia de *Almonacid vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sentó las bases para el control de convencionalidad interno en los países de nuestro continente. En efecto, los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional consagran el control de convencionalidad junto al de constitucionalidad sobre la legislación interna.

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA. El sistema de jurisdicción constitucional costarricense, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, es completamente concentrado. El conocimiento y resolución de todos los procesos constitucionales, sin excepción alguna, está atribuida a la Sala Constitucional, la cual forma parte del Poder Judicial y está integrada por siete magistrados, elegidos por dos terceras partes de los votos del total de miembros de la Asamblea Legislativa.

La Sala Constitucional conoce de todos los procesos constitucionales en única instancia, y sus sentencias son de vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Es el único Tribunal en nuestro ordenamiento que puede autofijarse su propia competencia.

III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD. Siguiendo la feliz terminología acuñada por Mauro Cappelletti en su tesis doctoral en Alemania a mediados de los años cincuenta y luego acogida entusiastamente tanto por la doctrina europea, como latinoamericana, en Costa Rica forman parte de ella el recurso de *habeas corpus* contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra particulares y las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando en tales procesos se invoque la violación de derechos fundamentales.

1. *El recurso de habeas corpus*. Procede para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ellas establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas al derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Es decir, el recurso de *habeas corpus* tutela la libertad de personal, la integridad personal y la libertad de tránsito cuando el acto o la amenaza de violación provengan de cualquier autoridad pública, incluidas las judiciales.

Las sentencias estimatorias declaran también la responsabilidad en abstracto del Estado y el interesado debe acudir a la vía contencioso-administrativa a liquidar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia directa del acto lesivo de sus derechos fundamentales tutelados por este proceso constitucional.

2. *El recurso de amparo contra autoridades públicas.* El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales, salvo los protegidos por el *hábeas corpus*.

Procede contra toda disposición, acuerdo o resolución, y en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procede no solo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

El amparo costarricense tiene la particularidad de que no procede contra resoluciones judiciales ni del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral y el auto que le da trámite suspende la ejecución de los efectos de la conducta impugnada, salvo que la Sala considere que, por evidentes razones de interés público, se deba mantener su ejecución.

El parámetro de constitucionalidad en los procesos de amparo, en sus dos modalidades, está constituido no solo por las libertades y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sino también por los reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes en la República. En aplicación del principio de preferencia de normas que sanciona el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando una norma contenida en un tratado o convenio sobre derechos humanos brinda mayor protección al amparado que las disposiciones constitucionales en la misma materia, la Sala Constitucional aplica la primera.

Las sentencias estimatorias, al igual que en el recurso de *hábeas corpus*, condenan al órgano recurrido en abstracto al órgano o ente recurrido al pago de los daños y perjuicios sufridos por el amparado como consecuencia directa del acto conculcatorio anulado.

3. *El recurso de amparo contra particulares.* El recurso de amparo contra sujetos de derecho privado procede contra las acciones u omisiones de aquellos cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales de los recurrentes. No se pueden acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

La sentencia estimatoria también condena en abstracto al sujeto recurrido al pago de los daños y perjuicios irrogados al recurrente como consecuencia directa de la aplicación del acto lesivo.

4. *Las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando su fundamento sea la violación de derechos fundamentales.* También forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad, los procesos de control de constitucionalidad en que la conducta omisiva sea violatoria de un derecho fundamental. En el próximo acápite analizaremos con más detalle cada uno de esos procesos constitucionales.

IV. LAS DIVERSAS MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra cuatro modalidades

de control: 1) la acción de inconstitucionalidad; 2) la consulta legislativa de constitucionalidad; 3) la consulta judicial de constitucionalidad, y 4) el veto por razones de inconstitucionalidad.

1. *La acción de inconstitucionalidad.* Presenta dos modalidades procesales para ejercitarla: la vía incidental y la vía de acción. Por medio de la primera, se puede plantear una acción de inconstitucionalidad dentro de un proceso judicial o en el procedimiento tendente al agotamiento de la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considere lesionado.

No es necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a toda la colectividad en su conjunto.

Por vía de acción, están legitimados para plantear la acción el contralor General de la República, el procurador general de la República, el fiscal general de la República y el Defensor de los Habitantes.

Procede la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, siempre que tales conductas no sean susceptibles de ser impugnadas por medio de los recursos de *hábeas corpus* o amparo, cuando en el procedimiento de aprobación de las leyes se viole un trámite sustancial regulado por el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento, cuando una ley o disposición general viole un tratado o convenio internacional vigente, cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional, o en su caso, del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. En este caso la declaratoria se hace solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución, o, si contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda su denuncia y contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Las sentencias estimatorias producen cosa juzgada material y eliminan la norma o acto del ordenamiento. La declaración de inconstitucionalidad tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, la sentencia constitucional de anulación puede graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictar las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social.

2. *La consulta legislativa de constitucionalidad.* Es una modalidad de control de constitucionalidad a priori, semejante al modelo francés.

La consulta legislativa de constitucionalidad puede ser preceptiva o facultativa. Se incluyen dentro de la primera hipótesis los proyectos de reforma constitucional, los de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los

tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

Facultativamente, la consulta se puede plantear respecto de los proyectos de ley ordinarios, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

En todos los casos la consulta debe ser formulada por al menos 10 diputados, y debe presentarse, en el caso de los proyectos de ley ordinarios y de leyes de aprobación de convenios o tratados internacionales, luego de su aprobación en primer debate y antes de ser votados en el segundo. En el caso de las reformas constitucionales, la consulta se debe formular luego de la aprobación del proyecto en primera legislatura y antes de la definitiva.

El Defensor de los Habitantes está legitimado para plantear la consulta cuando considere que el proyecto en cuestión infringe derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o por instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

El dictamen que rinda la Sala Constitucional solo es vinculante cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales en el proyecto consultado.

3. *La consulta judicial de constitucionalidad.* Todo juez está legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviera dudas sobre la constitucionalidad de una norma o de un acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Los efectos de las sentencias estimatorias son iguales a las que vierta la Sala en las acciones de inconstitucionalidad.

4. *El veto por razones de constitucionalidad.* Cuando el Poder Ejecutivo interpone el veto por razones de constitucionalidad contra un proyecto de ley, el conflicto entre ambos poderes debe ser resuelto por la Sala Constitucional. Si la Sala determina que el proyecto consultado es total o parcialmente inconstitucional, la Asamblea Legislativa deberá desechar la parte del proyecto declarada inconstitucional y continuar con el trámite del resto del articulado. Sí, por el contrario, la Sala no encontrara ningún vicio de inconstitucionalidad en el proyecto consultado, entonces el órgano parlamentario tiene carta libre para continuar con la tramitación del veto.

V. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORGÁNICA. Le corresponde a la Sala resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. Asimismo, debe resolver los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de derecho público, o los de cualquiera de éstas, entre sí.

VI. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habilitan a la Sala Constitucional para ejercer el control de convencionalidad. En efecto, el art. 1o. establece que “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación...”. El art. 2o., por su parte, dispone que “Le corresponde

específicamente a la jurisdicción constitucional: a)...b) ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”.

De la lectura de ambas normas se desprende que nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra un auténtico control de convencionalidad, solo que se utilizan los diversos procesos de control de constitucionalidad para ejercerlo.

VII. CONCLUSIONES. La primera conclusión es que nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional fue el primer código en nuestra materia en el ámbito latinoamericano, pues constituye un cuerpo normativo sistemático que regula los diferentes institutos procesales que integran nuestra materia. En la primera parte contiene normas generales que consagran una auténtica jurisdicción especial, sujeta a principios procesales propios. Verbigracia, la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisdicción constitucional, la competencia de la Sala Constitucional para autodeterminar su propia competencia, la potestad de anular sus propias resoluciones de oficio, etcétera.

En segundo lugar, la jurisdicción procesal constitucional es una de las más amplias que existen en el derecho comparado, prácticamente abarca todos los institutos procesales conocidos en la materia.

En tercer lugar, pareciera necesaria una reforma a corto plazo para eliminar el monopolio de la Sala Constitucional y crear tribunales especializados en materia de *hábeas corpus* y amparo, de manera que la Sala siga ejerciendo el control de constitucionalidad en sus diversas modalidades, la jurisdicción constitucional orgánica y el control de convencionalidad. En la actualidad, la Sala no puede resolver con profundidad jurídica y prontitud la cantidad excesiva de recursos que recibe, lo que ha implicado, en la *praxis*, que haya sacrificado la calidad en aras de la cantidad de recursos resueltos. Además, los tiempos de resolución lógicamente se han ensanchado en detrimento de una justicia pronta y cumplida.

Y es sabido que una jurisdicción constitucional lenta, deja de ser tal, pues la tutela de los derechos fundamentales debe ser inmediata.

Rubén Hernández Valle

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (DURANGO)

Debido a que en el estado de Durango, a lo largo de su historia constitucional, no se creó un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, sino hasta 2013, es lógico suponer, y de hecho así ha sucedido, que no hubo un desarrollo del derecho procesal constitucional, ni en el aspecto dogmático ni en el aspecto práctico procesal.

En efecto, al hacer un repaso del contenido de sus Constituciones nos podemos dar cuenta de que en las asambleas constituyentes no se tuvo la concepción de consagrar un sistema en el que se previera qué órgano u órganos judiciales se encargarían de realizar la defensa del principio de supremacía

constitucional ni a través de qué medios, pues la atención se centró en otros temas, por lo que se ha hecho uso de instrumentos como el amparo federal para llevar a cabo la defensa de la ley fundamental local. No obstante, hubo la oportunidad de hacerlo con la propuesta que se hizo en 1999, pero al año siguiente solo se consagraron disposiciones aisladas que no constituyeron un sistema.

El estado de Durango surgió como entidad federativa el 22 de mayo de 1824, y reafirmó su estatus en la Constitución federal de ese mismo año. En calidad de estado de la Federación mexicana expidió su primera Constitución en 1825, en la que se estableció la división de poderes y un Congreso bicameral que tenía la atribución de interpretarla y hacer su defensa mediante el procedimiento de responsabilidades en el que tenía intervención el Consejo de Gobierno. Como consecuencia de que los centralistas tomaron el poder, la Constitución federal dejó de tener vigencia, y por tanto, también las Constituciones locales, sin embargo, una vez que retomaron el mando los federalistas, entró en vigor nuevamente la Constitución de 1825, pero por reformas de gran trascendencia fue que desaparecieron el Senado local, el cargo de vicegobernador y el Consejo de Gobierno, aunado a que se creó el llamado Poder Electoral, se expidió la Constitución Reformada de Durango de 1847, durante su vigencia se utilizó por primera vez el padrón electoral. Luego en 1857, como resultado de la Revolución de Ayutla se expidió otra Constitución, por lo que Durango hizo lo propio y consagró asimismo un catálogo de derechos fundamentales, además se modificaron algunos aspectos en cuanto a la integración de los poderes públicos. En 1863, se expidió la Constitución más liberal, en la que se invocó ya no a “Dios todopoderoso”, sino a la “razón augusta”, y se reguló el procedimiento de responsabilidades. Finalmente, en 1917 se creó la Constitución vigente, respecto a la cual dirigiremos los comentarios que restan.

A la Constitución Política local en vigor se le han hecho múltiples reformas, de las cuales dos han sido integrales, la de 1973 y la de 2013. Como se mencionó con antelación, fue en 2000 cuando se consagraron algunas disposiciones aisladas sobre el control de constitucionalidad, como el art. 96, frac. XI constitucional, que dio competencia al Tribunal Superior de Justicia para resolver los conflictos que surgieran entre los ayuntamientos y los poderes del estado, con excepción de las controversias constitucionales previstas en el art. 105, frac. I, inciso *i*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tal virtud, se impulsó la creación de un sistema de control de constitucionalidad, incluso antes que Veracruz; empero, no tuvo eco la propuesta, y solo se consagró en la norma en términos muy generales que el Tribunal Superior de Justicia sería el encargado de hacer la defensa de la Constitución, lo cual era por sí mismo importante, pero no hubo un cúmulo de disposiciones que consagraran un conjunto de medios de control de constitucionalidad, además en relación con la disposición constitucional antes citada no se legisló al respecto.

En 2013, como producto de la reforma integral a que se ha hecho alusión, fue cuando se estableció un sistema que comprende principios, instituciones

y medios de control de constitucionalidad, lo cual constituyó un significativo avance para el constitucionalismo duranguense, es decir, se creó una “Sala de Control Constitucional” compuesta por tres magistrados, así como diversos medios de control de constitucionalidad.

Para su expedición hubo una consulta ciudadana, que duró varios meses, y en el tema que nos ocupa, primero se trabajó en su inclusión en la convocatoria, puesto que inicialmente no lo contenía en forma expresa; después en el modo de consagrarlo en la Constitución Política local.

La propuesta más técnica consistió en que fuera un órgano extrapoder e integrado por profesionales del derecho especializados en la materia, sin embargo, se adujeron razones presupuestales para que fuera una Sala del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial y que miembros del mismo serían quienes la integraran, lo cual así quedó establecido en el texto constitucional.

En cuanto a los medios de control de constitucionalidad, se consagraron los siguientes: *a)* Las controversias constitucionales, que tienen por objeto “resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes instancias y niveles de gobierno, con excepción en la materia electoral...”; *b)* Las acciones de inconstitucionalidad, cuyo objeto es “plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general, estatal o municipal”, y la Constitución local, y *c)* Las acciones por omisión legislativa “cuando se considere que el Congreso del Estado o algún Ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté mandatado emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento...” de la Constitución.

Hasta el momento de redactar estos comentarios no se ha expedido el código procesal constitucional, respecto del cual no se hizo alusión expresa en los artículos transitorios de la reforma constitucional aludida, sino que genéricamente se dijo que para expedir la legislación reglamentaria por parte del Congreso estatal se concedía un plazo de hasta tres años, salvo la ley que regularía al Instituto de Evaluación de Políticas Públicas, que se expediría en noventa días, y la que regularía a la Comisión Anticorrupción, que sería de 180 días posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley Federal correspondiente.

Finalmente, como disciplina autónoma, el derecho procesal constitucional, solo hasta la primera década del siglo XXI se incluyó dentro de los planes de estudio de la carrera de derecho, así como en los estudios de posgrado en las diferentes universidades de la entidad federativa; sin embargo, se han dirigido predominantemente al derecho procesal constitucional federal. No obstante, luego de la reforma constitucional mencionada, es de esperarse que se enfoquen también al estudio del derecho procesal constitucional estatal y que se desarrolle doctrina propia del estado de Durango.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ECUADOR)

En el Ecuador el desarrollo del derecho procesal constitucional puede situarse en el siglo XXI, con esta denominación y su depurado contenido. Desde luego, no fueron desconocidos —en la segunda mitad del siglo XX— los mecanis-

mos procesales de carácter específico que eran necesarios para interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley u otras normas jurídicas o bien para exigir el cumplimiento de las llamadas “garantías constitucionales” que englobaban a los derechos fundamentales y a las garantías jurisdiccionales.

En efecto, cuando por vez primera en el Ecuador se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la carta magna de 1945 —de poca duración— y se lo reafirma en la Constitución de 1967 (y en las posteriores), podemos decir que echaron raíces los procesos de carácter constitucional que necesitaron de leyes específicas para su adecuada regulación.

A este ordenamiento jurídico que fue surgiendo —a partir de la norma constitucional— con sus procedimientos ante la jurisdicción constitucional y también ante la ordinaria, se la recogió en la denominada justicia constitucional, materia de común aceptación en nuestro medio bajo la influencia de España y Latinoamérica. El autor de este artículo publicó su *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* en 2004, dentro de una serie de obras auspiciadas por la Unión Europea y la Universidad Carlos III de Madrid, bajo el epígrafe de *Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*. Además, todos recordaremos que Kelsen concibió a la justicia constitucional como la garantía jurisdiccional de la Constitución.

Sobra decir que en el Ecuador la disciplina jurídica de derecho procesal constitucional no ha logrado afianzarse por la inestabilidad político-constitucional. La actual Constitución de 2008 ha ampliado las acciones de inconstitucionalidad y sobre todo las garantías jurisdiccionales, materias recogidas en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (véase Corte Constitucional del Ecuador).

En esta sección nos referiremos a las garantías jurisdiccionales, instrumentos protectores de los derechos humanos a los cuales la Constitución vigente buscó fortalecer, incluso aumentó a seis su número, cosa que no era indispensable, pues la garantía del amparo puede abarcar a otras. Cuatro de estas garantías se inician y resuelven ante jueces ordinarios, vale decir, ante jueces que no tienen la especialidad necesaria (la procesal constitucional); cuestión que acusa deficiencia. Veámoslas.

Acción de *habeas corpus*: esta tradicional garantía —elevada a rango constitucional en 1929— está concebida con los parámetros amplios que le da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, no solamente protege la libertad física de la persona, sino también su integridad y la vida misma de quien está privado de libertad. Si se verifica la existencia de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, el juez puede disponer la libertad y adoptar otras medidas (art. 89). Esta acción se la presenta ante un juez ordinario; anteriormente se la hacía ante la primera autoridad municipal (alcaldes).

En posibles casos de desaparición forzada —y bajo ciertos indicios—, el juez debe convocar a una audiencia al representante máximo de la policía nacional y al ministro competente para escuchar y adoptar las medidas que permitan ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad (art. 90).

Acción de *habeas data*: conoce el juez que sale sorteado —de modo general—. Tiene el contenido que la doctrina le confiere: el derecho de una

persona a conocer la existencia y acceder a los documentos, bancos de datos, archivos, datos genéticos, informes sobre sí o sobre sus bienes, los cuales pueden reposar en instituciones públicas o privadas, en soporte material o electrónico. También la persona puede conocer el uso y otros aspectos, y solicitar la actualización de los datos, o pedir la rectificación o eliminación y puede demandar por los perjuicios causados (art. 92). El Ecuador introdujo el *hábeas data* en las reformas constitucionales de 1995, junto con el amparo.

Acción de protección, denominación que la actual Constitución da al amparo, acción que debe conocer un juez ordinario, y como corresponde a su naturaleza, busca evitar la violación de derechos fundamentales no solo por actos u omisiones de autoridad pública, sino también de personas particulares. Este último punto ha sido ampliado en este texto constitucional (art. 88). Otra novedad es que esta acción puede interponerse contra políticas públicas (cuestión que entraña riesgos).

Se debe señalar que la acción de protección (o amparo), tal como está establecida en la norma constitucional, es amplia, no determina límites; sin embargo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional procede en forma arbitraria a recortar su alcance y la reduce a los casos en que no exista otra vía judicial, razón por la cual se rechazan constantemente las acciones de protección, y los jueces disponen acudir a la vía contencioso administrativa, donde un litigio dura aproximadamente entre tres y cinco años. Obviamente, en estas condiciones no existe el recurso a una acción expedita, sencilla y rápida que exige el art. 25 de la Convención Americana sobre DD.HH.

Acción extraordinaria de protección (amparo). Es una nueva y controvertida acción establecida en dos preceptos constitucionales que no coinciden (arts. 94 y 437), que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional en contra de sentencias o autos definitivos (también de “resoluciones con fuerza de sentencia”, según art. 437) que violen “por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución” (art. 437), lo que le da un contenido amplio que permite el abuso de esta acción, no obstante los requisitos exigidos por las normas constitucionales en particular, el que el actor haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que no los haya podido interponer por motivos ajenos a la negligencia.

El art. 437 de la Constitución señala expresamente que esta acción extraordinaria de protección la pueden presentar los ciudadanos en forma individual o colectiva. Esta acción trajo consigo una acumulación de procesos en la Corte Constitucional, de juicios que anteriormente concluían con el recurso de casación ante la Corte Nacional (ex Corte Suprema), lo que significa una duración mayor de los litigios; un cambio del concepto de cosa juzgada, entre otras complicaciones. Vale anotar que los países que tienen el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no son casos similares, porque el sistema de amparo que tienen aquellos países es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador ha tenido una acción de amparo, hoy de protección, demasiado amplia, y que tal vez por eso mismo lo limitó la ley pertinente sentando el mal ejemplo de atropellar a la Constitución.

La acción por incumplimiento (que no es la DE incumplimiento), debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional. Tiene dos aspectos: el primero

es ambiguo, al tenor del art. 93 busca “garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico”, expresión enormemente dilatada (piénsese lo que es el sistema jurídico según la teoría del derecho). Aquí, el texto constitucional trae también dos preceptos no coincidentes (al igual que en la acción extraordinaria de protección), el art. 436.5 ya no habla del sistema jurídico, pero confunde más al agregar —junto a la aplicación de normas— a los actos administrativos de carácter general, y para normas y actos administrativos señala “cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”.

El segundo aspecto es claro, se refiere a solicitar a la Corte el cumplimiento de las sentencias o de los informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos “que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”. Este aspecto es altamente positivo, pues va a permitir un pronto cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las recomendaciones que traen los informes de la Comisión Interamericana; al igual que se debe velar por el cumplimiento de otros informes expedidos por los comités creados en el ámbito de Naciones Unidas para la vigencia de los derechos y libertades.

Acción de acceso a la información pública: garantiza dicho acceso en los casos en que no se permita conocer la información o ésta se entregue de manera incompleta o no sea fidedigna. Incluso si fuera negada alegando el carácter secreto, reservado o confidencial; al respecto, la norma constitucional señala que ese carácter reservado de la información debe ser hecho por autoridad competente y de acuerdo con la ley, y siempre con anterioridad al pedido (art. 91). La acción será interpuesta ante los jueces ordinarios.

Como se observa, solamente dos acciones se interponen directamente ante la Corte Constitucional. Sin embargo, los jueces deben remitir a la Corte todas las sentencias que hayan dictado en estas materias para que la Corte, luego de una selección, retome los casos emblemáticos y los revise con fines de emitir jurisprudencia vinculante.

Hernán Salgado Pesantes

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (EL SALVADOR)

El sistema procesal constitucional salvadoreño está previsto de modo expreso en la Constitución y desarrollado por la Ley de Procedimientos Constitucionales (Pr. Cn.), de 1960, aunque desde hace al menos tres quinquenios se insiste en la necesidad de afrontar una importante reforma al mismo.

En el sistema procesal constitucional salvadoreño conviven herramientas propias del sistema difuso, *v. gr.* declaratoria de inaplicabilidad en caso concreto (art. 185), como del sistema concentrado, *v. gr.* la declaratoria de inconstitucionalidad (art. 183): en efecto, a partir de la década de los cincuenta del siglo XX existe en El Salvador la tendencia a la especialización procesal, tanto funcional como orgánica, al grado que el ámbito de competencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) comprende la totalidad (aunque no en exclusiva) de los procesos constitucionales previstos en el sistema jurídico salvadoreño: a) control previo en caso de controversias

entre los órganos legislativo y judicial en el proceso de formación de la ley; b) proceso de inconstitucionalidad; c) proceso de amparo, y d) proceso de *habeas corpus* o de exhibición de la persona (en este último caso, la SCn/CSJ tiene competencia concurrente con las cámaras de segunda instancia que no residen en la capital).

En El Salvador, sobre la base del art. 185, todo juez tiene la *potestad de inaplicabilidad de una disposición* que, siendo relevante y determinante para el pronunciamiento de una decisión judicial, se estime contraria a la normativa constitucional. Dicha potestad está regulada en los (arts. 77-A a 77-F de la Pr. Cn), determinando los siguientes elementos: a) órgano de control, que son todos los tribunales, esto es, entes investidos de potestad jurisdiccional; b) *objeto de control*: que a pesar de la aparente limitación constitucional a disposiciones de carácter general, es factible que se trate de un acto concreto; c) *origen del control*: que puede ser a instancia de parte o de oficio; d) *ocasión de control*: que puede ser con motivo de una decisión de trámite en el proceso, o como parte de la sentencia que termine el proceso; e) *forma de control*: en el sentido que existe expresa exigencia de motivación, y f) *efectos del control*: que pueden bifurcarse en subjetivos, que son interpartes, y objetivos, en tanto la declaratoria de inaplicabilidad puede dar origen a un proceso de inconstitucionalidad.

A) Si bien no está regulada en la Pr. Cn., desde 1939 existe un control *a priori* de constitucionalidad, aunque más bien es un mecanismo de solución de *controversia entre los órganos legislativo y ejecutivo en el proceso de formación de la ley*, el cual se genera si el presidente de la República veta por inconstitucional un decreto aprobado por la Asamblea Legislativa y esta supera el veto por mayoría legislativa calificada de dos tercios de votos de los diputados (sobre este procedimiento, véanse arts. 135 a 138). En tal hipótesis, el presidente acude a la SCn/CSJ, para que esta, luego de conceder audiencia común a los órganos en conflicto, resuelva (en el plazo de 15 días) si el decreto legislativo vetado es inconstitucional: si se decide que existe la inconstitucionalidad, se frustra el proceso de formación de ley, y si la decisión es que no existe la inconstitucionalidad alegada por el presidente de la República, este queda obligado a sancionar el decreto y publicarlo como ley.

B) El proceso de inconstitucionalidad (art. 183) es un mecanismo de control de constitucionalidad de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, caracterizado —en principio— por su naturaleza abstracta, con la finalidad específica de depuración del ordenamiento, en el sentido de excluir del ordenamiento aquellas disposiciones y normas que contraríen la Constitución, y que puede iniciarse por tres vías: a) legitimación ciudadana, en tanto puede ser ejercida por “cualquier ciudadano”; b) legitimación institucional, conferida a las instituciones que integran el Ministerio Público (Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), y c) requerimiento judicial (aunque es discutible si efectivamente se trata de un supuesto de legitimación), que consiste en la remisión a la SCn/CSJ, por cualquier juez, de certificación de una decisión judicial contentiva de una declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto.

El trámite del proceso de inconstitucionalidad (arts. 6 a 11 Pr. Cn.) comprende, en esencia, las siguientes fases: a) presentación de demanda o remisión de certificación de declaratoria de inaplicabilidad; b) incidente de admisión de demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevención al demandante para que aclare aquélla; c) admisión de demanda; d) informe de autoridad emisora de la disposición impugnada; e) opinión del fiscal general de la República; f) muy escasamente, la práctica de medios probatorios; g) sentencia, y h) publicación de la sentencia (aunque el proceso puede concluir, de modo anormal, mediante decisión inhibitoria que se denomina sobreseimiento).

C) La vía de control constitucional de naturaleza concreta que tiene mayor presencia es el *proceso de amparo*, el cual es de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, y cuyo ámbito de protección se extiende a todos los derechos que otorga la Constitución (con excepción del derecho de libertad personal, que es tutelado por el *hábeas corpus*); noción que comprende, más bien, cualquier categoría jurídica subjetiva consagrada en la Constitución, sin importar su ubicación en el texto constitucional, e inclusive comprende intereses pluririndividuales (intereses colectivos y difusos).

Las fases procesales del amparo (arts. 12 a 37 Pr. Cn.) son, básicamente: a) iniciación por demanda, planteada por quien se atribuya la calidad de agraviado por el acto impugnado, que puede ser cualquier acto u omisión de autoridad estatal, inclusive leyes o disposiciones de carácter general, y además, de modo pretoriano y excepcionalmente existe la posibilidad de impugnar actos de particulares); b) incidente de admisión de la demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevenciones al demandante por deficiencias u oscuridad de la demanda; c) admisión de demanda; d) incidente sobre medida cautelar; e) informe justificativo de la autoridad demandada; f) primera fase de alegaciones escritas; g) fase probatoria, de ser necesario, por ocho días; h) segunda fase de alegaciones escritas, y j) sentencia (aunque puede concluir de modo anormal, por sobreseimiento).

D) Como instrumento procesal constitucional específico para la protección de la libertad personal existe el *proceso de exhibición de la persona o hábeas corpus*, destinado a la protección de la libertad personal (básicamente, la libertad ambulatoria) y la dignidad de las personas detenidas; aunque, tanto legalmente como en la *praxis* muestra perfiles imprecisos, que hacen que este proceso opere, en mucho, como un recurso extraordinario en materia penal, al grado que se han generado una multiplicidad de variantes, *inter alia*: clásico o principal, restringido, preventivo, correctivo, de legalidad, de pronto despacho, contra particulares, y de búsqueda.

Las fases de este proceso son, en esencia: a) iniciación por petición escrita; b) emisión de auto de exhibición de la persona, cuyo cumplimiento se comete a un juez ejecutor (que es un particular); (c) ejecución de auto de exhibición de la persona por el juez ejecutor; (d) informe de juez ejecutor, que no es vinculante para la SCn/CSJ, e) requerimiento de expediente penal; y f) decisión.

S. Enrique Anaya

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ESTADO DE MÉXICO)

Las entidades federativas han tenido un desarrollo notable en materia de protección y defensa de sus ordenamientos supremos. En el Estado de México, fue a partir de 2004 cuando se incorporó al texto constitucional el art. 88 bis, que comprende el funcionamiento de la Sala Constitucional como órgano encargado del control de la constitucionalidad.

El Estado de México ha adoptado la tendencia actual de la justicia constitucional local, hecho que le permite garantizar la protección y defensa de los derechos fundamentales al mismo tiempo que de su Constitución. En 2004 se creó una Sala Constitucional Mediante decreto publicado el 12 de julio de 2004 en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de México*, que forma parte del Poder Judicial estatal (Tribunal Superior de Justicia), motivo que implicó llevar a cabo reformas a los arts. 88 y 94 de la Constitución local, y la adición del art. 88 bis. “Artículo 94. El Pleno estará integrado por todos los magistrados; la Sala Constitucional, por cinco magistrados; las Salas Colegiadas, por tres magistrados cada una; y las Unitarias, por un magistrado en cada Sala”.

De esta forma, el art. 88 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dispone:

“El ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en:

a) Un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, el cual funcionará en Pleno, *Sala Constitucional*, Salas Colegiadas y Unitarias Regionales;

b) En tribunales y juzgados de primera instancia y juzgados de cuantía menor; organizados de acuerdo a su competencia establecida en las leyes secundarias. Los órganos jurisdiccionales aplicarán las leyes federales, tratándose de jurisdicción concurrente”.

Con base en esta disposición, la Sala Constitucional se encarga de velar por el respeto de la constitucionalidad en el Estado de México. Llama la atención que esta Sala se integre por cinco magistrados del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mismos que son designados por el Consejo de la Judicatura del Estado de México. Esta Sala elige anualmente en forma alterna entre sus miembros un presidente.

Como dato ilustrativo, la Sala Constitucional se integra cada vez que se requiere; inicia sus funciones a más tardar tres días después a la fecha de presentación del escrito de demanda y está en funciones hasta agotar el trámite de los asuntos de su competencia.

Sobre esto último, el art. 88 bis señala que la Sala Constitucional es competente para:

“I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución;

II. Substanciar y resolver los procedimientos en materia de controversias que se deriven de esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, surgidos entre:

a) El Estado y uno o más Municipios;

b) Un Municipio y otro;

c) Uno o más Municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado;

d) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del Estado.

III. Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general por considerarse contrarios a esta Constitución, y que sean promovidos dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial correspondiente, por:

a) El Gobernador del Estado;

b) Cuando menos el treinta y tres por ciento de los miembros de la Legislatura;

c) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de un Ayuntamiento del Estado;

d) La o el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, en materia de derechos humanos.

IV. La Sala Constitucional conocerá de los recursos ordinarios en contra de resoluciones judiciales definitivas en donde se inapliquen normas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de la convencionalidad, en los términos que señale la ley”.

Es oportuno señalar que cuando las resoluciones dictadas en los procesos descritos líneas arriba son aprobados por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y declaran la invalidez de disposiciones generales del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o de los municipios, tienen efectos generales; en los demás casos tienen efectos particulares.

Aun en contra de las resoluciones de la Sala Constitucional, la misma Constitución local faculta a los sujetos legitimados para interponer el recurso de revisión, que será resuelto por la propia Sala, y para su aprobación se requerirá de unanimidad de votos.

Como es sabido, la justicia constitucional local y los medios de control que la componen, únicamente tienen como finalidad establecer el control de la constitucionalidad en el territorio de la entidad federativa de que se trate; por ello, para el caso de que la controversia o acción de inconstitucionalidad verse sobre la constitucionalidad de actos, o presunta violación o contradicción de preceptos constitucionales federales, se estará a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde la creación de la Sala Constitucional del Estado de México hasta la fecha esta ha sufrido una importante reforma, en donde se contempla la aplicación y resolución de las controversias derivadas de la inaplicación de disposiciones legales, por considerarse contrarias a la Constitución. De modo que la Sala Constitucional conocerá de aquellos recursos ordinarios que por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad se interpongan.

La justicia constitucional mexiquense ha quedado limitada, además de ser insuficiente para garantizar la supremacía y control de su Constitución, en muy variados aspectos. Recordemos que la justicia constitucional tiene dos vertientes: una, el respeto y cumplimiento de la Constitución, y otra, la protección y defensa de los derechos fundamentales. Por lo que respecta al primero, solo se establecieron la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, que resultan insuficientes, ya que las sentencias —las primeras— que declaren la invalidez solo tendrán efectos generales tratán-

dose de disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios cuando sean emitidas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y en cualquier otro caso, las resoluciones tendrán efectos única y exclusivamente para las partes en la controversia. Y en las acciones de inconstitucionalidad las resoluciones de la Sala Constitucional solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando sean aprobadas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala. Si no se aprobarán por la mayoría indicada, la Sala Constitucional desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto. De este modo, se permite que se continúe aplicando una ley inconstitucional para el resto de la población hasta en tanto no se promueva otro procedimiento.

A eso se suma el funcionamiento temporal de la Sala Constitucional. Es inconcebible que un órgano de esta naturaleza solo se integre al momento de presentarse un procedimiento, cuando se supone que es el órgano máximo de interpretación y defensa de la Constitución; además, los magistrados carecen de una adecuada formación académica y profesional para desarrollar esta importante función, pues son los mismos magistrados que como actividad cotidiana resuelven asuntos de naturaleza penal, civil, etc.; es decir, son expertos en justicia ordinaria, no así en justicia constitucional.

Además, la legislatura local omitió (voluntaria o involuntariamente) dotar de acciones a los individuos para acudir a la Sala Constitucional, a reclamar protección y defensa a sus derechos fundamentales, ya que constitucionalmente solo facultó a las mismas autoridades para promover estos medios de control de la constitucionalidad, dejando en estado de indefensión a los ciudadanos.

Después de esta somera referencia a la forma en que opera el derecho procesal constitucional en el Estado de México, podemos adentrarnos en el estudio de los pormenores científicos de la cuestión que nos ocupa.

Para poder conceptuar al derecho procesal constitucional, sin contradecir las opiniones de algunos autores, entre ellos, Domingo García Belaúnde, quien en su obra *Derecho procesal constitucional* contempla la imposibilidad de crear un concepto que adopte todas y cada una de las modalidades que sobre regulación en materia de defensa a la Constitución de cualquier país pueda entrar en su ámbito., podemos afirmar que este derecho abarca aspectos sociales, culturales y sociales que van más allá de las simples reglas u ordenamientos jurídicos que al respecto se puedan expedir en materia de protección y defensa de una Constitución. Al respecto, es importante resaltar que la defensa de la Constitución debe ocupar un espacio de primera importancia en el quehacer del Estado.

El derecho procesal constitucional local se integra por todos aquellos medios e instrumentos de carácter jurídico procesal que hacen posible mantener la supremacía de la Constitución y la salvaguarda de los derechos humanos en una entidad federativa determinada. En el Estado de México tenemos a la acción constitucional y a la controversia constitucional, como instrumentos para garantizar el respeto y la supremacía de los principios consagrados en el ordenamiento que articula el sistema jurídico estatal.

Enrique Uribe Arzate

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (GUERRERO)

El derecho procesal constitucional guerrerense es prácticamente inexistente. No existen ni los tradicionales medios procesales reconocidos para el control constitucional ni el órgano encargado de dicho control.

Los mecanismos de naturaleza procesal que podrían encajar en la idea de un derecho procesal constitucional guerrerense son el recurso extraordinario de exhibición de personas y la resolución de conflictos municipales. El primero a cargo de jueces de primera instancia, y el segundo a cargo del Tribunal Superior de Justicia.

En el primer caso, en el estado de Guerrero, la revisión del derecho procesal constitucional pasa por el abordaje al sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, porque precisamente en la reforma constitucional y legal que lo instaura encontramos el primigenio antecedente de un sistema de control constitucional. En su momento fue una novedosa reforma constitucional, promulgada en septiembre de 1990; en ella, adelantándose a la reforma federal en el rubro, se crea en Guerrero una comisión estatal de derechos humanos, que viene a ejercer las facultades que hasta ese momento desarrollaba el Visitador General de la Procuraduría General de Justicia. Lo relevante es que la iniciativa señalaba que “para complementar los medios tutelares de las garantías constitucionales, la enmienda previene que la Ley reglamente el recurso extraordinario de exhibición de personas para hacer que los juzgadores pongan fin en brevísimo lapso a las detenciones ilegales que lleven a cabo, en su caso, los agentes públicos”. Dicha iniciativa se concretó con la reforma al art. 76 bis, en el cual se señaló que “La ley que cree y organice la Comisión garantizará su autonomía técnica; establecerá el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas; regirá la prevención y castigo de la tortura cuando presuntamente sean responsables los servidores a que se refiere el párrafo anterior; definirá las prioridades para la protección de los derechos humanos entratándose de indígenas; internos en centros de readaptación social; menores de edad y mujeres de extrema ignorancia o pobreza; e incapaces; y reglamentará el recurso extraordinario de exhibición de personas”.

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano, y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo-hábeas corpus, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales. Esto sirve para señalar que, además de este instrumento, la Constitución guerrerense carece de un apartado específico o de un catálogo de derechos humanos, y también carece de garantías.

Finalmente, entre los puntos que deben abordarse al hablar del derecho procesal constitucional en Guerrero debe mencionarse la reforma constitu-

cional de julio de 2004, que vino a modificar las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia, confiriéndole una específica para conocer de ciertas controversias “constitucionales”.

Entre los diversos considerandos de la mencionada reforma se señala que la iniciativa de decreto enviada por el Ejecutivo local había omitido algunos aspectos indispensables para adecuar la Constitución local al contenido del art. 115 de la Constitución federal. En lo que nos interesa se mencionaba: “La iniciativa de decreto no contiene propuesta alguna sobre el órgano competente para resolver las controversias que surjan entre el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos o entre un ayuntamiento con otro, en términos de lo dispuesto por el inciso e) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución federal, razón por la que, se considera de la mayor importancia, establecer en el texto de la Constitución del Estado qué órgano es el competente para resolver este tipo de controversias. En tal sentido, se propone reformar la fracción V del artículo 89, con el fin de otorgar facultades al Tribunal Superior de Justicia del Estado, para resolver las controversias que se presenten en esa materia. Lo anterior, en razón de que debe corresponder al órgano jurisdiccional de mayor rango en el ámbito estatal, el dar solución a los litigios entre esos dos ámbitos de gobierno”.

A pesar de que no estamos en presencia de un estricto control constitucional, sobre todo atendiendo el contenido del art. 115 de la Constitución federal, lo cierto es que encontramos el posicionamiento del Tribunal Superior de Justicia como un órgano encargado de resolver jurisdiccionalmente conflictos derivados de la interpretación de un mandato constitucional entre órganos constitucionales. La modificación constitucional que tratamos modificó el art. 89 de la Constitución local, para que en su frac. V señalara que correspondía al Tribunal Superior de Justicia del Estado resolver los conflictos que se presentan entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquellos, con motivo de los actos derivados de los incisos c y d de la frac. II del art. 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No debe dejar de mencionarse que desde 2004 se han presentado diversas iniciativas para reformar de manera integral la Constitución guerrerense, sin que hasta la fecha se haya logrado dicha reforma. Las distintas iniciativas han presentado modelos de control constitucional a cargo de una corte o tribunal constitucional, que conocería de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, cuestiones previas de constitucionalidad, omisiones legislativas, juicio de protección de derechos humanos, acciones de cumplimiento, habeas data, entre otras.

David Cienfuegos Salgado

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (MÉXICO)

El derecho procesal constitucional mexicano tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas en la carta fundamental vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores. Consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales:

A) *El juicio de amparo*. Debemos considerarlo como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo. En el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos (arts. 103 y 107 de la Constitución federal).

B) *Las controversias constitucionales*. Las posibilidades de controversia previstas por la Constitución, cuyo conocimiento y resolución corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el jurista mexicano y actualmente ministro de la Suprema Corte, José Ramón Cossío Díaz, pueden agruparse en tres hipótesis: I) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, la Federación frente a un estado o frente al Distrito Federal); II) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión), y III) conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, o entre un estado y un municipio del mismo estado). Finalmente, por reforma constitucional de febrero de 2014 también se prevén los conflictos entre dos órganos constitucionales autónomos, o entre uno de ellos y un órgano de un orden jurídico (Poder Ejecutivo y Congreso de la Unión), sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales (art. 105, frac. I, incisos a) al l) de la Constitución federal).

C) *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. Esta garantía constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia, debe considerarse como una acción de carácter “abstracto”, es decir, tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico. Tiene por objeto el planteamiento de una posible contradicción entre una norma general y la Constitución. Se encuentran legitimados para interponerla: las minorías parlamentarias federal y locales, el Ejecutivo Federal, los partidos políticos, las Comisiones de Derechos Humanos, nacional, estatales y del Distrito Federal, los organismos garantes del derecho del acceso a la información pública y protección de los datos personales, así como el actual Fiscal General de la República (art. 105, frac. II, incisos a) al h) de la Constitución federal).

D) *El control de la constitucionalidad de las consultas populares*. Por adición de agosto de 2012 se incorporó al art. 35 de la Constitución la *consulta popular*, la cual versa sobre temas de trascendencia nacional, y tiene la limitante sobre la restricción de los derechos humanos, principios relativos a la forma de gobierno, materia electoral, ingresos y gastos del Estado, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente. El control de la constitucionalidad de la materia de la consulta corresponde a

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previo a la convocatoria del Congreso de la Unión.

E) *Revisión de decretos sobre restricción o suspensión de derechos y garantías.* De conformidad con el art. 29, párrafo quinto de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se debe pronunciar de oficio con la mayor prontitud, sobre la constitucionalidad y validez de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos y garantías.

F) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.* Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996 debe considerarse como un mecanismo paralelo del juicio de amparo, en su función principal de protección de los derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución corresponde a las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este juicio, los ciudadanos plantean violaciones a sus derechos de votar y ser votados en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos; adicionalmente, a través de este juicio se puede impugnar la integración de las autoridades electorales de las entidades federativas por quien cuente con interés jurídico (arts. 99, frac. V de la Constitución federal, 189, frac. I, inciso e), 195, frac. IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

G) *El juicio de revisión constitucional electoral.* Este instrumento fue introducido por el art. 99 constitucional y por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral con objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas. Su conocimiento corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores y de jefe de Gobierno del Distrito Federal, y a las salas regionales por actos o resoluciones definitivos y firmes con motivo de las elecciones de diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de ayuntamientos y de los titulares de los órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (arts. 99, frac. IV, de la Constitución federal; 189, frac. I, inciso d), 195, frac. III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

H) *El juicio político.* Esta figura se inspira en cierta medida en el *impeachment* de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, de acuerdo con el cual corresponde al Senado Federal el enjuiciamiento de los altos funcionarios de los tres órganos de gobierno, por infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución federal. En México, el art. 110 de la Constitución establece que pueden ser sujetos de juicio político, entre otros, los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de circuito y jueces de distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, y los in-

tegrantes de los órganos constitucionales autónomos; así también establece el régimen de los altos funcionarios de los estados y del Distrito Federal.

I) *Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del ombudsman.* A través de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de las comisiones equivalentes en las entidades federativas, el Estado mexicano se estableció un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos (art. 102-B de la Constitución). Compete a la Comisión Nacional, según el art. 6o. de la ley que la regula, las siguientes atribuciones: a) quejas, investigación y supervisión sobre violación a los derechos humanos; b) formular recomendaciones públicas no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; c) actuar en última instancia respecto de las comisiones estatales; d) la promoción y difusión respecto de los derechos humanos; e) llevar a cabo la facultad de investigación por violaciones graves. Existen dos limitaciones competenciales para la Comisión, a saber, en materia jurisdiccional y electoral.

J) *La responsabilidad patrimonial del Estado.* Esta garantía fue introducida mediante la reforma constitucional de junio de 2002 al art. 113, párrafo segundo, en la que se establece que el Estado será responsable por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa irregular. La responsabilidad será objetiva y directa, teniendo derecho los particulares a una indemnización.

K) *Garantías constitucionales de las entidades federativas.* Hasta hace muy pocos años el derecho procesal constitucional solo se había desarrollado en el ámbito federal; no obstante, una de las consecuencias del pluralismo que se inició con la reforma federal constitucional de 1988 y que se incrementó de manera paulatina con los cambios de 1995 y 1996, se tradujo en una modificación, así sea atenuada, del agobiante centralismo político y jurídico de nuestro régimen federal, lo que se ha traducido en una creciente autonomía de las facultades de las autoridades frente a la Federación. En 2000 se reformó sustancialmente la carta fundamental del estado de Veracruz, y se introdujeron los primeros instrumentos para tutelar las normas constitucionales de carácter local, tales como el juicio de protección de los derechos fundamentales (derecho de amparo local), el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la acción por omisión legislativa y las cuestiones de constitucionalidad. También podemos citar, entre otros, los casos de Querétaro, Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León, Estado de México, Nayarit y Yucatán.

Héctor Fix-Zamudio

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (MICHOACÁN)

En el estado de Michoacán, desde su primera Constitución de 1825, como en las subsecuentes (1858 y 1918), se han establecido medios para tratar de garantizar el apego a lo establecido en el texto de dichas normas constitucionales locales; es decir, que desde sus inicios ha existido un control de la consti-

tucionalidad, que se ha traducido en un cierto derecho procesal constitucional local michoacano, que ha establecido diversos procedimientos encaminados al logro de tal fin.

En una primera etapa, el control de la constitucionalidad local se asignaría por las Constituciones michoacanas (1825, 1858 y 1918) básicamente a los poderes Legislativo y Ejecutivo locales, y posteriormente, en épocas más recientes se incluiría también en este control a otros órganos tanto de carácter jurisdiccional como a órganos constitucionales autónomos locales. Así, por ejemplo, en la primera Constitución Política del Estado de Michoacán, del 19 de julio de 1825, se establecería que el estado de Michoacán estaría obligado a respetar como sagrados e inviolables los derechos de los hombres de cualquier país del mundo que pisaran su terreno aunque solo fuera de tránsito (art. 13), estableciéndose como atribución del Congreso proteger los derechos de los michoacanos y la libertad política de imprenta (art. 42, punto vigésimo cuarto), así como la atribución de la Diputación Permanente de velar sobre la observancia de la Constitución federal, de la del estado y sus leyes, dando cuenta al Congreso de las infracciones que note (art. 43, punto primero); igualmente, se estableció la atribución del gobernador de velar sobre el puntual cumplimiento de la Constitución local expidiendo las órdenes correspondientes para su ejecución (art. 73, sexta —*sic*—); asimismo, se establecería en el art. 212, que todos los habitantes del estado sin excepción alguna estarían obligados a guardar religiosamente la Constitución, y también que todo ciudadano tendría la facultad de representar ante el Congreso o el gobernador reclamando su observancia (art. 213); finalmente, se señalaba que el Congreso, en sus primeras sesiones, tomaría en consideración las infracciones de la Constitución que se le hubieran hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y que se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores (art. 215). De esta manera, se prescribía también que solo el Congreso podía resolver las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de los artículos de dicha Constitución local (art. 216).

Cabe señalar que los anteriores lineamientos prácticamente se mantendrían iguales, salvo algunos muy pequeños cambios, en las Constituciones Políticas del Estado de Michoacán posteriores, como son la Constitución del 1.º de febrero de 1858 (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 30, 34, 53, 134, 135 y 136) y la original de 5 de febrero de 1918 (arts. 1.º, 36, 40, 58, 171, 172 y 173), misma que es la actualmente vigente, y que con el correr del tiempo iría modificando tales prescripciones.

Actualmente, en la Constitución vigente (2013), aunque todavía no se cuenta con un tribunal constitucional local o una sala constitucional propiamente dichos, con una visión amplia, podemos decir que la defensa de la Constitución del estado de Michoacán es realizada a través de diversos procedimientos y de distintos órganos estatales establecidos en la misma, como son: el Congreso del Estado de Michoacán, que puede fijar la jurisdicción política, administrativa y judicial del estado (art. 44, frac. VII), que puede establecer procedimientos para resolver ciertos conflictos entre municipios y gobierno del Estado (art. 44, frac. X-B), que tiene facultades para suspender ayuntamientos o consejos municipales, declarar su desaparición y suspender o

revocar el mandato a alguno de sus miembros en un procedimiento contencioso (art. 44, frac. XIX) y para conocer del juicio político contra servidores públicos estatales (art. 44, frac. XXVI, y art. 108); el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán con competencia para resolver en términos de la Constitución local y la ley las impugnaciones en materia electoral (art. 98-A); el Tribunal de Justicia Administrativa con competencia para resolver controversias entre el poder Ejecutivo, ayuntamientos, órganos Autónomos, entidades u órganos descentralizados o desconcentrados estatales o municipales y los particulares (art. 95); la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, con competencia para conocer de violaciones a derechos humanos por parte de autoridades locales (art. 96); el Instituto para la Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán (art. 97), e incluso el propio gobernador del estado, a quien se le atribuye la obligación de cuidar que se obedezcan las prescripciones relativas al trabajo y a la previsión social, y de quien dependen los órganos jurisdiccionales locales en la materia laboral (art. 148). Como puede apreciarse, en el estado de Michoacán la defensa de la Constitución fundamentalmente recae a través de los órganos que la propia Constitución michoacana denomina “organismos autónomos” (título tercero A, capítulo I).

Por otra parte, cabe mencionar que al momento ya existe una iniciativa de reforma a la Constitución Política del Estado de Michoacán, que se ha presentado por parte de un grupo de diputados de la Septuagésima Segunda Legislatura Constitucional del Congreso del Estado de Michoacán en mayo de 2013, con el fin de crear una Sala Constitucional Electoral, con la estructura de una sala colegiada, dentro del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado. Dicha sala tendría, según la propuesta, la competencia propia del actual Tribunal Electoral, y adicionalmente la competencia constitucional local, consistente en conocer: a) de las controversias institucionales que se susciten entre: 1. El Poder Legislativo y Ejecutivo; 2. El Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más municipios del estado; 3. Dos o más municipios del estado; 4. Del Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más organismos autónomos del estado, y 5. Uno o más municipios con uno o más organismos autónomos del estado, siempre y cuando no sea competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al art. 105, frac. I de la Constitución federal; b) de las acciones de inconstitucionalidad que planteen una contradicción entre las normas y disposiciones secundarias y la Constitución local; c) de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por organismos autónomos o paraestatales (el Poder Judicial del estado no podrá ser parte actora ni demandada en estas controversias), y d) de las omisiones legislativas del Congreso del estado y reglamentarias del Poder Ejecutivo. En general vale la pena notar que con esta propuesta planteada, de aprobarse, desaparecería el actual Tribunal Electoral como órgano constitucional autónomo, y, por otra parte, que no se prevé en ella el establecimiento de un procedimiento para la protección y defensa de los derechos fundamentales de carácter local.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NAYARIT)

El derecho procesal constitucional en Nayarit puede ser entendido desde dos ópticas generales. La primera concepción se orienta al conjunto de normas de carácter constitucional y procesal que regulan los instrumentos de protección de la Constitución de Nayarit para preservar su carácter supremo; la integración, funciones y garantías del órgano jurisdiccional de control constitucional (Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial de Nayarit -SC-E-) y los procesos constitucionales para su protección. Las normas del derecho procesal constitucional se integran por la Constitución y la Ley de Control Constitucional.

La segunda vertiente del concepto de derecho procesal constitucional tiene una óptica científica; es decir, una disciplina del conocimiento jurídico que tiene por objeto el estudio de los principios y las normas de carácter constitucional o legal sobre la jurisdicción, instrumentos, magistratura, procesos y garantías para preservar la supremacía de la Constitución.

En Nayarit, el derecho procesal constitucional es de reciente creación; ello, derivado de la reforma a su Constitución, de diciembre de 2009, en la que se configura un diseño de protección a la norma constitucional local. Con esta reforma Nayarit se suma a las entidades federativas que después del año 2000 han seguido el modelo de justicia constitucional aportado por el estado de Veracruz, y posteriormente Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Estado de México, y recientemente Yucatán. En México, después de este movimiento reformista de las Constituciones estatales se ha venido acuñando un apartado disciplinar del derecho procesal constitucional impulsado fuertemente por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, denominado “justicia constitucional local” o “derecho procesal constitucional local”, que compila una serie de estudios sobre el avance en los estados de las normas, procesos y jurisdicciones que buscan garantizar el carácter supremo de las Constituciones estatales.

Como sostiene Fix-Zamudio, no existe un criterio predominante sobre el contenido del derecho procesal constitucional, por tratarse de una disciplina de frontera entre el derecho procesal en general y el derecho constitucional; de ahí la dificultad para determinar sus límites. Sin embargo, la doctrina latinoamericana (Domingo García Belaunde, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Eduardo Ferrer Mac-Gregor) es coincidente en identificar el estudio de esta disciplina desde tres dimensiones: jurisdicción, procesos constitucionales y órganos constitucionales. En Nayarit, el contenido del derecho procesal constitucional se puede ubicar en tres aspectos fundamentales: la jurisdicción, la magistratura y los procesos constitucionales.

La jurisdicción constitucional en Nayarit representa la función pública que ofrece a gobernados y entes públicos legitimados la vía legal para dirimir sus controversias cuando se afecten derechos que impliquen violación a la Constitución, y que se resuelven por conducto de la SC-E en plenitud de jurisdicción. Por su parte, la magistratura constitucional se deposita en el órgano jurisdiccional encargado de preservar la supremacía de la norma estatal; esto es, en la SC-E, integrada al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del Poder Judicial de Nayarit, cuya integración es de cinco magistrados los cuales son

nombrados por el Poder Legislativo a propuesta del gobernador como magistrados, del TSJ, y es este órgano quien decide la integración de la SC-E. La magistratura constitucional en Nayarit es presidida por el presidente del TSJ. Tiene una competencia mixta entre las funciones de control constitucional y la jurisdicción electoral.

Los procesos constitucionales que forman el derecho procesal constitucional nayarita corresponden al conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tiene por objeto asegurar el carácter supremo de la norma constitucional estatal. Para el caso de Nayarit, estos procesos son: el juicio para la protección de los derechos fundamentales que preserva el catálogo de derechos humanos propios de los nayaritas (ver art. 7, Constitución de Nayarit); la controversia constitucional como instrumento orgánico para dirimir los conflictos entre diversos entes del poder público estatal o municipal; la acción de inconstitucionalidad, que impide la vigencia de normas de carácter estatal o municipal contrarias a la Constitución; acción de inconstitucionalidad por omisión (se trata de una acción que puede ser emprendida por cualquier vecino del estado para impugnar las omisiones de cualquier autoridad a quien la Constitución le ha encomendado emitir una norma de carácter general); cuestión de inconstitucionalidad (este proceso constitucional tiene por objeto decidir sobre las dudas de inconstitucionalidad que plantee cualquier autoridad al momento de decidir la aplicación de una norma general que se presume su contrariedad con la Constitución; esta acción puede ser oficiosa o a petición de parte); control previo de constitucionalidad, recientemente incorporada (2010) como un medio de control a priori, pretender evitar la configuración de leyes inconstitucionales, este instrumento se activa al momento en que la comisión legislativa que examina la procedencia de un proyecto ley considera de forma discrecional consultar a la SC-E si el proyecto a estudio es conforme con el texto constitucional local. Finalmente, otro proceso constitucional en Nayarit lo integran las facultades de la SC-E para dirimir los conflictos de límites territoriales entre los municipios de la entidad, mediante un proceso jurisdiccional para preservar la autonomía de los municipios nayaritas.

Pedro Antonio Enríquez Soto

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NICARAGUA)

El derecho procesal constitucional es un conjunto de normas, principios, valores y procedimientos para aplicar la Constitución, ley superior integrada por una normatividad muy general, en ocasiones vaga, abierta y valorativa, que en el constitucionalismo contemporáneo sienta las bases del ordenamiento de los países democráticos, penetrando en el derecho civil, mercantil, administrativo, agrario, político, laboral, internacional, procesal civil y penal, y en el derecho humanitario.

Debido a circunstancias históricas, en América es el Poder Judicial, concretamente en los Estados Unidos de América, el encargado de aplicar la Constitución, por la confianza que se tiene en ese poder, sistema que, con sus variantes, se extiende en Latinoamérica.

En Europa, durante el periodo de entreguerras y después de la Segunda Guerra Mundial, se sintió la necesidad de crear una justicia constitucional especializada atribuida a tribunales constitucionales, corriente que está ganando espacio en Latinoamérica (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y República Dominicana). Como una modalidad del control judicial aparecen las salas constitucionales en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Venezuela, Paraguay y Nicaragua.

En Nicaragua no existe un tribunal constitucional; el Poder Judicial en conjunto es un gran tribunal constitucional, como trataremos de explicar.

Al control de la constitucionalidad se entra por dos vías:

a) La vía especial constitucional a través de la Ley de Amparo que es nuestro Código —Procesal Constitucional—, que regula el recurso por inconstitucionalidad de la ley o decreto; el recurso de amparo; el recurso de exhibición personal; los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, y el recurso de *habeas data*.

b) La vía ordinaria constitucional, que le corresponde a todos los jueces ordinarios de primera instancia, a los tribunales de apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia en Pleno y sus respectivas salas de casación civil y penal. Se les atribuye la potestad de conocer sobre las infracciones a la Constitución y corregirlas.

En esta vía ordinaria se regula el recurso de casación en el fondo por violación a la Constitución a través causales específicas (art. 2051.1 del Código de Procedimiento Civil vigente y art. 388.1 del Código Procesal Penal).

Como podemos observar, el sistema nicaragüense es mixto y descentralizado: conocen sobre la justicia constitucional todos los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, por una parte, y la Sala Constitucional y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en algunos supuestos la Sala Penal de los tribunales de apelaciones y jueces de distrito penal de acuerdo con la Ley de Amparo, por otra.

Esta Ley, en forma descentralizada, distribuye la justicia constitucional así:

— Los jueces de distrito de lo penal son los competentes para conocer de la exhibición personal en el caso de los actos restrictivos de la libertad personal realizados por un particular contra otro particular.

— Las salas de lo penal de los tribunales de apelaciones conocen de la exhibición personal contra el funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución, por violación de la libertad, integridad física y seguridad.

— La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de amparo en contra de toda disposición, acto y resolución, y en general en contra de toda acción u omisión de todo funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y del *habeas data*.

— Las salas de lo civil de los tribunales de apelaciones, como delegados legales, reciben los recursos de amparo, realizan algunos trámites, previenen al recurrente que llene omisiones, y pueden suspender los efectos del acto recurrido.

— La Sala de lo Constitucional instruye y proyecta las resoluciones en materia del recurso por inconstitucionalidad para que sean resueltos por la Corte Plena. En el conflicto de competencia entre los poderes del estado, la Sala de lo Constitucional, una vez trabado el conflicto, a petición de cualquiera de las partes, puede ordenar la remisión de las diligencias, bajo los apercibimientos legales; también podrá suspender la disposición, resolución o acto motivo del conflicto, salvo que acarree perjuicio al interés general o sea notoriamente improcedente. Cuando el conflicto de competencia o constitucionalidad verse sobre ley, decreto legislativo, resoluciones, declaraciones legislativas y acuerdos legislativos, una vez publicados, la Sala de lo Constitucional iniciará el trámite y ordenará la suspensión del acto por ministerio de la ley, elevando las diligencias a la Corte Plena, quien conoce y resuelve los conflictos positivos o negativos de competencia o de atribuciones constitucionales de los poderes del Estado.

— La Corte Plena conoce del recurso por inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, el que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano. También conoce sobre las cuestiones de competencias constitucionales entre los poderes del Estado, como señalamos anteriormente.

Las sentencias que dicten las salas de lo penal y de lo civil de la Corte Suprema de Justicia, declarando inconstitucional una ley, solo producen efecto entre las partes. Para que tenga efectos generales, sacándola de vigencia, tiene que ser elevado el expediente a conocimiento de Corte Plena para que confirme o rechace la inconstitucionalidad.

Iván Escobar Fornos

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NUEVO LEÓN)

El derecho procesal constitucional local o justicia constitucional local, entendido como el conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos locales la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos a fin de preservar la supremacía constitucional (Fix-Zamudio y Sagüés), se origina en el estado de Nuevo León derivado de la reforma constitucional publicada el nueve de junio de 2004.

La reforma constitucional mencionada incorporó en su art. 95 las *controversias de inconstitucionalidad local*, mecanismos mediante los cuales se impugnan actos de autoridad o normas generales que invadan la competencia garantizada por la Constitución a los poderes de la entidad federativa, y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal o municipal, las cuales pueden ser promovidas por el estado y municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales o municipales, con exclusión del Poder Judicial del estado, para ser parte actora o demandada.

Asimismo, las *acciones de inconstitucionalidad local* son los mecanismos mediante los cuales se impugnan normas generales, expedidas por el Congreso o por cualquier ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales de las personas emanados de la Constitución, o violen la distribución de competencias establecidas en la ley suprema local para el estado y los municipi-

pios, o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Este medio de control puede ser promovido por el procurador general de Justicia del estado, por los diputados locales, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del estado, así como por los regidores, estos últimos tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento.

De ambos mecanismos está facultado para conocer el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial, en su carácter de tribunal constitucional, conforme a los arts. 95 y 96 de la ley suprema.

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia está integrado por dieciséis magistrados, y es presidido por el magistrado que el propio Pleno designa. Para que el Pleno funcione es necesaria la concurrencia de la mayoría de sus miembros, y sus resoluciones se toman por voto de la mitad más uno de los magistrados presentes. En caso de empate, el presidente tiene voto de calidad.

Posterior a la citada reforma, y en acatamiento de la controversia constitucional 46/2002, se crearon mecanismos de control constitucional local municipal, producto del decreto publicado el veintidós de julio de 2005, contenidos en los arts. 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León. Por una parte, se crearon las *controversias administrativas municipales*, mediante las cuales se dirimirán las controversias que se susciten entre la administración pública municipal y los gobernados ante organismos contenciosos, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; y los *medios de defensa municipales*, creados para dirimir los conflictos contra los actos y resoluciones administrativos que dicten o ejecuten las autoridades municipales, promovidos por los particulares afectados ante el Órgano de lo Contencioso Administrativo, o de no existir aquél, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del estado.

No obstante que existen medios procesales en el ordenamiento jurídico local para preservar la supremacía constitucional, actualmente no existe una ley reglamentaria del art. 95 constitucional que establezca el procedimiento a seguir, el funcionamiento y atribuciones específicas del órgano de control constitucional para dirimir las controversias y acciones de inconstitucionalidad. Aunado a lo anterior, el art. transitorio segundo, relativo a la reforma constitucional, del nueve de junio de 2004, establece expresamente que “las disposiciones referentes a los medios de control constitucional entrarán en vigor una vez que inicie la vigencia de la Ley que reglamente esa materia”.

Situación similar sucede con los mecanismos de control municipal, al no estar reglamentados, ya que si bien se prevé legalmente la existencia de órganos municipales para dirimir controversias entre la administración municipal y los particulares, la remisión que se hace al segundo párrafo del art. 169 a un inexistente ordenamiento legal cancela la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan los órganos mencionados, haciendo inoperante el ejercicio de su facultad constitucional municipal.

Las omisiones legislativas señaladas fueron materia de la controversia constitucional 74/2011, de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el veintidós de octubre de 2013, ordenar a los poderes Ejecutivo y Legislativo que se dé cumplimiento al mandato constitucional de emitir la legislación correspondiente a más tardar en el siguiente periodo ordinario de

sesiones. El acatamiento al mandato de la Corte abonará a la consolidación de la justicia constitucional del estado de Nuevo León, dándole plena vigencia a los medios procesales para garantizar la supremacía constitucional.

Emanuel López Sáenz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (OAXACA)

El estado de Oaxaca forma parte del sistema federativo del Estado mexicano; se localiza al sureste del mapa geográfico del territorio nacional. Es una entidad pluricultural; cuenta aproximadamente con 3,551 comunidades, conformadas por 570 municipios, 729 agencias municipales, 1,526 agencias de policía y 726 núcleos rurales. Tiene el mayor porcentaje de población indígena en el país. En su área geográfica conviven 15 grupos étnicos, a saber: amuzgos, cuicatecos, chatinos, chinantecos, chocholtecos, chontales, huaves, ixcatecos, mazatecos, mixes, mixtecos, nahuas, triquis, zapotecos y zoques. En Oaxaca tiene aplicación el derecho indígena, y además el consuetudinario, a través de los usos y costumbres. Oaxaca, como los demás estados federados, nace de facto y jurídicamente a través del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, del 31 de enero de 1824, en donde en su art. 7o. establece la forma federal de gobierno y enumera los estados de la Federación, dentro de los cuales aparece el estado con el nombre de Oajaca, hoy Oaxaca, voluntad política que fue corroborada en el art. 5o. de la Constitución Federal de 1824.

En el México convulso del siglo XIX, el sistema federal de gobierno pierde vigencia en las Constituciones centralistas denominadas las Siete Leyes Constitucionales, de 1836, y las Bases Orgánicas, de 1843, ambas de corte unitario, que rigieron brevemente a la nación mexicana, en donde los estados federados desaparecieron, dentro de ellos Oaxaca, al ser suplantados por las figuras políticas denominadas departamentos.

A mediados del aquel siglo, con el triunfo del partido liberal, se instaura nuevamente en México el régimen federal, voluntad soberana que se expresa de manera indubitable en la normativa contenida en el art. 43 de la Constitución Federal de 1857, que establece que son 25 estados que conforman el territorio nacional, dentro de los cuales está comprendido Oaxaca, más el territorio de Baja California.

El mismo sistema federativo prevaleció por voluntad del pueblo mexicano en el art. 43 de la Constitución Política de 1917, que establece que son 29 estados, dentro de ellos Oaxaca, dos territorios (el de Baja California Sur y Quintana Roo) y un Distrito Federal, que conforman la nación mexicana; añadiendo que por decreto sin número, publicado el 8 de octubre de 1974 en el *Diario Oficial de la Federación*, ambos territorios se convirtieron en Estados soberanos. Debido a ello, actualmente el territorio nacional se conforma con 31 estados y un Distrito Federal, lugar en donde residen los poderes federales.

Al darle existencia jurídica la Constitución Federal de 1824 al estado de Oaxaca, en uso de su soberanía local o autonomía constitucional, se ha constituido políticamente en tres ocasiones, a saber: la primera, a través de la Constitución Política del Estado Libre de Oajaca, decretada por el congreso ordinario en su carácter de constituyente el 10 de enero de 1825, constante

de 258 artículos y 2 transitorios, la cual siguió la estructura política del orden federal. *Grosso modo* podemos decir que se dividió en dos partes: la dogmática, que establece los derechos y obligaciones de los oaxaqueños, y la orgánica, que estructura el funcionamiento de los poderes públicos locales. La segunda, a través de la Constitución del Estado de Oaxaca de 1857, decretada por el Congreso Constituyente el 15 de septiembre del mismo año. Este documento constitutivo consta de 98 artículos constitucionales y 4 transitorios. Al igual que la anterior, consta de dos partes, una dogmática, que capitula los derechos del hombre y algunas garantías de los oaxaqueños, y la orgánica, que encauza al gobierno y armoniza el poder estatal. La tercera vez lo hace el pueblo oaxaqueño con base en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, decretada por el Congreso local, erigido en constituyente, el 15 de abril de 1922, se conformó en su inicio de 165 artículos constitucionales y 14 transitorios, y se dividió para su ejercicio en dos partes: la primera habla de las garantías individuales, y la segunda delinea la actividad del poder estatal.

De acuerdo con el articulado de las cartas constitucionales oaxaqueñas de 1825 y 1857, se observa que dichos órdenes locales carecieron de un sistema de defensa constitucional para proteger los derechos fundamentales de los oaxaqueños y someter el ejercicio del poder público a la supremacía constitucional.

En cuanto a la Constitución oaxaqueña vigente desde 1922, cabe enfatizar que al igual que sus antecesoras, también nació sin un sistema de justicia constitucional; sin embargo, este fenómeno se vino a dar hasta la reforma constitucional publicada en el *Periódico Oficial del Estado* del 15 de abril de 2011, según decreto 397, en donde por primera vez en la historia constitucional del estado de Oaxaca se estableció de manera formal la jurisdicción constitucional, a través de la cual permite resolver los conflictos constitucionales. Efectivamente, el art. 106, apartado B, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca vigente, establece algunos procedimientos constitucionales y el órgano facultado para hacer respetar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional local; bajo este tenor establece las controversias constitucionales con objeto de resolver conflictos de competencias suscitados entre: a) dos o más municipios; b) uno o más municipios y el Poder Legislativo; c) uno o más municipios y el Poder Ejecutivo; d) el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y e) entre órganos autónomos, o entre éstos y el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, o los municipios. Se concede competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado para decidir este tipo de conflictos. Es pertinente precisar que la sentencia que declare inconstitucional una disposición de carácter general tendrá efectos generales, siempre que fuera aprobada por las dos terceras partes de los miembros del pleno de dicho tribunal. Bajo este tenor, se prevén también las acciones de inconstitucionalidad, con la finalidad de contradecir una norma de carácter general que confronta con la Constitución local. Es competencia de la Sala Constitucional. Están legitimados para ejercitar la acción: a) cuando menos el 30% de los diputados; b) el gobernador del estado, y c) los órganos autónomos del estado. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma de carácter general tendrá efectos *erga omnes* siempre que sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros de la

Sala Constitucional. Al respecto, se prevé el juicio para la protección de los derechos humanos. Es un procedimiento semejante al adoptado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Es competencia de la Sala Constitucional, y procede por incumplimiento a las recomendaciones hechas a la autoridad por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Por último, se estableció un procedimiento sobre control preventivo de leyes y decretos aprobados por el Congreso, previa la promulgación y publicación correspondiente a cargo de la Sala Constitucional. Están legitimados activamente en la acción el 30% de los diputados, el gobernador del estado y los organismos autónomos en las materias de sus respectivas competencias. Estos son los procedimientos y los órganos jurisdiccionales que intervienen en la justicia constitucional en el estado de Oaxaca, los cuales constituyen los elementos imprescindibles para el estudio del derecho procesal constitucional oaxaqueño, que comprende, como lo sostiene Eduardo Ferrer, el estudio de los diversos instrumentos encaminados a proteger ya no a las Constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, Constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.

Alfredo Gómez Vásquez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (PERÚ)

El derecho procesal constitucional tiene epistémicamente una doble dimensión: por un lado, como disciplina científica, y por otro lado, como un conjunto de normas procesales de naturaleza constitucional. Como ciencia, su desarrollo es relativamente nuevo: hoy todos los especialistas coinciden en identificar a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien lo utilizó por vez primera, aun cuando su predecesor habría de ser Hans Kelsen. Sin embargo, el atributo científico que modela su vertiente científica corresponde a don Héctor Fix-Zamudio cuando sustentó su tesis de licenciatura, y posteriormente la publicó como libro *El juicio de amparo* (Porrúa, México, 1964, pp. 47-82). En su dimensión normativa, esta disciplina es muy antigua, y coincidimos con Néstor Pedro Sagüés en que tiene tres —y nosotros agregamos un onomástico más de cuatro cumpleaños—: a) el primero, del 26 de mayo de 1679, fecha en que se dictó la *Hábeas Corpus Amendment Act* inglesa; b) el segundo, el 24 de febrero de 1803, fecha en que se emite, por la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo *Marbury vs. Madison*; c) el tercero, el 31 de marzo de 1841, en que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán y se crea, bajo la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, el juicio de amparo, y d) el cuarto cumpleaños es del 1 de octubre de 1920, fecha en la que se promulga la Constitución de Austria, en la que Kelsen creaba allí un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional.

En el Perú, el primer autor que atalayaba ya la existencia de esta disciplina es nada menos que Domingo García Belaunde en su obra *El hábeas corpus interpretado* (PUCP, Lima, 1971, p. 21), a la que seguirían posteriores trabajos de calado profundo.

Hoy se puede afirmar que el derecho procesal constitucional tiene, en lo fundamental, tres objetos o materias de estudio: la jurisdicción constitucio-

nal, los procesos constitucionales, y la magistratura constitucional. Por nuestra parte, podemos ensayar la noción de que el derecho procesal constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del derecho procesal en general, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales.

Dicho esto, consideramos que el estudio sobre el origen y la evolución del derecho procesal constitucional en el Perú pasa necesariamente por desarrollar, por cuerdas separadas, los dos grandes elementos que componen esta ciencia del derecho público de nuestro tiempo: la *jurisdicción constitucional orgánica* y la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

En lo que se refiere al primer elemento (*jurisdicción constitucional orgánica*), en sus albores, el constitucionalismo peruano no le dedicó la atención debida al problema de la constitucionalidad de las leyes, limitándose a diseñar un sistema de control meramente político a cargo del Parlamento, de innegable raigambre europea (ahí están, para demostrarlo, los artículos pertinentes de las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933); solo la carta del 33 presentó un matiz importante, al instaurar dos niveles de control: uno de constitucionalidad (netamente político, por el Parlamento) y otro de legalidad (control judicial de dispositivos infralegales). Sin embargo, dada la ineficacia que este tipo de control demostró en la práctica (algo que, como decía Karl Loewenstein, era tanto como encomendar a unos conejos que sean guardianes de un jardín de zanahorias), el sistema constitucional peruano avanzó hacia un sistema de revisión judicial de las leyes al estilo americano, esta vez a través de un cuerpo de leyes de nivel no constitucional, como lo fue el Código Civil de 1936, cuyo título preliminar, en su art. XXII, estableció: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Sin embargo, solo será con la Constitución de 1979 que el proceso de inconstitucionalidad obtuvo carta de naturaleza en nuestro ordenamiento constitucional, al asignar al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer y resolver en instancia única dicho proceso de control normativo. Y es así como, con algunas modificaciones, dicho procedimiento se encuentra contemplado ahora en el art. 200, inciso 4, de la vigente Constitución de 1993.

El otro elemento que cabe destacar (*jurisdicción constitucional de la libertad*), a diferencia del anterior, sí tuvo un prolífico desarrollo normativo, tanto a nivel *legal* (como son los casos de la Ley del 21 de octubre de 1897, que reguló por primera vez el hábeas corpus; la Ley del 10 de febrero de 1916, 2223, que amplió su cobertura para la defensa de las “garantías individuales” normadas en la Constitución de 1860; o la Ley del 26 de setiembre de 1916, que perfeccionó sus aspectos procesales; y, en no menor medida, el D.L. 17083, del 24 de octubre de 1968, que fue el antecedente moderno y directo del amparo), así como a nivel *constitucional* (por ejemplo, la Constitución de 1920, que otorgó rango constitucional al hábeas corpus, o la carta de 1933, que estableció como finalidad de dicha garantía la protección de “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución”). Posteriormente, las denominadas

“acciones de garantía” fueron incorporadas en el art. 295 de la Constitución de 1979, llegando así a su actual configuración en el art. 200 (incisos 1, 2, 3 y 6) de la vigente Constitución de 1993.

De suerte que, en la actualidad, los procesos constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución son los siguientes: a) en el ámbito del *control concentrado de normas*, se ubican el proceso de inconstitucionalidad (art. 200, inciso 4, de la Constitución), y el proceso de acción popular (art. 200, inciso 5), y no en menor medida, el proceso de conflictos de competencia o atribuciones (art. 202, inciso 3). El primero y el último son de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, mientras que el segundo lo es del Poder Judicial, y b) en el ámbito de los *procesos de tutela de derechos*, encontramos al proceso de amparo (art. 200, inciso 2), el proceso de hábeas corpus (art. 200, inciso 1), el proceso de hábeas data (art. 200, inciso 3) y el proceso de cumplimiento (art. 200, inciso 6). En todos estos casos, se trata de procesos constitucionales compartidos, pues su conocimiento en primera y segunda instancia corresponde al Poder Judicial, y solo cuando se trata de resoluciones denegatorias, al Tribunal Constitucional, quien resuelve en última y definitiva instancia.

Cabe finalmente señalar que la regulación en detalle de todos estos procesos constitucionales se encuentra en un cuerpo de leyes específico, que es el Código Procesal Constitucional, aprobado en 2004, y que a no dudarlo ha sido el primer código de esta naturaleza que se aprecia en el mundo; ello, sin desconocer por cierto los precedentes de la Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989) y el Código Procesal Constitucional de Tucumán (de 1999), y el segundo Código que ha sido aprobado recientemente en Bolivia (2012).

Gerardo Eto Cruz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (QUERÉTARO)

El constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda posguerra ha sido determinante para la forma de operar el derecho en la actualidad. Las Constituciones del Estado constitucional son identificadas por su amplio catálogo de derechos; por su fuerza normativa que la dota de carácter vinculante; por sus mecanismos de control, garantías y tribunales especializados, y por la constitucionalización de las reglas de la democracia, representando un límite al poder.

Desde el año 2000 el constitucionalismo local mexicano se encuentra en una dinámica de transformación, como una consecuencia del reajuste institucional que representó la alternancia en el poder y el desmantelamiento del aparato autoritario de gobierno. La autonomía constitucional de las entidades federativas comenzó a asumir nuevas formas y daba cuenta de la posibilidad de consolidar un real sistema jurídico nacional, que estuviera integrado por sistemas normativos autosuficientes, con sus propios medios de garantía y con ámbitos de validez bien delimitados. El desarrollo del derecho procesal constitucional local comenzó entonces a ser determinado por presupuestos

de tipo formal, pero también han jugado un papel importante para ello los presupuestos de tipo político. Dentro de los primeros encontramos las nuevas caras del federalismo, la autonomía, la coexistencia de los órdenes jurídicos, y la clara delimitación de sus ámbitos de validez. En los segundos, podemos considerar que, a pesar del diseño de control constitucional, el arreglo político siempre fue privilegiado para la solución de los eventuales conflictos en menoscabo de la consolidación de los procedimientos jurídicos, particularmente los judiciales.

A lo anterior, resulta indispensable resaltar el efecto que podrá tener en ese ámbito la actual configuración constitucional de los derechos y sus garantías, derivadas de las reformas de junio 2011, al haber incorporado al parámetro de regularidad constitucional el derecho internacional de los derechos humanos, y, por otro lado, el ingreso del control difuso de constitucionalidad.

En el caso del estado de Querétaro, haré referencia a los antecedentes de su regulación, el actual sistema de garantías locales para tutelar la Constitución local; su magistratura y la forma como esta última las ha desarrollado en la práctica hasta ahora.

I. ANTECEDENTES. El primer antecedente de una facultad de control constitucional lo encontramos en la reforma que en 2000 se hizo al art. 70 de la Constitución, en la que se otorgaban facultades al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver los siguientes conflictos: 1) entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del estado; 2) entre el Poder Ejecutivo o Legislativo del estado con algún organismo constitucional autónomo; 3) entre los municipios del estado con organismos constitucionales autónomos, el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado, y 4) entre los municipios del estado. La procedencia de cualquier supuesto estaba condicionada a que no fuera materia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES LOCALES. En 2008, la Constitución local sufrió una reforma sustancial, en la que se incorporaron dos elementos fundamentales para la consolidación de su derecho procesal constitucional local: la ampliación de la competencia del Tribunal Superior de Justicia como juez constitucional y, por otro lado, definió los métodos de interpretación acordes a esa potestad.

En el art. 29 se definen como competencias las siguientes: 1) resolver sobre la constitucionalidad de las leyes locales; 2) garantizar la supremacía de la Constitución local; 3) formar jurisprudencia constitucional; 4) conocer de la omisión legislativa; 5) conocer de los conflictos entre poderes, municipios y organismos autónomos, siempre que no sean competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Senado de la República. En cuanto a las pautas hermenéuticas, el considerando quince definió que la Constitución debe ser interpretada “bajo los compromisos internacionales del Estado Mexicano y los principios *pro homine* de *progresividad* y de *irreversibilidad* que llevan a elegir el sentido y el alcance de mayor protección, que favorezcan la expansión y el avance del contenido de los derechos a favor de la persona”.

El 24 de abril de 2009 entró en vigor la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro. Los medios de control constitucional contemplados en esta ley reglamentaria son los siguientes: 1. Acción de inconstitucionalidad;

2. Acción por omisión legislativa; 3. Controversia relativa a la competencia; 4. Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local), y 5. Juicio de protección de derechos colectivos o difusos.

1. *Acción de inconstitucionalidad*. Su propósito es controvertir la constitucionalidad de leyes estatales. Poseen legitimación el gobernador; la tercera parte de los integrantes de la Legislatura, los ayuntamientos; los organismos autónomos sobre leyes que tengan relación con asuntos de su competencia; los partidos políticos y cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

2. *Acción por omisión legislativa*. Tiene por finalidad obtener la declaración de que la Legislatura no ha emitido una ley a la que la Constitución obliga, afectando con ello competencias, al no permitir ejercer plenamente una determinada facultad. Pueden promoverla el gobernador; los ayuntamientos, los organismos autónomos y los partidos políticos. Los efectos de esta acción serán obligar a la Legislatura a emitir la ley omisa, sin posibilidad de expresarse sobre su contenido. Si se reincidiera en la omisión, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia puede dictar las bases a las que se sujetará el ejercicio de la facultad afectada, hasta que sea emitida la ley.

3. *Controversia relativa a la competencia*. Tiene como propósito controvertir actos, reglamentos y disposiciones generales que no sean leyes, emitidas por un poder estatal, un ayuntamiento o un organismo constitucional autónomo, en caso de que estos menoscaben las atribuciones concedidas en la Constitución estatal a otro poder, ayuntamiento u organismo constitucional autónomo. La competencia para resolver la controversia es exclusiva del Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

4. *Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local)*. Es el medio de control constitucional que tutela los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del estado, así como en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional. Aquí es oportuno señalar que este parámetro se estableció de manera previa (2008) a la reforma constitucional federal en materia de derechos humanos de 2011. La legitimación activa es de personas físicas y jurídicas que consideren alguna afectación a sus derechos. La procedencia está condicionada a que no exista algún otro medio de defensa judicial, y es de destacarse que puede promoverse en contra de particulares..

5. *Juicio de protección de derechos colectivos o difusos*. Se encarga de proteger los derechos colectivos o difusos instituidos en la Constitución del estado y en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional, contra actos de los particulares o las autoridades locales o municipales que los vulneren. Para los derechos colectivos, son sujetos legitimados los integrantes individuales o plurales del grupo social que sean reconocidos como titulares del derecho y las personas jurídicas que tengan por objeto la defensa de estos derechos. En el supuesto de los derechos difusos, pueden promover este juicio las personas individuales que acrediten un interés simple y las personas jurídicas cuyo objeto legal sea defender dichos derechos. Su procedencia está condicionada a la no existencia de otra vía judicial.

III. MAGISTRATURA. Los medios de control constitucional local son competencia de una Sala Constitucional y del Pleno del Tribunal Superior de

Justicia. La primera podrá conocer de la acción de inconstitucionalidad; la acción por omisión legislativa; el juicio de protección de derechos fundamentales y el juicio de protección de derechos colectivos o difusos. El Pleno tiene competencia exclusiva para resolver la controversia relativa a la competencia o controversia constitucional.

Aun cuando la reforma constitucional estatal de 2008 y la Ley de Justicia Constitucional de 2009 determinaron la creación de la Sala Constitucional, no fue sino hasta 2010 cuando ésta se instauró, en razón de la interposición del primer medio de control constitucional local. De acuerdo con su Ley Orgánica, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro está conformado por una Sala Civil, una Sala Penal, una Sala Electoral (auxiliar de la Sala Penal cuando no sea periodo de elecciones), una Sala Constitucional y una Sala Especializada en Justicia para Adolescentes. Las cuatro primeras tienen una integración colegiada (tres magistrados), y la última es unitaria. Es de destacarse que la Sala Constitucional no tiene una conformación permanente; es decir, los magistrados que la integran no están asignados de manera exclusiva, sino que son parte de alguna de las otras salas, y solo se constituyen cuando hay que resolver un medio de control constitucional.

IV. DESARROLLO EN LA PRÁCTICA. La actividad de la Sala Constitucional ha sido muy poca. En 2010 se tramitaron dos asuntos: una acción de inconstitucionalidad y un juicio de protección de derechos fundamentales. Ambos fueron sobreesidos. En 2011 se tramitaron dos asuntos: un juicio de protección de derechos fundamentales, en donde el actor se desistió para promover un amparo, y un juicio de protección de derechos colectivos o difusos. En 2012 fueron otros dos asuntos en los que tampoco se entró al estudio de fondo.

Es oportuno referir que el municipio de Querétaro promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una controversia constitucional (33/2012) en contra de la Ley de Justicia Constitucional, por considerar que el Tribunal Superior no tenía atribuciones para resolver asuntos sobre intereses colectivos o difusos. En octubre de 2013, la controversia fue declarada improcedente y sobreesida, debido a que aún se encontraba pendiente de resolver un recurso de revisión en el juicio en el que se encuentra involucrado el municipio, y porque se consideró que no había una afectación a las facultades del ayuntamiento.

Rogelio Flores

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (QUINTANA ROO)

Como parte integrante de la federación mexicana, Quintana Roo es uno de los estados más jóvenes de nuestro país, elevándose con tal carácter a partir del 8 de octubre de 1974. A partir de entonces comenzaron los trabajos por parte del Poder Constituyente para expedir la Constitución del estado, la cual fue promulgada el 12 de enero de 1975. El constituyente quintanarroense decidió incorporar un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional, contenidos en los arts. 12 a 34 y 8 del título segundo del capítulo primero, denominados “De las garantías individuales y so-

ciales”, los cuales conforman lo que hoy se conoce como el bloque constitucional-convencional de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano (Eduardo Ferrer MacGregor, Sergio García Ramírez, y Héctor Fix-Zamudio, entre otros), conjuntamente con aquellos reconocidos en la Constitución general de la República, en las Constituciones de los demás estados federados, así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte (artículo 1o. de la Constitución mexicana de 1917).

El reconocimiento en el texto constitucional original de un amplio catálogo de derechos humanos, la organización del Estado y la atribución de facultades a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como a los municipios, no vino acompañada por la creación de mecanismos de control constitucional de carácter judicial para hacer efectivos los mandatos constitucionales.

No sería sino hasta el 24 de octubre de 2003 cuando por medio de una reforma a la Constitución del estado, al modificar la estructura del Poder Judicial, se incluirían mecanismos y órganos de control constitucional de carácter local, introduciéndose por vez primera el llamado “derecho procesal constitucional local” (Eduardo Ferrer MacGregor). De esta forma, el estado de Quintana Roo seguiría a aquellos estados que inspirados en el modelo Veracruzano, instaurado en 2000, incorporarían el llamado control constitucional local, el cual se define en el art. 104 de la Constitución de Quintana Roo como “... un medio para mantener la eficacia y vigencia de la Constitución; tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable en el orden jurídico estatal, los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, surjan en el ámbito interior del Estado entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo o entre uno de ellos y los municipios que conforman el estado, o entre dos o más municipios, sin perjuicio de lo previsto en los Arts. 76 frac. VII, 103, 105, 107 y último párrafo de la frac. II del 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

El órgano al cual la Constitución encomienda su defensa es al Poder Judicial, cuya competencia recae en el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, como órgano de resolución, el cual está integrado por nueve magistrados numerarios, electos por el Congreso local (Poder Legislativo), a propuesta del gobernador del estado (Poder Ejecutivo), y la creación de una Sala Constitucional y Administrativa a cargo de un solo magistrado que forma parte del Pleno, como mera instancia instructora y de formulación del proyecto de resolución (arts. 103 y 105, CQROO).

En cuanto a los medios de control constitucional que se crearon con la reforma de la Constitución del estado en 2003, se contemplan en el art. 105 del texto constitucional, los siguientes: 1) controversia constitucional; 2) acción de inconstitucionalidad; 3) acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La ley que regula los procesos constitucionales es la Ley Reglamentaria de los Arts. 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, publicada el 15 de diciembre de 2005, la cual desarrolla los procesos constitucionales relativos a: 1) *las controversias constitucionales* que se presenten por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, y que surjan entre:

A) el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; B) el Poder Ejecutivo y uno de los municipios; C) el Poder Legislativo y uno de los municipios, y D) dos o más municipios del estado. 2) *las acciones de inconstitucionalidad* que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, siempre que se ejerzan dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: A) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del estado, y B) el procurador general de Justicia del estado, en contra de leyes de carácter estatal. Las resoluciones del Pleno del Tribunal solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas siempre que fueran aprobadas por cuando menos las dos terceras partes del Pleno, y no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal. 3) *las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa* cuando se considere que la Legislatura del estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: A) el gobernador del estado; o B) un ayuntamiento del estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal que decreta el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del estado, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

En el ámbito electoral, la Constitución del estado prevé en su art. 51, que corresponde al Tribunal Electoral del Estado de Quintana Roo, integrado por tres magistrados, designados por el Congreso local a propuesta del gobernador del estado, velar entre otras cosas por el respeto a los derechos político-electorales de los ciudadanos quintanarroenses cuando se vulneren sus derechos a votar y ser votados en las elecciones locales, así como la libertad de afiliarse libre e individualmente a algún partido político, estableciéndose como mecanismo de protección el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el cual es regulado por la Ley Estatal de Medios de Impugnación en Materia Electoral dentro de los arts. 94 a 98.

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (SINALOA)

El derecho procesal constitucional sinaloense, en la larga historia escrita, ha significado una de las disciplinas del derecho procesal, contemplando el estudio de los medios de control constitucional como instrumentos de libertad para salvaguardar la supremacía de la Constitución.

Dentro del constitucionalismo sinaloense, el derecho procesal constitucional ha simbolizado el instrumento garante competencial de la defensa de la Constitución. Aparece la primera expresión en la Constitución de 1861, que establece en su art. 74 el juicio político, del cual conocía el Congreso del estado como jurado de acusación y el Supremo Tribunal como jurado de sentencia. El segundo periodo podríamos decir que se tiene en la Constitución

de 1917, al describir en su art. 75 la controversia constitucional, señalando la importancia de la atribución del Poder Judicial para conocer de las controversias que no hayan sido reservadas a los tribunales de la federación, y en el art. 79, que se refiere a la supremacía de la Constitución.

La tercera exposición del derecho procesal constitucional sinaloense surge con la reforma a la Constitución de Sinaloa, del 26 de enero de 1984 (publicado en el Periódico *Oficial* 12, del 27 de enero de 1984) al art. 104, frac. III, al establecer que corresponde al Tribunal de Justicia en pleno, conocer y resolver de las controversias de cualquier orden que se susciten entre los poderes del estado o entre uno o más poderes del estado, y los ayuntamientos, o entre éstos entre sí, y es hasta el 16 de octubre de 1998 que cuando se promulga la Ley Reglamentaria de la fracción descrita.

Sin embargo, cuando se refiere a derecho procesal constitucional local, o justicia constitucional local, se ubica en el contexto federal, al hacer alusión al principio de supremacía constitucional establecida en el art. 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, pero la protección constitucional en México ha tenido a los estados como precursores de la protección constitucional desde 1824, significando el punto de partida del derecho procesal en México.

En el estado federal que se instruyó en México los estados gozan de su ámbito de competencia propio sobre la defensa de la Constitución, basados en los principios establecidos la Constitución federal, describiendo el art. 41 que los estados son libres y soberanos; el art. 124 del mismo ordenamiento describe que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

Es así que el derecho procesal constitucional o justicia constitucional local, tiene sus orígenes en México en las Constituciones de las entidades federativas de 1824, otorgándoles la salvaguarda de estas en principio a los poderes Legislativos y posteriormente al Poder Judicial.

Sonia Escalante López

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (TABASCO)

El derecho procesal constitucional en el estado de Tabasco está presente, aunque no con la amplitud con la que se manifiesta en otras entidades federativas —por ejemplo Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Coahuila, Estado de México o Nayarit—, quienes cuentan con un amplio cúmulo de mecanismos o instrumentos que tratan de garantizar por la vía jurisdiccional a la Constitución local.

En efecto, en este estado existen solamente dos instrumentos de control de constitucionalidad; se trata de: a) del juicio para dirimir conflictos jurídicos que surjan entre los municipios y cualquiera de los poderes Ejecutivo o Legislativo del estado, y b) de la acción de revisión municipal.

En ambos casos el ente encargado de estudiar y emitir un pronunciamiento sobre los instrumentos señalados anteriormente es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, el cual, de conformidad con el art. 55 de la

Constitución y 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se compone por diecinueve magistrados. Con ello, el constituyente local eligió la fórmula que han tomado la mayoría de los estados con justicia constitucional, y que consiste en dotar de atribuciones constitucionales al pleno de sus tribunales superiores de justicia convirtiéndolos en una clase de tribunal constitucional.

El primer instrumento de protección a la Constitución local lo representa una especie de juicio, que sin poseer nomenclatura propia tiene como finalidad, de acuerdo con el primer párrafo del art. 61 de la norma suprema estatal, la de resolver los conflictos de naturaleza jurídica que se actualicen entre los municipios y cualquiera de los dos poderes del estado; regulación que se ve igualmente reproducida en los mismos términos en el art. 14, frac. I de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, a pesar de su desarrollo constitucional y legal, este tipo de procedimiento no cuenta con normas procesales propias que permitan entender la operatividad del mecanismo, por lo que para la sustanciación de un juicio de esta naturaleza se tendrían que aplicar disposiciones de carácter supletorio.

El segundo mecanismo de tutela constitucional es la acción de revisión municipal, que tiene como objetivo plantear la posible contradicción entre un acto o disposición de carácter general emitida por el cabildo de algún municipio y la Constitución del Estado; es decir, se trata de una especie de acción de inconstitucionalidad, pero que se limita únicamente a analizar los actos y normas expedidas por los municipios a través de su cabildo, y, como se mencionó, es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia el que conocerá de este procedimiento. No hay que dejar de señalar que a diferencia del juicio arriba comentado, esta acción cuenta con su propia ley, denominada Ley Reglamentaria del art. 65, frac. I, inciso g), de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

En lo relativo a la legitimación activa, es muy limitada, en razón de que solo la pueden promover cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes del cabildo que haya emitido la norma o el acto impugnado. Ello nos indica que la parte demandada lógicamente es el propio cabildo emisor de lo controvertido; igualmente, tiene el carácter de parte el procurador del estado a quien se la vista para que intervenga en el procedimiento.

Por lo que ve al plazo, la demanda deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes a que entre en vigor la norma o acto impugnado, y una vez desarrollado el procedimiento previsto en la propia ley, el Pleno pronunciará resolución, la cual, en el caso de contener declaratoria de invalidez, se mandará publicar en el *Periódico Oficial* de la entidad.

José Manuel Chavarrín Castillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (TLAXCALA)

Como puede apreciarse de la lectura del art. 81 de las reformas llevadas a cabo al texto constitucional del estado de Tlaxcala en 2001, al Tribunal Superior de Justicia del estado se le faculta para actuar como tribunal de control constitucional en funciones de pleno, correspondiéndole conocer, de acuerdo

con la redacción de la fracción primera, a una especie de amparo local, el cual se encargará de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los gobernados; en su fracción segunda hace alusión a una figura análoga a las controversias constitucionales del ámbito federal, adoptando el término de competencia constitucional, mismo que en esencia, respetando el ámbito competencial y a las partes que intervienen dentro de este procedimiento, es parecido, como ya fue dicho, a la figura federal de las controversias constitucionales.

En su fracción tercera se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, figura también afín al medio de control constitucional inmerso en el art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Presentando la peculiaridad de que su ejercicio no solo corresponde a las minorías parlamentarias, sino que amplía este ejercicio, concediéndoselo a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; esto, en caso de normas jurídicas de carácter general provenientes del Congreso del estado, y en las cuales se plantea una violación abstracta a la Constitución local.

En la hipótesis de normas jurídicas de carácter general provenientes de algún ayuntamiento o consejo municipal, donde se plantea una violación abstracta a la Constitución local, aparte de las minorías de ayuntamientos o consejos municipales, se faculta al gobernador del estado, a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a las universidades públicas estatales, incrementando a su vez el término para ejercitar estas acciones de inconstitucionalidad, que será de noventa días.

Por lo que respecta al quórum y a la votación calificada de los integrantes del pleno, se hace el señalamiento por lo que respecta al primero, que éste deberá estar formado por lo menos con doce magistrados, y en cuanto a la segunda, que ésta deberá ser de diez magistrados (actualmente el Tribunal está constituido por nueve magistrados, por lo que debe adecuarse el quórum y la votación calificada).

Es necesario resaltar que en las acciones contra la omisión legislativa, además de corresponder su ejercicio a las autoridades estatales y municipales, les corresponde también a las personas residentes en el estado.

Con la experiencia adquirida de las Constituciones locales de Veracruz y Coahuila se reduce el margen de las minorías para promover la acción de inconstitucionalidad local, de la tercera parte en el caso de Veracruz, el 30% en el de Coahuila, y concediendo esta participación al 25% de los diputados que integren el Poder Legislativo del estado, y al 25% de los municipios del ayuntamiento o consejo municipal, según sea el caso.

El desarrollo del derecho procesal constitucional estadual en Tlaxcala se ha llevado a cabo de manera inconsistente, al inicio de manera lenta, después con una rapidez inusual, y en estos momentos, casi nula.

Dos causas pueden ser primordialmente el origen de esto.

Primero: el posible enfrentamiento que pudiera suscitarse entre el criterio emitido por estos tribunales constitucionales locales y nuestro máximo tribunal a nivel federal, en donde se puede descartar la desventaja de los tribunales constitucionales estatales, ya que al ingresar a temas de carácter constitucional, esto resulta novedoso y desconocido para ellos, y por tal motivo no llevan a cabo el procedimiento de estas figuras prefiriendo que sea la Corte federal

la que marque el sendero o de la pauta a criterios constitucionales, evitando con esto la contradicción antes señalada.

Segundo: la segunda de las causales radica en un auténtico respeto a lo que se ha denominado la teoría de la división de los poderes, y que se enmarca con la independencia y autonomía de cada uno de ellos en su quehacer cotidiano, y que dado el rezago que ha existido para que se cumpla con este objetivo, hace ver que si tales tribunales estatales no poseen estos dos supuestos, difícilmente podrán ser imparciales en cuestionamientos que importan de manera preponderante el respeto a cualquiera de los poderes constituidos. Esto mismo redundaría en la falta de credibilidad respecto a los pronunciamientos que se hagan cuando dichos poderes se encuentran en contradicción, y que además de falta de credibilidad generan desconfianza hacia las instituciones.

Por lo que es importante que los tribunales locales lleven a cabo tales pronunciamientos, y que éstos se encuentren provistos de justicia y equidad para que redunden en beneficio de la sociedad, sociedad ansiosa de justicia pronta, expedita e imparcial.

Es necesario resaltar la frac. VI del art. 81 de la Constitución del Estado de Tlaxcala, el cual hace referencia a las acciones en contra de la omisión legislativa, el cual hace alusión a que el ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, dando como resultado la participación de los ciudadanos en los medios de control constitucional estatal, así como que al pronunciarse el Tribunal Constitucional Estatal en este tipo de acciones en favor de los ciudadanos del estado de Tlaxcala sirve para que el Congreso estatal cumpla con la función natural que tiene encomendada en el texto constitucional de Tlaxcala, y esto, como se ha mencionado, en el sistema federal, constituye una supremacía de un poder sobre otro, situación prohibida en la Constitución federal.

Carlos González Blanco

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (VENEZUELA)

El derecho procesal constitucional en Venezuela, que tiene por objeto el estudio de los procesos y procedimientos de control de constitucionalidad; es decir, mediante los cuales se imparte la justicia constitucional, aun cuando sin esa denominación específica es una disciplina jurídica que se comenzó a desarrollar a partir de la reforma constitucional de 1947, mediante la cual se introdujo en el país un cambio sustancial en el régimen político, estableciéndose las bases de un régimen democrático, que comenzó a asegurar el control judicial del poder, y que luego de una década de dictadura militar, a partir de 1958 florecería con el desarrollo del modelo de Estado democrático y social de derecho, que se consolidó con la Constitución de 1961.

Fue por tanto, a raíz de la entrada en vigencia de dicha Constitución de 1947, cuando comenzaron a aparecer en la historia de la bibliografía jurídica venezolana los primeros estudios monográficos sobre el tema de la justicia constitucional, con los trabajos del profesor Pablo Ruggeri Parra: *La Supremacía de la Constitución y su defensa. Jurisprudencia del alto tribunal venezolano (1870-*

1940), Tipografía Venezuela, Caracas, 1941, y *Estudio sobre control constitucional*, Editorial Venezuela, Caracas, 1946. A ese estudio le siguió, en 1955, la tesis de grado del profesor José Guillermo Andueza sobre *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1955, trabajo que sin duda fue uno de los primeros estudios modernos sobre el derecho constitucional en el país.

Con posterioridad, después de la entrada en vigencia de la Constitución democrática de 1961, proliferaron los estudios sobre el derecho constitucional, y, en especial, sobre la justicia constitucional, de manera que en 1972 salió publicada la obra del profesor Humberto J. La Roche, sobre *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1972, 278 pp.; en 1977 se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías sobre *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, 219 pp.; y una década después, en 1983, la obra del profesor Orlando Tovar Tamayo, sobre *El jurisdicción constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, 149 pp. En 1987, además, se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías, sobre *Estado de derecho y control judicial (justicia constitucional, contencioso administrativo y amparo en Venezuela)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, 657 pp. A ella le siguió la publicación de la obra del mismo profesor Brewer-Carías sobre *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; y posteriormente, del mismo autor siguieron otros trabajos sobre justicia constitucional, publicados en dos de los siete tomos de su obra sobre *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1997 (tomo V. *Derecho y acción de amparo*, 577 pp. y el tomo VI. *La justicia constitucional*, 642 pp.)

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no solo hubo un nuevo resurgimiento de los estudios de derecho constitucional en general, sino específicamente sobre el tema de la justicia constitucional, lo que se manifestó con la publicación del trabajo del profesor Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, 130 pp.; y del profesor Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, 134 pp. Posteriormente el profesor Brewer-Carías publicó su libro sobre *La justicia constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2007.

Posteriormente, el profesor Brewer-Carías publicó en 2012 su obra sobre *Derecho procesal constitucional. Instrumentos de la justicia constitucional*, editada por Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2912, 628 pp. Una segunda edición de esta obra salió publicada por Ediciones derecho y Ley Ltda. Bogotá, 2013, 614 pp.; y una tercera edición está en curso de edición en 2014 por el Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, con sede en Caracas. Este libro, en realidad, fue el primero que se publicó en Venezuela con el título de “derecho procesal constitucional”. Posteriormente se han publicado sobre el tema los siguientes libros: Humberto Enrique III Bello Tabares, *Sistema de amparo: derecho procesal constitucional. Un en-*

foque crítico y procesal del instituto, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 618 pp.; y Antonio J. Bello Lozano Márquez, *Lecciones de derecho procesal constitucional: procesos judiciales de naturaleza constitucional*, Caracas, 2013, 167 pp.

Por otra parte, después de una multitud de estudios monográficos publicados en revistas jurídicas sobre justicia constitucional y control de constitucionalidad, la expresión “derecho procesal constitucional” fue utilizada en diversos artículos doctrinales, y entre ellos, los siguientes: Jesús María Alvarado Andrade, “La necesaria disputa por el empleo de la expresión derecho procesal constitucional en Venezuela,” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 146, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 185-218; Gonzalo F. Pérez Salazar, “Justificación del estudio del derecho procesal constitucional en Venezuela”. *Anuario de Derecho Público*, núm. 2, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 85-92; y Jesús María Alvarado Andrade, “Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional en Venezuela (notas apreciativas críticas sobre nuestro sistema de justicia constitucional)”, *Revista de Derecho Público* núm. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 21-57.

El Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, fundado en 2012, por otra parte, fue el primer centro de investigación universitario establecido en el país con el propósito de estudiar y divulgar la disciplina del derecho procesal constitucional en Venezuela. El Centro ha organizado congresos internacionales sobre el tema, habiendo publicado los siguientes libros: Gonzalo Pérez Salazar y Luis Petit Guerra (coordinadores), *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor*, Universidad Monteávila-Centro Venezolano de Derecho Procesal Constitucional-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011; *La justicia constitucional en el estado social de derecho, en homenaje a Néstor Pedro Sagüés*, Universidad Monteávila, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2012, 501pp.; *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantía de los derechos humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de Funeda*, Caracas, 2013; siendo todo ese esfuerzo el colorario, a nivel universitario, del inicio del desarrollo de la disciplina, que se originó con la creación de diversos cursos de posgrado sobre derecho procesal constitucional en diversas facultades de derecho de diversas universidades, como la Universidad Monteávila y la Universidad Católica Andrés Bello.

De lo anterior resulta, por tanto, que la disciplina del derecho procesal constitucional, con tal denominación, comenzó a tener desarrollo efectivo después de más de una década de estar en vigencia la Constitución de 1999.

Allan R. Brewer-Carías

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (VERACRUZ)

En México, la institución del control judicial de la constitucionalidad fue introducida en la esfera de las entidades federativas a partir de la Constitución de Veracruz del año 2000, seguida de ejercicios similares en Coahuila y Tlaxcala (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Estado de México,

Nuevo León (2004), y otros más que se han ido incorporando paulatinamente a partir de novedosos ejercicios de ingeniería constitucional (en la actualidad existen más de veinte estados de la República en contar con mecanismos de control constitucional). Esta tendencia inaugura lo que la doctrina ha denominado “derecho procesal constitucional local” (Ferrer Mac Gregor y Vega Hernández, 2003: 198), que comprende los distintos instrumentos encaminados a proteger, dentro de los Estados federales, descentralizados o autonómicos, la normativa constitucional de sus entidades federadas, provincias o comunidades autónomas, a través de órganos jurisdiccionales especializados. Es así que los sistemas de jurisdicción constitucional locales que vienen floreciendo a partir de la experiencia veracruzana prevén, entre otros instrumentos: a) *Amparos locales*, para la protección de los derechos humanos previstos en sus Constituciones; b) *Acciones de inconstitucionalidad*, para impugnar normas generales expedidas por órganos locales o municipales, otorgando legitimación a múltiples sujetos y organismos; c) *Controversias constitucionales* entre órganos y poderes locales, incluyendo a los municipios; d) *Acción por omisión legislativa*, para impugnar la inactividad del legislador local que afecte el cumplimiento de preceptos constitucionales; e) *Cuestión de inconstitucionalidad*, en la cual el juez ordinario local eleva la consulta de constitucionalidad al órgano especializado a efecto de que resuelva si una norma legal o de inferior jerarquía, resulta contraria al texto supremo de la entidad federativa; f) *Control difuso*, al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva e inatacable; g) *Control previo*, cuando se somete al órgano jurisdiccional especializado algún proyecto de norma por estimarlo contrario al texto supremo, a efecto de que pueda ser modificado antes de entrar en vigor; y h) *Acción por el no ejercicio de la acción penal, de reserva de la averiguación previa o de resoluciones de sobreseimiento* que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el Ministerio Público. Ahora bien, por cuanto hace al diseño institucional de los órganos encargados del control constitucional local tenemos que resultan relevantes los modelos adoptados, pues en algunos casos dicha función es realizada por los plenos de los tribunales superiores de justicia; por una sala constitucional; o incluso por un tribunal constitucional (Astudillo, César y Casarín León, 2010: 145 y ss). Para el caso de la entidad veracruzana, tenemos que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como tribunal constitucional, conocerá de los siguientes asuntos: a) controversias constitucionales que surjan entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo, y entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios, y la resolución del Pleno del Tribunal Superior de Justicia las declare inconstitucionales, ésta tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; b) acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o decretos que se consideren contrarios a la Constitución local, debiendo ejercitarse dentro de los 30 días siguientes a su promulgación

y publicación por el gobernador del estado o, cuando menos, la tercera parte de los miembros del Congreso local, requiriendo la misma votación calificada como en el caso de las controversias constitucionales, para que se declare la invalidez de la norma con efectos generales; c) acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política del estado, y que interponga el gobernador o, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; en la misma se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso local, para que expida la ley o el decreto respectivo. Si transcurrido este plazo no se atendiera la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades en tanto se expide dicha ley o decreto. Por su parte, la Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, tiene competencia para: a) conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos por actos o normas de carácter general que conculquen los derechos humanos que el pueblo veracruzano se reserve, provenientes del Congreso o gobernador del estado, y de los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal y municipal, así como de los organismos autónomos del propio estado; b) conocer y resolver en única instancia, de las resoluciones del Ministerio Público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el órgano ministerial; c) sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, así como formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal, y d) dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por las demás salas, tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos, y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de 30 días naturales. La Sala tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones cuando se advierta de manera manifiesta que no tienen trascendencia en el proceso. Los particulares no podrán hacer uso de esta facultad. Como podemos apreciar, en el estado de Veracruz el control constitucional es compartido entre la Sala Constitucional y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia. La primera tiene competencia para actuar como órgano especializado y terminal de naturaleza constitucional, únicamente en las hipótesis del juicio para la protección de derechos humanos y en la consulta que realicen los demás jueces sobre la constitucionalidad de una norma local en un proceso concreto. En los demás casos, es decir, tratándose de controversias y acciones de inconstitucionalidad, incluyendo a la omisión legislativa, su papel se reducirá a órgano de instrucción al sustanciar y elaborar el proyecto de sentencia definitivo que será resuelto por el Pleno. Existen en la actualidad algunos factores que han condicionado la eficacia y legitimidad de los sistemas de control constitucional locales, destacándose entre ellos la ausencia de bases mínimas en la Constitución general, que permita por un lado homogeneizar un conjunto de mecanismos de defen-

sa integral de los textos fundamentales estatales, así como la delimitación y debida articulación de aquéllos con los instrumentos de control constitucional federales, como es el caso del juicio de amparo.

Manlio Fabio Casarín León

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (YUCATÁN)

Su primera manifestación es la consabida y notoria impronta del juicio de amparo en la Constitución yucateca de 1841, obra de don Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, así como su posterior federalización virtud a la cruzada que emprendió don Mariano Otero. Sin embargo, durante más de siglo y medio el sistema constitucional yucateco fue ayuno en establecer procedimientos jurisdiccionales para el control de la carta magna local; así, la carestía de un juez constitucional denotó la inexistencia en la entidad de una Constitución, como verdadera norma jurídica.

Siguiendo la inercia del estado de Veracruz (2000) y de otras entidades como Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004), en 2010 el Congreso del Estado de Yucatán aprobó diversas reformas a la Constitución de la localidad, que en lo que nos atañe dotó al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de facultades para erigirse en un auténtico tribunal constitucional, con jurisdicción para conocer de procedimientos tendentes a conseguir la regularidad constitucional estatal. Debe destacarse que el actual Pleno está conformado por once magistrados.

Dichos medios de control son: a) la controversia constitucional; b) la acción de inconstitucionalidad; c) la acción por omisión legislativa o normativa, y d) el control previo de constitucionalidad respecto de proyectos de ley aprobados por el Congreso. A continuación esbozaremos cada uno de ellos.

Controversia constitucional. Su objeto es resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes órganos de gobierno que pertenecen a órdenes distintos, así como entre órganos que forman parte del mismo orden del régimen interno del estado, con base en lo dispuesto por la Constitución yucateca, sin perjuicio de las controversias constitucionales, que le compete resolver de manera exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esa confrontación competencial puede darse entre: 1. El estado y los municipios; 2. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; 3. Dos o más municipios del estado, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales, y 4. Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del estado o municipios. Se excluye expresamente a las cuestiones de índole electoral. Se considera como innovación que dos municipios de una misma entidad federativa ventilen sus diferencias ante un tribunal constitucional, pues éste es un supuesto no comprendido por la carta magna federal en el art. 105, frac. I. Cuentan con legitimación activa: el Poder Ejecutivo; el Poder Legislativo; los municipios (y sus órganos) y los organismos públicos (autónomos y otros). A pesar de que el inciso d) del art. 70, frac. I, de la Constitución yucateca indica que la controversia podrá darse entre “Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del

Estado o Municipios”, ello no legitima al Poder Judicial estatal para promoverlo, así como tampoco sería procedente contra actos del Poder Judicial, pues éste es el árbitro, y no puede ser juez y parte. Los plazos para promover serán: a. Cuando verse sobre actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación de la resolución; al que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al que el actor se ostente sabedor de los mismos, y b. Cuando se trate de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación o al día siguiente al que se produzca el primer acto de aplicación de la norma.

Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas de carácter general, estatales o municipales que se consideren contrarias a la Constitución Política del estado. La legitimación activa recae en: a) el Ejecutivo del estado; b) el Fiscal General del estado; c) el 33% de los integrantes del Congreso, en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por los ayuntamientos; d) el 33% de los regidores del municipio en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por el ayuntamiento, y e) los organismos públicos autónomos, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia. Llama la atención que el 33% del Congreso estatal solo puede impugnar normas municipales aprobadas por los ayuntamientos, mas no disposiciones estatales (empero, sí puede ejercer el control previo), en tanto que el Ejecutivo y el Fiscal General no tienen ese límite; los órganos públicos autónomos, únicamente podrán activar el procedimiento cuando la norma corresponda al ámbito de su competencia. Se considera novedoso que al 33% de los regidores se les conceda acción para impugnar normas del propio municipio. El plazo para ejercer la acción es dentro de los treinta días naturales siguientes al de publicación de la norma. Las resoluciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por al menos las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado.

Acción contra la omisión legislativa o normativa. Es un mecanismo que procede por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la Constitución yucateca el Congreso, el gobernador y los ayuntamientos. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado (es el único medio de control en donde se legitima a ciudadanos para instarlo). Se podrá promover dentro de los treinta días siguientes a que haya vencido el plazo otorgado para expedir alguna disposición de carácter general. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decrete la existencia de omisión legislativa o normativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado. La resolución del Pleno, respecto a omisiones del Congreso del estado, otorgará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

Control previo de constitucionalidad. Es procedente respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del

estado y hasta antes de su promulgación y publicación. Se encuentran legitimados para activarlo el gobernador; el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; el Fiscal General del estado; los Titulares de los organismos públicos autónomos y los presidentes municipales en el ámbito de su competencia. Las decisiones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del estado, serán obligatorias para éste.

La Procuraduría General de la República reclamó en sendas acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (8/2010 y 11/2011) los aludidos medios de control; no obstante, su validez ha sido declarada por ese alto tribunal. A la fecha únicamente se ha activado la jurisdicción constitucional local en dos ocasiones, vía *controversia constitucional*. La primera de ellas derivó de un conflicto entre el Congreso del estado y el Ayuntamiento de Tinum (1/2011), mediante la cual se abordó el tema del cambio de cabecera de un municipio; la segunda, generada por un diferendo entre el Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa del estado y el Consejo de Notarios (1/2012), que abordó el tema de la legitimación pasiva del Poder Judicial en esa especie de asuntos (cuenta habida que el tribunal demandado se encuentra incardinado en el Poder Judicial del estado). Se confía en que, una vez que ya han sido validados por la Corte tales procesos constitucionales, la sociedad yucateca y los entes correspondientes acudan con mayor frecuencia a dicha importante instancia, que favorece a la construcción de un Estado democrático de derecho, al régimen federal de competencias y a la vinculación jurídica de los ordenamientos constitucionales.

Jorge Rivero Evia

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

El concepto de derecho procesal constitucional de la libertad es sinónimo de jurisdicción constitucional de la libertad, que puede definirse, entendida *lato sensu*, como el conjunto de procesos de carácter específico y tramitación sencilla y expeditiva, previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el internacional (en sentido propio, es la jurisdicción internacional de la libertad), para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los que conocen todos o algunos de los órganos judiciales de ese país (dimensión objetiva): recurso o juicio de amparo, acción de tutela, *hábeas corpus*, *hábeas data*...

Ahora bien, el derecho procesal constitucional de la libertad no debe identificarse, de una manera simplista, con la existencia de una garantía equivalente al amparo ante el tribunal o sala constitucional, sino que, más allá de ello, y salvo en los países de pequeñas dimensiones, lo verdaderamente esencial es la existencia de uno o varios procedimientos judiciales expeditivos específicos para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, quienes han de tener la primera palabra al respecto, sin perjuicio de que luego corresponda, como resulta altamente conveniente, a un tribunal

constitucional, donde lo haya, o al menos a un tribunal supremo, pronunciar la “última palabra” en determinados casos más o menos excepcionales.

Desde una perspectiva subjetiva y complementaria, puede también entenderse que el concepto hace referencia a los órganos jurisdiccionales encargados de dar efectividad a tales garantías procesales.

Por tanto, el derecho procesal de la libertad es un concepto que, al quedar ceñido a los procesos específicos y expeditivos de tutela, es más restringido que el de justicia constitucional de la libertad (en el que cabría incluir, sin más, a los *Ombudsmen* o al jefe del Estado, por ejemplo) y, obviamente, que el concepto de defensa de la Constitución, en el que las dos anteriores se incluirían.

El concepto, o al menos la terminología, de “jurisdicción constitucional de la libertad” fue acuñado, como enseguida veremos, por Mauro Cappelletti (1955) en su libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; pero es lo cierto que su valiosa obra no entra apenas en el estudio de la jurisdicción constitucional de la libertad *in genere*, como concepto de teoría de la Constitución, sino que se centra fundamentalmente en el estudio de los recursos constitucionales en la (entonces) República Federal de Alemania, Suiza y Austria. En el mundo jurídico hispano, el concepto de jurisdicción constitucional de la libertad lo ha acogido expresamente Fix-Zamudio, temprano traductor por cierto al castellano de la citada obra de Cappelletti (1961).

Rasgos. Desde una perspectiva de teoría general, los rasgos del derecho procesal constitucional de la libertad serían los siguientes:

- a) Versa sobre mecanismos procesales de protección, sobre procesos.
- b) El objeto de los procesos es la tutela de derechos fundamentales, entendiéndose por tales aquellos derechos humanos *incorporados al ordenamiento jurídico (interno o, en su caso, internacional) de que se trate*, lo que conlleva que el catálogo de los derechos fundamentales recibirá en cada ordenamiento un contenido distinto, según cuáles sean los derechos reconocidos, y en función de ello será más o menos amplio el derecho procesal constitucional o jurisdicción constitucional de la libertad de ese país. No obstante, esta remisión a cada ordenamiento para determinar la lista de derechos fundamentales, a fin de no reducir el derecho procesal constitucional a una categoría puramente formal, hay que matizarla en el sentido de que el catálogo de tales derechos ha de comprender, como mínimo, el “núcleo duro” de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- c) Se trata de procesos jurisdiccionales de carácter específico y tramitación expeditiva y sencilla. Si un derecho vale tanto como valen sus garantías, y a los derechos fundamentales, al ser proyección directa de la dignidad de la persona y ser “fundantes” (*Grundrechte*) del ordenamiento jurídico, les corresponde un “mayor valor”, según doctrina ya clásica, es razonable que para garantizar su protección se articulen mecanismos específicos de tutela. El carácter específico de estos procesos para la tutela de los derechos fundamentales impide considerar como parte del derecho procesal constitucional al sistema general de tutela judicial de los derechos (que se garantiza a través del derecho a la jurisdicción), por más que sea un presupuesto para la efectividad de estos derechos fundamentales y de los demás derechos, o la tutela refleja de los derechos fundamen-

tales que puede llevarse a cabo a través del sistema general de control de la constitucionalidad (incluso cuando ese carácter meramente reflejo de tutela es relativo, como ocurre en el control difuso o el concentrado incidental o normativo concreto), o garantías ya completamente ajenas a lo jurisdiccional, como la división de poderes, por ejemplo. La especificidad no ha de ser meramente formal, sino que materialmente hay unos rasgos que han de caracterizar a estos procesos específicos: a) rapidez; b) antiformalismo; c) amplias facultades del juez, especialmente de naturaleza cautelar; d) carácter preferentemente preventivo; e) amplias facultades para hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a la tramitación sencilla y expeditiva o sumariada de estos procesos, es también exigencia derivada de ese “mayor valor” de los derechos fundamentales, que requieren de la existencia no solo de procesos especiales de protección de tales derechos, sino que los mismos sean urgentes, preferentes respecto de los medios de tutela general de los otros derechos e intereses legítimos, y centrados simplificadoramente en la tutela de esos derechos fundamentales. En este sentido, es paradigmático el procedimiento de *habeas corpus*, que tuvo su origen en el derecho angloamericano, pero que ha adquirido un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física. La extensión de procedimientos expeditivos y eficaces de índole más o menos análoga para la protección de todos los demás derechos fundamentales de corte clásico distintos a la libertad física hablará del alcance que en un país o sistema internacional tenga el derecho procesal constitucional de la libertad; y en cuanto a los derechos sociales, es aún más preciso encontrar cauces adecuados y específicos (específicos no ya por contraste respecto de los demás derechos no fundamentales, sino también incluso por referencia a los derechos fundamentales clásicos) de tutela, por más que sea obligado reconocer que los mismos no podrán pretender alcanzar, al menos en la mayor de los casos y en la inmensa mayoría de los países, el mismo nivel garantista que sí es posible para los derechos de la primera generación, debido a los recursos limitados ante todo.

d) Ha de tratarse de procesos de probada efectividad. No basta con que se prevean garantías, sino que es preciso que estas sean mínimamente efectivas y tengan una operatividad real también mínima. Especialmente necesario es que brinden la necesaria tutela en un tiempo cuando menos razonable. Con ello se hace referencia a datos en parte sociológicos y que, en otra parte, pueden obtenerse a través de un análisis de las decisiones judiciales y su contenido. No obstante, debe aclararse que el porcentaje de amparos admitidos por los tribunales constitucionales (que no suele ser superior al 2%, y en Alemania lleva a hablar en la práctica forense y hasta en la doctrina de una *Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo *aussichtslos*, “sin esperanza”), como tampoco el porcentaje de asuntos relativos a derechos constitucionales de que llega a conocer finalmente el Tribunal Supremo de USA por medio del filtro del *writ of certiorari*, no es un criterio válido para juzgar la efectividad del sistema de garantías, que donde han de mostrar su operatividad real y cotidiana es sobre todo ante la jurisdicción ordinaria.

e) Procesos garantistas de naturaleza nacional (y preferentemente constitucional) o internacional. La mayor parte de las garantías de los derechos

fundamentales, y en las que en todo caso descansa el núcleo del sistema tutelar de los mismos, son las garantías nacionales. Dentro de ellas es un requisito relativo, aunque de extraordinaria importancia, el de su carácter constitucional, pues no necesariamente las garantías han de tener ese rango, aunque desde luego ésta constituya la situación ideal, por cuanto supone una manera de asegurar su permanencia y de su inalterabilidad frente al legislador, permitiendo que los derechos fundamentales se muestren jurídicamente como *Diktaturfestige* (“resistentes a la dictadura”).

Por otra parte, y en relación ya con los procesos internacionales para la salvaguarda jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en un plano regional como en uno universal, la garantía de tales derechos tropieza con dos dificultades: la soberanía nacional y el puesto del individuo en el derecho internacional. A estos dos problemas se une la falta efectiva de órganos jurisdiccionales que configuren los hechos originarios de las transgresiones o de órganos centralizados que apliquen las sanciones. La soberanía es un obstáculo de difícil superación para la creación de normas obligatorias para los Estados en materia de derechos fundamentales, y más aún en lo que se refiere a sus garantías, siendo ello especialmente cierto en los países descolonizados. Los Estados admiten aún con gran dificultad una autoridad judicial superior, extraestatal, que pueda imponer sus decisiones, y mucho menos que los particulares puedan acudir, tras haber agotado los recursos del derecho interno, a esas instancias superiores a intentar la satisfacción de sus pretensiones. Las garantías de carácter internacional que interesan, hoy por hoy, a los efectos del concepto de derecho procesal “constitucional” de la libertad son algunas de dimensión regional (en particular, el “amparo europeo” ante el Tribunal de Estrasburgo), y ello porque, pese a todos los avances y a la relevancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de alcance universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente), no hay en este ámbito al día de hoy mecanismos de garantía que reúnan las condiciones mínimas para configurar lo que aquí se entiende por derecho procesal constitucional de la libertad.

f) Procesos tendentes a la protección frente a la violación o amenaza tangible de vulneración (de los derechos fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares.

Las garantías procesales tienen siempre carácter terapéutico o remedial, constituyen el momento de crisis o peligro del derecho subjetivo, no son su momento habitual y constante, sino el momento, excepcional, en que el derecho fundamental se halla en un peligro, bien porque se ha producido su violación y se trata de ponerle fin de manera inmediata, obteniendo la correspondiente indemnización y dejando liso el camino para la continuidad en su ejercicio, removiendo los obstáculos precisos para ello; bien porque meramente se ha producido una amenaza tangible de lesión del derecho fundamental que justifica la adopción de medidas preventivas o precautorias frente a esa eventual violación.

Ahora bien, la lesión o amenaza de violación en puridad, más que un presupuesto *stricto sensu* de las garantías mismas, se trata de un presupuesto para su *aplicación*, pues esta tendrá muy frecuentemente por objetivo determinar si

hubo esa amenaza o violación al derecho en que el peligro, actual o potencial, consiste; basta, pues, con afirmar la existencia de una lesión o una amenaza para que sea posible hacer uso de las garantías del derecho. Distinto es que, en abstracto, conceptualmente, sea preciso que exista esa lesión, actual o al menos potencial, pero esa será normalmente una cuestión precisamente a dilucidar.

Por otra parte, la lesión tanto puede provenir de los poderes públicos *lato sensu* como de los propios particulares. Sin duda, junto a aquellos casos en que se prevea una tutela directa frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental por particulares habrá países en que las garantías no se extiendan a la protección frente a los particulares, y otros en los que la protección no sea directa, sino por vía indirecta, mediante el control de las resoluciones judiciales que no reparan la violación de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* (doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales: *mittelbare Drittwirkung* en Alemania, o doctrina norteamericana de la “*state action*”). La Situación ideal, en todo caso, está en una extensión de la jurisdicción constitucional de la libertad a las relaciones entre particulares, siempre, obviamente, que la naturaleza del derecho lo consienta, de modo que también en ese ámbito funcionen garantías procesales específicas, pues también entonces los derechos en juego son derechos de un valor especial, verdaderamente fundamentales, sin que el hecho de que la lesión provenga de otro particular justifique una tutela menos efectiva, mayormente en estos tiempos y en unas sociedades tan complejas como las actuales y de una manera aún más especial en un Estado social.

g) Procesos de garantía cuyo conocimiento y tramitación se atribuye a órganos judiciales nacionales o internacionales. Como ya se ha señalado, desde una perspectiva competencial, es posible diferenciar, por un lado, según la habilitación competencial para conocer de estos procesos corresponda solo al tribunal constitucional u órgano supremo de la constitucionalidad (derecho procesal constitucional de la libertad en sentido reducido), o se extienda a todos o una parte de los tribunales ordinarios (incluyendo, además, en su caso, al tribunal constitucional), que sería el derecho procesal constitucional de la libertad en el sentido lato en que aquí utilizamos el concepto. Y de otro lado, es posible diferenciar entre la tutela específica y sumaria brindada por los tribunales nacionales (incluyendo, en su caso, al tribunal constitucional) a través de los correspondientes procesos, que es lo que constituiría el derecho procesal constitucional de la libertad en sentido propio, y la tutela específica y breve otorgada por determinados tribunales internacionales (singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su competencia haya sido reconocida por el país de que se trate, que sería el derecho procesal “constitucional” internacional de la libertad, respecto del que no puede desconocerse que si bien se refiere a una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento “nacional” de dicha instancia judicial internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional, más allá de que algunos autores consideren incluso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son “tribunales constitucionales”. Lo importante es que di-

chos tribunales, nacionales o internacionales, gocen de un estatuto mínimo de independencia e imparcialidad que permita considerarlos *in genere*, de hecho y de derecho, como verdaderos tribunales, como una auténtica jurisdicción.

Joaquín Brage Camazano

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO

Es la rama del derecho procesal constitucional (en lo sucesivo “DPC”) dentro de la que se aglutinan las garantías constitucionales o instrumentos procesales a través de los cuales se procura que el diseño del Estado y la distribución de competencias para tal efecto señaladas en la norma constitucional sea hecho efectivo. En la terminología del maestro Fix-Zamudio, precursor en estas temáticas, el derecho procesal constitucional orgánico (DPCO) es lo que originalmente denominaría “jurisdicción constitucional orgánica”; concepto que en su sistematización se entiende en oposición a la “jurisdicción constitucional de la libertad”, como segmento que agrupa aquellos instrumentos que tienden a proteger los derechos o libertades (Fix-Zamudio 1998). Para el maestro en cita, el ahora referido DPCO comprende las garantías constitucionales tendentes a proteger directamente los principios y normas que consagran la distribución competencial del poder.

La distinción subyacente, antes aludida, en el concepto de DPCO refleja la tradicional dicotomía constitucional que identifica como contenidos constitucionales, por un lado, los derechos fundamentales (antes referidos como “garantías individuales”), conocida en su conjunto como parte “dogmática”; y, por otro lado, la diversa parte “orgánica” de la Constitución. Conforme a esta dicotomía, la parte orgánica de la Constitución es aquella donde se diseña y organiza el Estado mismo y se delinean los trazos sobre los que se ejercerá el poder público.

En principio, parecería que son los órganos componentes del Estado quienes podrían reñir entre sí por el irrespeto a la parte organizacional de la Constitución; y, en tal virtud, es la controversia constitucional (CC) la vía natural que comprendería este tramo del DPC, pues ese es su objeto natural o de origen. El maestro Fix-Zamudio ha considerado que en esta categoría se ubica dicho medio de control, y también las acciones de inconstitucionalidad, medios previstos, respectivamente, en las fracs. I y II del art. 105 constitucional. Más aún, la inclusión de las acciones de inconstitucionalidad en esta categoría amerita un comentario adicional; y cabe también considerar que hay otros instrumentos o procesos judiciales que pueden quedar considerados como parte del DPCO.

En efecto, la Constitución y la jurisprudencia han reconocido la posibilidad de que otros sujetos, de derecho público o particulares, puedan resentir que los órganos del Estado irrespeten los límites de su propio ámbito competencial y les han reconocido el derecho de acudir a tribunales a hacer efectivo ese derecho constitucional, de ahí que pueda señalarse —no sin dejar de insistir en que podría generarse alguna polémica— que hay otros medios de control constitucional que podrían clasificar con lo que venimos denominando DPCO (Hernández Chong Cuy 2011).

Esos otros medios para la resolución de conflictos que involucran la defensa o, más bien, hacer efectiva la parte organizacional o competencial de la Constitución son:

a) El conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales de distintos fueros. Este conflicto es raramente referido como una cuestión de control constitucional, pero sin duda es un conflicto competencial que tiene un origen constitucional, porque se presenta entre órganos del Estado que disputan cuestiones competenciales, que tiene como fuente su distinta interpretación de los arts. 73, 104 y 124 constitucionales. Se trata de un medio previsto constitucionalmente para que, ante la duda de a qué tribunales (“fuero judicial”) corresponde juzgar un asunto, esto pueda ser aclarado por los propios tribunales, generalmente por un tercer tribunal. Corresponde, en origen, su conocimiento a la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, en virtud de sus facultades para dictar acuerdos generales, es una atribución que desde 2001 ha sido delegada por Acuerdo General (con base en el art. 94 constitucional) a los tribunales colegiados de circuito.

b) El juicio de amparo por invasión de esferas. También llamado “amparo por invasión de esferas”, previsto en el art. 103, frac. III, de la Constitución, es una vía que *siempre que medie una afectación directa a un particular* —que es la cualidad distintiva del juicio de amparo—, se puede resolver si una autoridad actuó en detrimento o uso de facultades que le corresponden a otra, a propósito de un acto o ley que sea la que en particular haya sido impugnada en juicio. El conflicto en estos casos no se presenta ciertamente como una contención entre dos órganos políticos, sino más bien en un conflicto que tiene el particular (gobernado) con la autoridad, en tanto aquél considera que una cuestión competencial le causa agravio; pero se genera y se resuelve en clave y con base competencial (derecho constitucional organizacional).

c) La acción de inconstitucionalidad. Es una vía a través de la cual se estudia la conformidad de una norma con la Constitución, en la que la jurisprudencia ha admitido que, a merced de la revisión constitucional de la norma impugnada, se pueda verificar si el órgano Legislativo emisor actuó o no dentro de su esfera de competencias invadiendo la de otros. En efecto, se ha sostenido que en tal vía se pueden estudiar: i) la regularidad del proceso legislativo del que emana la norma; ii) vicios de competencia o incompetencia para la expedición de la ley, y iii) el contenido de la ley por sí mismo. Esto significaría que la acción de inconstitucionalidad, según se presente de caso en caso, puede fungir como medio del DPCO o del DPC de la libertad.

En el *sentido amplio* a que ha venido aludiendo a litigios de orden competencial u orgánico como sinonimia del DPCO los medios antes referidos tienen como materia de los mismos un elemento jurídico de orden competencial sobre el que los tribunales habrán de pronunciarse que, además, podrá ser determinante en la decisión judicial del caso y en la interpretación judicial de la parte organizacional de la Constitución.

Desde esta perspectiva, dentro del DPCO se podrían diferenciar aquellos medios que tienen por objeto salvaguardar un nicho competencial por sí mismo, o entre los que subyace un conflicto competencial en *sentido estricto* (entre los que ubicaríamos a la CC y conflictos de competencia entre fueros judicia-

les); de aquellos que tengan por objeto mediato (no inmediato) salvaguardar una esfera jurídica propia de derechos (juicio de amparo), criterio desde el cual la acción de inconstitucionalidad, dadas sus múltiples funciones, sería de subclasificación contingente.

Más aún, dentro de los conflictos competenciales en sentido estricto podríamos proseguir distinguiendo en tipos más específicos de estos, como son: i) conflictos de orden “vindicativo”, que serían aquellos en los que se hace valer que el demandado está realizando, casi a modo de usurpación, una facultad que corresponde a quien la demanda; ii) en forma de “incompetencia”, en los que acusa al demandado de no tener competencia para actuar como lo ha hecho, *pero sin que quién demanda necesariamente vindique para sí la facultad en cuestión*, o iii) de forma “invasiva”, en los que no se niega que el demandado pueda actuar en determinado rubro pero sí se le acusa de estar excediéndose en de lo que son los límites a las mismas (Hernández Chong Cuy 2011).

En México, estas distinciones no son de gran trascendencia, aunque son útiles pedagógicamente; pero en el DPC comparado no se trata de distinciones meramente teóricas, sino de alcances legales mayores. Por ejemplo, en otros países es necesario que en un conflicto competencial se haga valer una “vindicatio” para que se pueda considerar viable el juicio (García Roca 1993) (López Bofill 1999).

Lo antes dicho tiene como punto de partida que el respeto a los ámbitos de competencia de cada órgano del Estado no solo es exigible entre ellos mismos, sino también por quienes resulten por ello afectados en tanto se trata *a la vez* de un derecho de todos; de ahí que si este es nuestro punto de partida, resulte explicable que las fronteras entre ambas categorías del DPC puedan tener cierta flexibilidad.

María Amparo Hernández Chong Cuy

DERECHO PROCESAL ELECTORAL

Como imprescindible nota introductoria cabe señalar que el derecho electoral en México adquirió nuevo impulso, características y motivos, a partir de la reforma de 1977 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la expedición de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de ese año. Especial relevancia tuvo, en la teoría y en la praxis político-electoral, la institución del recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para impugnar las determinaciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de la calificación política de la elección de diputados federales.

Dada la determinante participación de la “sociedad civil” en la vida político-electoral de México, esta nueva etapa del derecho electoral se ha caracterizado por las múltiples reformas, adiciones y derogaciones a la CPEUM, en materia electoral, y a la legislación electoral ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva, hasta modificar y adicionar incluso a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) en 1996 y 2008.

Prueba de esta dinámica legislativa son las modificaciones a la CPEUM en 1986, 1990, 1993, 1994, 1996, 2007, 2011 y 2012, con la correlativa ex-

pedición del Código Federal Electoral en 1987 (CFE) y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (CFIPE) de 1990 y de 2008, con sus reformas en 1993, 1994 y 1996, así como la promulgación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de 1996 y sus reformas de julio de 2008.

Esta dinámica legislativa, sustentada en la realidad político-electoral de México, en los últimos 25 años del siglo XX y en los primeros doce años del siglo XXI, ha dado origen y consolidación a un nuevo apartado del derecho procesal mexicano, identificado como “derecho procesal electoral”, que se ha desarrollado lentamente en la academia en general y en la producción bibliográfica en especial.

En cambio, en la cotidiana práctica jurisdiccional la evolución ha sido permanente, acelerada y de contenido evidente, incluso a partir de la institución del Tribunal de lo Contencioso Electoral, con la reforma al art. 60 de la CPEUM en diciembre de 1986 y la promulgación del CFE, en febrero de 1987.

Esta evolución se ha dado tanto en la legislación constitucional y ordinaria como en la jurisprudencia del Tribunal Federal Electoral (1990-1996) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF: 1996-2013), a pesar de la jurisprudencia de la SCJN que negó, por fortuna temporalmente, a la máxima autoridad jurisdiccional electoral la facultad de determinar la inaplicación de una norma legal, por ser contraria a la CPEUM.

Estas tesis de jurisprudencia de la SCJN provocaron que la Sala Superior del TEPJF procediera a resolver los juicios y recursos de su competencia, recurriendo a la interpretación constitucional conforme y, cuando ello era insuficiente, a dictar sentencia en términos de lo previsto en los tratados tuteladores de derechos humanos, celebrados por el presidente de la República, con aprobación de la Cámara de Senadores, que tienen naturaleza de ley suprema de la Federación, en términos del art. 133 de la CPEUM.

La reforma de 2007 al art. 99 de la CPEUM restituyó literalmente al TEPJF la facultad de declarar, al resolver un específico medio de impugnación electoral, la inaplicación de un precepto legal, por considerarlo inconstitucional, lo cual ha coadyuvado a la acelerada y evidente evolución del derecho procesal electoral, enriquecido en el año 2011 con la reforma al art. 1o. de la CPEUM, en materia de derechos humanos, imponiendo a las autoridades, jurisdiccionales y administrativas, el deber de interpretar las leyes conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la intención siempre de proporcionar a las personas la protección más amplia.

Antes de definir este nuevo apartado del derecho procesal es necesario tener presente las diversas acepciones de la voz “derecho”, tanto en su contenido normativo, como sistema de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho, como en su sentido subjetivo, como facultad prevista en una norma jurídica, para observar determinada conducta o para exigir de otro una conducta determinada y, finalmente, como ciencia, cuyo objeto de estudio son los sujetos de derecho, con y sin personalidad jurídica, las aludidas normas jurídicas, así como las

facultades y deberes de naturaleza jurídica, comúnmente denominados obligaciones.

Bajo esta triple acepción, es decir, como rama de la ciencia jurídica, como conjunto sistematizado de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho y como conjunto de derechos y deberes de naturaleza jurídica, resulta oportuno definir al derecho procesal electoral como la rama o apartado autónomo del derecho público, que tiene por objeto inmediato, exclusivo y directo al proceso electoral.

Para este efecto se debe entender al proceso electoral como el conjunto sistematizado de hechos, actos y procedimientos jurídicos, de las partes directamente interesadas (actora o impugnante y responsable o demandada), de los terceros, vinculados (coadyuvante y tercero interesado) o ajenos a la relación sustancial (entre actor y responsable), así como del correspondiente órgano jurisdiccional del Estado, cuya finalidad consiste en resolver, mediante la aplicación del derecho, un conflicto de intereses jurídicos de trascendencia político-electoral, calificado por la pretensión de la actora y la resistencia de la responsable.

Esta rama del derecho procesal, tanto orgánico como dinámico o jurisdiccional, se caracteriza por ser autónoma, porque tiene legislación propia, tribunales especializados, doctrina o teoría jurídica específica y autonomía didáctica, por haber generado asignaturas y especialidades particulares en escuelas y facultades de derecho de las instituciones de estudios profesionales y de posgrado; sin embargo, lo más importante es que el derecho procesal electoral tiene principios e instituciones propios, si no totalmente distintos sí con características particulares, que los diferencian de los demás apartados del derecho.

No obstante, todavía falta dar contenido propio, sistematización y autonomía al derecho procesal electoral en otras latitudes; en especial en los países que ya han instituido tribunales electorales como los de México, cual sucede en Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana.

Flavio Galván Rivera

DERECHOS COLECTIVOS

I. CONCEPTO. Los derechos colectivos son un concepto ambiguo en muchos países, y México no es la excepción. Prueba de ello es que el legislador menciona tanto los conceptos de intereses como derechos, al hablar de los colectivos.

Ferrer Mac-Gregor alude a la utilización indistinta de los sustantivos “derechos” o “intereses”; sin embargo, esa denotación se explica: a) en cuanto la alusión a derechos se justifica cuando hay un reconocimiento legal como tal a favor de un titular y existe la correspondiente obligación o deberes específicos a cargo del destinatario; b) en cambio, la referencia a interés tiene cabida cuando a pesar de que no exista una específica y concreta obligación correlativa exigible, se confiere al afectado un poder de exigencia —reaccional— respecto a un contexto mínimo de legalidad, regularidad o responsabilidad ante la existencia un daño cualificado (ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población, es una expresión adecuada que se utiliza en

leyes sobre responsabilidad patrimonial del Estado, pero que aclara la idea de la afectación cualificada) o afectación a intereses. Por lo tanto, en adelante se habla de derechos o intereses (D-I) como un concepto amplio que permite reconocer y hacer valer afectaciones, incluyendo supuestos que se ubiquen en zonas grises.

Como una afirmación general, puede decirse que D-I “difusos” y “colectivos” son básicamente derechos que pertenecen a un grupo, como un todo, para reaccionar ante eventos dañosos o que causen un menoscabo y obtener restituciones. Este género es distinto de los D-I “individuales homogéneos” que solo protegen derechos particulares y divisibles, especialmente mediante acciones colectivas, pero relacionadas con daños individuales.

Decir que un D-I tiene la característica de ser “transindividual” o “supraindividual” significa que no es de la titularidad de un individuo, sino que es atribuible a una entidad colectiva o plural, en lo referente a los sujetos, como un todo, y no solo se trata de una mera colección o agregación de derechos individuales.

Algunos ejemplos de D-I “supraindividuales” son la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de los anuncios o la seguridad de los productos, ya que la titularidad pertenece a un sector o segmento de la comunidad como un todo y no a un individuo específico ni al gobierno. En consecuencia, este derecho está situado en medio del derecho público y del derecho privado, ya que los destinatarios pueden ser el Estado o un particular y, por lo general, satisface intereses generales.

El concepto de “indivisibilidad del derecho” se refiere a que el objeto o bien tutelado por el D-I no puede ser dividido, en la medida en que no puede fraccionarse en casos o porciones individuales separadas. Esto significa que no es posible dividir el D-I en “cuotas” atribuibles de modo autónomo a cada uno de los miembros del grupo ni considerar a los individuos como titulares. Por tanto, existe tal relación estrecha entre los intereses de todos los miembros del grupo que cuando una decisión judicial es favorablemente otorgada a un miembro, ello implica la satisfacción a todos los demás, y cuando los D-I de uno solo de los miembros son violados, ello implica la violación de todos los D-I del grupo.

II. CLASIFICACIÓN. El Código Federal de Procedimientos Civiles (mexicano) en su art. 580, frac. I, los define y clasifica como “I. Derechos e intereses colectivos —*lato sensu*— que comprende a los difusos y a los colectivos —*stricto sensu*, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho (difusos) o determinable y vinculadas por situaciones de derecho comunes (colectivos *stricto sensu*)”.

III. LEGISLACIÓN. En los últimos años se han producido reformas aisladas y nuevas leyes que introducen, a partir de los D-I colectivos, a los individuales homogéneos, proveyendo las acciones colectivas como modalidad de instancias procesales, especialmente adecuadas para la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que intentan compensar asimetrías y vulnerabilidades, aunque con ciertas modalidades respecto a límites en la legitimación.

Los códigos de procedimientos civiles estatales no las regulan, salvo en tres casos —Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007)— a pesar de existir algunas propuestas concretas de la doctrina mexicana para crear capítulos expresos en dichos ordenamientos.

IV. JURISPRUDENCIA. Se puede apreciar, además, que previamente al trabajo legislativo, han sido los tribunales del Poder Judicial de la Federación quienes han venido insertando, a través de la jurisprudencia, las nociones de los conceptos de derecho colectivo y difuso.

Cabe destacar la tesis I.4o.C.136 C de rubro: “Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes”, en la que se advierte que para adecuar la tutela de los D-I colectivos o difusos, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada persona, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa, además de requerir una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer prolongada o costosa la tutela de estos derechos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis CCXXXV/2013 (10a), de rubro: “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”, estipula el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, y que debe permitir a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-622/07, determina que los derechos colectivos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro, en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y a cada uno de los individuos, y que como tales exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo.

V. LEGITIMACIÓN. La legitimación procesal sufre distintas interpretaciones, sobre todo cuando debe analizarse quién es el afectado en casos de D-I difusos, surgiendo siempre el dilema de si quien promueve es la persona afectada o el titular del derecho lesionado. Este cuestionamiento se problematiza cuando de manera conjunta se deducen D-I colectivos y la reparación de individuales homogéneos, lo que justifica evaluar, por supuesto, dos referentes o estándares de legitimación *ad causam*.

En todos los casos es pertinente distinguir la naturaleza de los D-I afectados para así determinar quién debe promover la protección respectiva, aten-

diendo que los D-I pueden ser tutelados por el objeto o en razón de los sujetos que componen al grupo, de conformidad con la clasificación previamente citada en el apartado de legislación. En ese sentido, resulta que los derechos pueden tener el calificativo de colectivos en razón de los: a) sujetos (titular y destinatario), siendo transindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, pero también por; b) objeto (bien, cosa, servicio o prestaciones) tenga el carácter de indivisible, y por ende es colectivo.

Jean Claude Tron Petit

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad son una institución de derecho civil. Su origen se presenta en la jurisprudencia francesa en el siglo XVIII, a través de la regla general de responsabilidad civil, que establece: “El que causa daño a otro tiene como sanción la obligación de repararlo”, a la manera de la *actio iniuriarum* romana, contemplado en el Código Napoleón. Pero como noción surge en 1909 con la publicación de un artículo de E. H. Perreau titulado “Los derechos de la personalidad”, donde contempla la reparación del daño cuando se afectan los sentimientos de una persona.

Existen varias definiciones de lo que conocemos como derechos de la personalidad. Para Castán Tobeñas, en la obra *Los derechos de la personalidad*, son “Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos morales, de la persona”. Para Ferrara, son los derechos que “Garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su propia persona, la actuación de las propias fuerza físicas y espirituales”. Estas definiciones tienen carácter de derechos subjetivos, como facultad determinada por la norma jurídica a cada persona; sin embargo, deben contemplar situaciones actuales y concretas. Por ello nosotros definimos de la siguiente manera a los derechos de la personalidad: “derechos subjetivos privados con una doble faceta. La primera implica la autodeterminación y protección, y la otra es la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido. Todo ello recae sobre los bienes inmateriales más preciados para una persona, como su vida, honor, libertad, vida privada, etcétera”.

Destacan de nuestra definición los siguientes elementos: primera. Son derechos subjetivos privados; segunda. Con doble faceta: a) Implica autodeterminación y protección. b) Faculta a la persona para demandar la reparación de los daños que haya sufrido. La tercera. Estas facultades se ejercen sobre bienes inmateriales, como la vida, la libertad, la igualdad, el honor, la vida privada, la imagen, los derechos sobre el cuerpo en vida, sobre el cadáver, sobre la voz, sobre la identidad, y muchos derechos más.

I. SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos porque la facultad o poder se encuentra en el orden jurídico. Kelsen señala al respecto: “La esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho que la norma jurídica otorga al individuo el poder jurídico de reclamar mediante la acción por el incumplimiento de una obligación”. Solo cuando la norma jurídica establece la existencia de derechos o facultades

a favor de una persona se puede exigir su respeto a través de la acción jurisdiccional.

La definición propuesta destaca la *facultad que la persona tiene sobre sí misma*, pero estas potestades las tendrá con los límites establecidos dentro del orden jurídico. Si bien es cierto que la persona es el sujeto que puede disponer de sí misma, también lo es que no tiene el poder absoluto sobre sí. Los límites siempre han de estar fijados por la esfera jurídica del gobernado, que se encuentra determinado por el sistema jurídico al que pertenece.

Son derechos subjetivos privados porque la persona actúa en su protección contra la acción o conducta de un particular, siempre en relaciones entre igualdad, y no de particular a estado, porque en este supuesto se hablaría de violación directa a derechos humanos o garantías individuales, y estaríamos en materia de derecho constitucional y no civil. Mientras que los derechos humanos y las garantías individuales están garantizados por el derecho público e internacional, los derechos de la personalidad están garantizados por el derecho civil.

Así mismo, las instancias y los efectos por la violación de los derechos humanos, garantías individuales y derechos de la personalidad son diversos. Tratándose de derechos humanos, en nuestro país se puede acudir a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o a las comisiones locales. El efecto es tener una resolución donde se recomiende a la autoridad responsable que verifique su actuar; mas dichas recomendaciones no son obligatorias para la autoridad en tanto que la violación a las garantías individuales es protegida a través del juicio de amparo, y el efecto es restituir al gobernado en el uso y goce de sus garantías.

En materia puramente civil, se acude a tribunales civiles, donde se busca obtener una sentencia favorable en la cual se obligue al demandado a reparar el daño moral causado.

II. DOBLE FACETA: AUTODETERMINACIÓN, PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO.

1. *Autoprotección*. Los derechos de la personalidad permiten que la persona participe activamente en autodeterminación. Gracias a esta facultad, la persona puede disponer de ciertas manifestaciones derivadas de estos derechos. Por ello, encontramos la posibilidad de la donación de órganos o hacer partícipes de hechos privados a otros, de tal manera que la persona dispone parcialmente de manifestaciones de estos derechos.

Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos facultan a la persona para que ella misma intervenga en su protección. Un ejemplo claro es la facultad que tienen las personas para restringir su información privada que se encuentre en bases de datos. Este es el llamado *hábeas data* o protección de datos personales, que se ha incorporado en varios países, que se complementa con legislación particular sobre la materia.

Esta facultad hace en el caso de la protección de estos derechos de la personalidad, que participe activamente y pueda, a través de mecanismos jurídicos, realizar incluso actos jurídicos tendientes a garantizar sus intereses y procurar evitar daños de imposible reparación.

Como parte de su protección, ha de tomarse en cuenta la facultad que tiene la persona para acudir ante los tribunales y solicitar, ante una posible

agresión, emitir las medidas pertinentes para evitar que se cause el daño, o para impedir que se siga causando, cuando éste ya se presentó.

2. *La reparación del daño.* Ante la injerencia, violación a afectación al grupo de bienes considerados en conjunto como derechos de la personalidad y trae aparejada la facultad para reclamar la reparación del daño moral, que consiste en una indemnización. Como regla general encontramos que debe ser fijada en dinero; sin embargo, encontramos la opción de reparación a través de conductas de hacer o no hacer. A manera de ejemplo, cuando la injerencia es contra el derecho al honor, como reparación del daño se otorga al afectado el derecho de réplica.

III. BIENES TUTELADOS. El término de “derechos de la personalidad” engloba ciertos bienes superiores a los económicos, como la vida, el honor, etcétera; por ello muchos los consideran bienes, o en términos de derecho penal, son bienes jurídicamente tutelados; son valiosos por sí mismos, independientemente del valor económico. Señala con acierto Ihering que la tradición romana llamaba bien solo aquello apreciable económico, pero agrega que “La libertad, la vida, el honor, son inestimables”. Y sin embargo, cuando se atenta contra ellos el derecho romano castigaba esta “violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena”.

Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral, cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio.

La seguridad jurídica se logra, según Ihering, en la concepción de bienes jurídicos protegidos, independientemente de su valor económico o no, aunado al interés, utilidad y goce son para lograr seguridad jurídica. Por ello es que afirmó: “los derechos son intereses jurídicamente protegidos”. Castán Tobeñas redondea perfectamente el argumento del alcance de la protección de los derechos subjetivos de la personalidad cuando señala que “La teoría de los derechos de la personalidad pertenece fundamentalmente al derecho privado. Ha respondido al propósito de que sean reconocidos y proclamados tales derechos como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil”. Por tanto, los derechos de la personalidad tienen como objeto garantizar la dignidad de la persona en las relaciones entre particulares.

Elvia Lucía Flores Ávalos

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS GENÉTICOS

I. DERECHOS INDÍGENAS CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS. En el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados han sentido la necesidad de complementar las principales declaraciones y convenciones que abarcan los derechos humanos universales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con varios documentos adicionales que contengan los derechos de grupos específicos (por ejemplo niños y personas con discapacidad). Se considera necesario este trabajo porque las personas

ubicadas en estos grupos suelen ser especialmente y constantemente vulnerables a los abusos de derechos humanos, debido a un registro histórico de opresión y de los patrones persistentes de discriminación y/o marginación en muchas sociedades. Las mismas motivaciones subyacen a la creación de derechos de los pueblos indígenas dentro de los derechos humanos. Esto puede verse claramente en los siguientes argumentos presentados por el grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo en sus *Directrices sobre Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*: “En muchos lugares del mundo, los pueblos indígenas enfrentan una historia de discriminación y exclusión que les ha mantenido al margen de las sociedades mayoritarias con las que conviven. Por esta razón, enfrentan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada” (2008, 6). “Los pueblos indígenas, como colectivos, tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante. Su igual valor y dignidad sólo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no sólo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente” (2008; 6).

Los derechos de los pueblos indígenas se articulan en dos principales documentos internacionales:

— El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, un tratado jurídicamente vinculante adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 (que sustituye al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957), y

— La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración de aspiraciones adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007.

Estos documentos proporcionan reglas y recomendaciones para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Los primeros incluyen los derechos humanos universales asignados a cada uno, los últimos incluyen los derechos a la libre determinación de los pueblos, derechos sobre la tierra, recursos, conocimientos, instituciones, tradiciones y costumbres. Los pueblos indígenas son definidos por la Organización Internacional del Trabajo como:

“Los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, art. 1o.).

II. LOS RECURSOS GENÉTICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. Los recursos genéticos es un término usado para describir el “material genético de valor real o potencial” que puede ser de “origen vegetal, animal, microbiano o de otro origen” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 2o.). Constituyen la base de la biodiversidad del planeta, son vitales para la producción agrícola,

y se ha encontrando cada vez más, mayores aplicaciones para su uso industrial, por ejemplo, en la producción de productos farmacéuticos, productos agrícolas, los biocombustibles, tintes y enzimas. Muchas de las áreas donde se encuentran asentados los grupos indígenas son ricas en diversidad biológica, que es de gran interés para los grupos de investigación, públicos y privados, como fuente de los recursos genéticos.

El enfoque dominante del derecho internacional sobre los recursos genéticos es el de dotar de soberanía a los Estados de los derechos sobre los mismos. El acceso a los recursos genéticos se realiza con el consentimiento informado previo del Estado proveedor y debe ser negociado en condiciones mutuamente acordadas, incluidas las condiciones de participación en los beneficios del uso posterior de los recursos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el principal ejemplo de este enfoque, pero también ocurre en otros acuerdos, como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos.

Los documentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de los derechos en relación con los recursos naturales y los conocimientos asociados a los mismos. Algunas normas internacionales sobre recursos genéticos, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya, incluyen el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen derechos sobre algunos de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos. Estas normas exigen que, al menos, deban ser consultados sobre el uso de sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, así como en la negociación de los acuerdos de distribución de beneficios. Otras normas internacionales, las cuales pueden influir en demandas de propiedad sobre los recursos genéticos —como el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual— todavía no incorporan ese reconocimiento, y en la actualidad hay varios procesos de negociación en curso para tratar de conciliar esas normas con los derechos de los pueblos indígenas.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS DOCUMENTOS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales no se refiere específicamente a los recursos genéticos, sin embargo, sus disposiciones en materia de recursos naturales tienden a aplicarse. Se especifica, por ejemplo, en el art. 15, que “Los derechos de los pueblos relacionados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán de protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se refiere específicamente a los recursos genéticos, se establece en el art. 31 que los pueblos indígenas tienen los derechos de “Mantener, controlar, proteger, desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora... también... tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarro-

llar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

IV. LA REFLEXIÓN DE ESTOS DERECHOS EN LAS NORMAS PERTINENTES A LOS RECURSOS GENÉTICOS. Uno de los objetivos de la Convención sobre la Diversidad Biológica es “la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (art. 1o.). La Convención aplica el enfoque de los derechos soberanos del Estado sobre los recursos genéticos, pero sí proporciona reconocimiento a la importancia de los conocimientos tradicionales, y compromete a los Estados a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... y promover su amplia aplicación, con la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8-j).

Para ir más allá de la elaboración de las disposiciones de la Convención sobre acceso y participación en los beneficios, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización en el año 2010. Las disposiciones del Protocolo relativas a los pueblos indígenas se centran principalmente en los derechos sobre el conocimiento tradicional, con un cierto reconocimiento de la inseparabilidad que este conocimiento conlleva sobre los recursos genéticos. Lo anterior alienta a los Estados a proporcionar una distribución justa y equitativa de los beneficios con la comunidad que provee estos recursos para la utilización de estos conocimientos y recursos, y el otorgamiento previo del consentimiento informado el acceso en condiciones mutuamente convenidas.

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos (adoptado por la Organización para la Agricultura y la Alimentación en 2001), reconoce las contribuciones de las comunidades indígenas y locales, en el desarrollo de varios recursos genéticos de plantas; sin embargo, las disposiciones de distribución de beneficios se centran principalmente en los pequeños agricultores en los países en desarrollo.

Existe una amplia preocupación por parte de algunos Estados y comunidades indígenas acerca de las disposiciones de la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y los derechos de los pueblos indígenas en general, puesto que no están adecuadamente reflejados en las normas internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual. La discusión de estos temas se ha desarrollado principalmente en dos foros internacionales: el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial del Comercio y el Comité Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Preocupaciones similares se han planteado en ambos foros en la última década, pero los avances en el Comité de Recursos Genéticos son más avanzados. Se han producido varios documentos de orientación y una base de datos en línea sobre la biodiversidad y el acceso relacionado a los acuerdos de distribución de beneficios. Actualmente se está en el proceso de elabora-

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

ción de uno o más instrumentos legales “para la protección eficaz de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, y para hacer frente a los aspectos de propiedad intelectual sobre el acceso y participación de los beneficios de los recursos genéticos” (OMPI, sin fecha).

Las principales preocupaciones planteadas han sido: el patentamiento del uso de los conocimientos tradicionales, el cual no ha sido adecuadamente reconocido en búsquedas previas del estado del arte; que puede haber malversación o mal uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales sin el consentimiento previo de los titulares indígenas, y que no se requiere la revelación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, ni que haya evidencia de haber obtenido el consentimiento informado previo en condiciones mutuamente convenidas. Más detalles acerca de estos temas se pueden encontrar, por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio de 2006 / Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, reporte de *La Protección de los Conocimientos Tradicionales y Folclore: Resumen de las Cuestiones Planteadas*, y a través de la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int/tk/en/igc/).

Catherine Rhodes

*(traducción de María de Jesús Medina-Arellano
y Emily Guadalupe Patrón Becerra)*

DERECHOS DEL NIÑO (GENERAL)

Por derechos del “niño” debemos entender los derechos humanos que corresponden a las personas menores de edad, tanto aquellos derivados de su condición de seres humanos como por su situación de minoría de edad. El art. 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño identifica como “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la legislación aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, es decir, cada Estado tiene la facultad de determinar el límite de la minoría de edad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio establecido por la Convención para definir lo que se entiende por “niño”, para referirse a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad (OC-17/2002).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento jurídico que, en buena medida, da forma a los derechos de las personas menores de edad. Los antecedentes de este instrumento son la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1989). A diferencia de la Convención, las dos declaraciones son catálogos limitados de derechos que se orientan principalmente de la protección de los niños y no son jurídicamente vinculantes. La Convención, por su parte, consta de 54 artículos, que recogen derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y crea el Comité de los Derechos del Niño como órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados.

El tratado se complementa con tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

En la Observación General núm. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención*, el Comité identifica cuatro artículos que constituyen principios generales: interés superior del niño (art. 3o.); no discriminación (art. 2o.); derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6o.); y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones (art. 12).

La discusión teórica en relación con los derechos del niño se centró durante muchos años en el debate sobre la autonomía. En este sentido, algunos autores defensores de la teoría voluntarista se oponían a reconocer la titularidad de derechos subjetivos durante la infancia, debido a la ausencia de capacidad de autonomía de la voluntad. Desde esta postura los derechos subjetivos constituyen ámbitos de protección de las decisiones del individuo que implican la posibilidad de ejercer el derecho o renunciar a él, por lo que los niños no pueden ser titulares de derechos al carecer de esta capacidad. En contraste, las teorías del interés, que consideran que el origen de los derechos subjetivos son los intereses de las personas, defienden la utilización del lenguaje de los derechos para las personas menores de edad. Uno de los textos más representativos de este debate es “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right” (1976), de la autoría de Neil MacCormick.

Sin embargo, ambas posturas comparten la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad, lo que ha sido cuestionado por la literatura dedicada a los derechos de la infancia de los últimos años, así como por las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en su interpretación de los artículos de la Convención. Este “paradigma de la minoridad” que sustenta la existencia de dos categorías perfectamente diferenciadas, menores-incapaces y ciudadanos-capaces, ha sido cuestionado por el concepto de autonomía progresiva, que sostiene la posibilidad de ir reconociendo facultades de manera gradual, conforme al desarrollo de las capacidades de la persona y pone un especial énfasis en el derecho a la participación.

La protección constitucional de los derechos del niño ha tomado diversas formas: en algunos casos se menciona expresamente a los niños y se les atribuyen algunos derechos, en otros casos se reconoce a los niños como titulares de derechos y se hace una remisión al derecho internacional y, un tercer modelo establece derechos a favor de la familia y los hijos. Es este último el más frecuente en las Constituciones latinoamericanas, aunque no el más adecuado, pues circunscribe al niño en el núcleo familiar, sin reconocerle todos aquellos derechos fuera de éste, además de que excluye a aquellos niños que, por alguna razón, no tienen una familia.

En las últimas décadas y como resultado de la aplicación de la Convención, se ha comenzado a utilizar, en el idioma castellano, la expresión “niñas, niños y adolescentes” para referirse a los destinatarios de las garantías derivadas de los instrumentos internacionales y la legislación nacional. Esta

distinción obedece a la importancia de incorporar la perspectiva de género, visibilizando a las niñas y, en segundo término, a diferenciar la infancia de la adolescencia con el fin de ir reconociendo la capacidad de autonomía progresiva, que incluye un régimen especial para las personas —adolescentes— en conflicto con la ley penal.

Mónica González Contró

DERECHOS DEL NIÑO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En América Latina se explica la Convención sobre los Derechos del Niño como el paso de la “Doctrina de la Situación Irregular” a la “Doctrina de la Protección Integral” (Emilio García Méndez, Mary Beloff, Daniel O’Donell). Según esta teoría, antes de la Convención, la ley distinguía entre “menores” y “niños”, siendo los primeros aquellos en condición de abandono o en conflicto con la ley penal y los segundos quienes estaban dentro del ámbito destinado a la infancia, la familia y la escuela. La “Doctrina de la situación irregular” legitimaba la intervención (generalmente traducida en institucionalización) por parte del Estado sobre los “menores” en situación de abandono o peligro, así como hacia aquellos que habían cometido un delito. La Convención, por el contrario, reconoce como titulares de un amplio catálogo de derechos a todas las niñas y niños, sin importar su condición.

En el ámbito interamericano no existe un instrumento específicamente dirigido a las personas menores de edad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se limita a establecer en el art. 19 que: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a este artículo debe dársele una interpretación dinámica que reconozca al niño como verdadero sujeto de derechos y no únicamente como objeto de protección (OC-17/2002).

La Corte ha reiterado en diversas resoluciones también que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* de protección internacional y se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados.

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una solicitud de Opinión Consultiva *sobre la interpretación de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.* En respuesta a esta solicitud, la Corte emitió el 28 de agosto de 2002 la Opinión Consultiva 17/2002 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.*

La opinión señala que niñas y niños *poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.* Se subraya también la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para la garantía de estos derechos.

Se destaca el papel de la familia como núcleo primordial para el desarrollo del niño; de acuerdo con lo anterior, debe garantizarse el derecho a la identidad, a ser cuidado y educado por sus padres y a mantener relaciones familiares.

En relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, la OC-17 establece la obligación de crear un sistema especial, diferenciado de aquel dirigido a los adultos, en donde se garanticen los principios materiales y procesales que corresponden al debido proceso: a) juez natural; b) doble instancia y recurso efectivo; c) principio de inocencia; d) principio de contradictorio; e) principio de publicidad.

En la jurisprudencia de la corte se considera también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son contemplados tanto en la Convención Americana, como en la Convención de Naciones Unidas y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional. El interés superior del niño se entiende así como la garantía de todos sus derechos y la obligación de asegurar el acceso a lo necesario para su desarrollo, que debe ser considerado tanto en la legislación como en su aplicación.

En lo referente al derecho a la vida, la condición de ser niño obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal y obliga a los Estados a prevenir situaciones que pudieran conducir a su afectación. Asimismo, supone que la vida revista condiciones dignas, lo que implica la garantía del derecho al acceso al agua, alimentación, salud y educación. El incumplimiento en la adopción de medidas especiales, cuando tiene como consecuencia la muerte de la persona menor de edad, constituye una violación del derecho a la vida imputable al estado.

En algunas de las resoluciones las niñas y niños son considerados como víctimas a causa de los daños ocasionados por la vulneración de los derechos humanos de sus padres y que les afectan negativamente; por ejemplo en el caso de niños indígenas desplazados.

El desarrollo integral del niño constituye, según la corte, el objetivo de los tratados internacionales en la materia. La jurisprudencia interamericana reitera la interpretación hecha por el Comité de los Derechos del Niño, considerando al desarrollo como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Considera también que la discriminación puede conducir a la vulneración de otros derechos, ya sea por negar el acceso a un derecho (por ejemplo, el registro civil) o derivado de la estigmatización que vincula la delincuencia con las condiciones de pobreza.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos casos contenciosos sobre los derechos del niño. La primera resolución en la materia fue el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (1999). Otras sentencias relevantes son: *Bulacio vs. Argentina* (2003), *Hermanos Paquiyauri vs. Perú* (2004), “*Instituto de Reeducación del Menor*” *vs.* Paraguay (2004), *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005), *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (2005), *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006), *Servellón García vs. Honduras* (2006), *Masacres de*

Ituango *vs.* Colombia (2006), Comunidad Indígena Sawhoymaxa *vs.* Paraguay (2006), Tiu Tojín *vs.* Guatemala (2008), Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala (2009), Comunidad Indígena Xákmok Kásek. *vs.* Paraguay (2010), Rosendo Cantú *vs.* México (2010), Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala (2010), González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México (2011), Gelman *vs.* Uruguay (2011), Familia Barrios *vs.* Venezuela (2011), Atala Riffo y niñas *vs.* Chile (2012), Forneron e hija *vs.* Argentina (2012), Furlan y familiares *vs.* Argentina (2012), Mendoza y otros *vs.* Argentina (2013).

Mónica González Contró

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (SISTEMA DE PROTECCIÓN)

La expresión “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) se utiliza preferentemente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que en los contextos internos suele emplearse la terminología “derechos sociales”.

Los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos. De hecho, son pre-requisitos para el disfrute de varios de estos últimos. Piénsese por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales aquéllos serían poco más que simples palabras o sólo “derechos de o sobre el papel” como de modo crítico lo denomina prestigiosa doctrina (Ferrajoli, Wellman, Guastini). Expuesto en otros términos, por medio de hechos y no de fraseología vana debe garantizarse un *mínimo vital* intangible en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Como no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo, se torna imprescindible la búsqueda de caminos procesales constitucionales para efectivizarlos en los marcos jurídicos estatales (el *amparo* es de gran valor al efecto) o, eventualmente, de vías idóneas para acceder a instancias internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos o Comité de DESC de la ONU).

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera, media separación antinómica. El empleo léxico de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos (ver Cançado Trindade, Rabossi), puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue que si los derechos tienen un carácter integral, también lo debe tener su protección. La escisión de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la universalidad, la interrelación e interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIa Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/24 [Parte I], cap. III Viena, 25 de junio de 1993), que precisamente potenciara aquellos

caracteres, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional” (Parte II, párr. 98 de la declaración y el programa de acción aludidos).

Los Estados deben garantizar las condiciones mínimas para la protección y la concreción de los DESC, que son derechos fundamentales. El respeto y la realización fáctica de éstos vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al ejecutivo, al diseñar las políticas sociales; al legislativo, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al judicial, al aplicar e interpretar la normativa emanada de los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales e inconvencionales en que éstos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos (que no debe verse como una crónica inocuidad) y procurar enervar los intentos de regresividad injustificada a su respecto.

Sin perjuicio de que todos los órganos del poder constituido están involucrados en tales menesteres, sin duda la actividad de la judicatura constitucional adquiere singular importancia ya que el recaudo de agotamiento de los recursos internos para viabilizar el acceso a alguna instancia internacional de protección requiere ineludiblemente la intervención de aquélla, por lo que su rol en este ámbito es esencial en tanto garante final de los derechos humanos en el plano doméstico. Es igualmente significativa la intervención jurisdiccional porque su actuación —al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión en el campo de los DESC— produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues una línea jurisprudencial consistente puede ser un valioso instrumento para incidir en la formación o el redireccionamiento de políticas públicas en materia social, especialmente en momentos en que los niveles de desigualdad, exclusión y pobreza se tornan más acuciantes.

En cuanto a las alternativas protectorias internacionales, en la dimensión *interamericana* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene sólo una norma acerca de los DESC: el art. 26, bajo el título “Desarrollo progresivo”. La cláusula en cuestión aparece un tanto difusa y se refiere al logro progresivo de la plena efectividad de tales derechos, “en la medida de los recursos disponibles”. Además, y a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos, en la citada disposición los DESC no aparecen directamente individualizados sino aludidos por vía de remisión a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha producido un desarrollo jurisprudencial muy profuso en torno a la cláusula en análisis. Pueden relevarse dos casos en el particular, aunque en puridad en ambos evitó pronunciarse sobre la invocada vulneración de tal artículo: “Cinco Pensionistas *vs.* Perú” (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98) y “Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú” (Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas,

10. de julio de 2009, Serie C, núm. 198). En el primero de ellos la interpretación del art. 26 aparece desenfocada pues pareciera exigir [impropiamente] la convergencia de una violación colectiva de DESC en el Estado en cuestión para poder expedirse al respecto; mientras que en el segundo, se aprecian consideraciones más elaboradas y superadores en el particular, por ejemplo, al dejar sentado que las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la CADH resultan también aplicables al art. 26, *ibidem*.

En el marco de la búsqueda de técnicas argumentales o vías alternativas que propicien la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC en la esfera interamericana, deben contabilizarse —entre otras— los principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Pese a tales estrategias mediatas, es imperioso que la Corte IDH profundice la discusión y avance en la línea de conferir plena justiciabilidad al art. 26 de la CADH más allá de los enlaces indirectos que pudieran existir entre los DESC y otros derechos consagrados en dicha Convención y que ha constituido en general la posición corriente que en la materia ha asumido el Tribunal. Justamente, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador” (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261) ofrece interesantes aristas y muestra el buen camino que debe transitarse en el sentido indicado.

No puede omitirse indicar un importante instrumento internacional específico en la materia: el Protocolo de San Salvador, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Dicho Protocolo prevé un sistema de *informes periódicos* acerca de las medidas progresivas que los Estados hubieran adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el protocolo. Pero además, establece una vía de *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aunque restringidas a los supuestos de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1.‘a’) y al derecho a la educación (art. 13), en los términos del art. 19.6, *ibidem*. Pese al reducido espacio acordado a las peticiones individuales, podrían explorarse también alternativas vinculadas a otros preceptos del Protocolo, cuando exista conexión lógica entre ellos; además de acusar casos de discriminación respecto de la libertad sindical o los derechos relacionados con la educación (ver García Ramírez).

En el ámbito europeo, y además del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (complementado por dieciséis protocolos) que principalmente se ocupa de derechos civiles y políticos, existe la Carta Social de 1961, que cuenta con dos protocolos consolidados por medio de la Carta Social revisada de 1996, y cuyo órgano de supervisión es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ya en el contexto de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, que es un instrumento internacional vinculante a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa (10. de diciembre de 2009), se nutre de los citados convenio y carta social europeos.

En el plano universal (Comité de DESC), debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección tradicionalmente radicaba en la im-

posibilidad de presentar denuncias individuales ante el mencionado Comité. Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante la 63a reunión de la Asamblea General de la ONU (Resolución A/RES/63/117), en vigor desde el 5 de mayo de 2013.

Víctor Bazán

DERECHOS FUNDAMENTALES (FUERZA EXPANSIVA)

Las Constituciones de la segunda mitad del siglo XXI (las que se han llamado Constituciones del neoconstitucionalismo), se caracterizan por ser textos considerablemente más amplios que las que se habían expedido con anterioridad a ese tiempo, y además, están plagadas de normas redactadas en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad.

Como se sabe, la aplicación de los principios debe llevarse a cabo en la mayor medida posible (por eso Robert Alexy define a los principios como “mandatos de optimización”), considerando las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas, las posibilidades jurídicas, están determinadas por la presencia en el ordenamiento constitucional de principios opuestos, que van configurando y limitando el alcance de cada derecho fundamental.

Al respecto, Robert Alexy señala que los principios “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible”.

Esta visión de los principios nos permite afirmar que tienen una “lógica expansiva”, dado que se deben aplicar en la mayor medida posible. Un altísimo porcentaje de las normas que regulan derechos fundamentales son precisamente principios, lo que explica y justifica la llamada “fuerza expansiva” de los derechos, la cual vendría determinada en virtud de su peculiar estructura normativa.

Por otra parte, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene también de las técnicas de interpretación que les son propias y que explican lo que algunos autores como Riccardo Guastini han llamado la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

De acuerdo con Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como

las relaciones sociales”. Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.

Una de las características de la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico es la “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizá aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”.

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales.

Como apunta Konrad Hesse, “los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.

Una de las técnicas mediante las que se plasma en la realidad dicha sobreinterpretación es la llamada “interpretación conforme”, prevista expresamente en el párrafo segundo del art. 1o. de nuestra Constitución mexicana, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011. La interpretación conforme implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el art. 10.2 de la Constitución española, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En consecuencia con lo que llevamos dicho, se puede afirmar que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene de su peculiar estructura normativa (dado que son normas redactadas en forma de principios) y de las técnicas de interpretación que caracterizan al llamado neoconstitucionalismo, entre las que cabe destacar la “interpretación conforme”. A partir de dicha fuerza expansiva, el conjunto del sistema jurídico debe ser leído e interpretado desde la óptica de los derechos fundamentales, los cuales condicionan tanto la validez como los sentidos hermenéuticos posibles de todas las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento.

Miguel Carbonell

DERECHOS FUNDAMENTALES (TITULARIDAD)

Los derechos fundamentales tienen como principal cometido proteger los bienes más esenciales de todo ser humano. Ernesto Garzón Valdés ha llamado los bienes básicos, que son aquellos que nos hacen moralmente autónomos. Es decir, los bienes que nos hacen personas de verdad, y no meramente seres que nacen, respiran, se reproducen (o no) y mueren.

Es precisamente por ello, dado que la humanidad comparte en lo más esencial las mismas necesidades, que podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el art. 1o. de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

En la categoría de personas se incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o morales. En el caso de las personas jurídicas, la titularidad de derechos estará restringida a aquellos que no requieran —dado su contenido normativo de un ejercicio— personalísimo; por tanto, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos que sean compatibles con su propia naturaleza. En otras palabras, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así por ejemplo, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la reintegración de los presos a la sociedad, del derecho

a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

En el derecho comparado abunda la evidencia sobre lo que se acaba de señalar, en el sentido de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Así por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables” (art. 19.3). De forma parecida, el art. 12 de la Constitución de Portugal dispone que “Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución” (art. 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento constitucional, aunque no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (sentencia 23/1989).

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, le permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU se ha referido al tema de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en su observación general núm. 31, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados generadas por los derechos humanos.

En ese documento, la Comisión señala que “[l]os beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto (se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966) son los individuos. Si bien, a excepción del art. 1o., el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto... pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de estos (art. 1o. del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos” (párrafo 9).

Ahora bien, es cierto que en el constitucionalismo contemporáneo hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados “derechos de participación política”, enunciados en el art. 35 de nuestra carta magna (entre esos derechos se encuentra el derecho de votar y de ser votado). En muchos países democráticos

se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, cabe señalar que los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de los seres humanos, los cuales las pueden llegar a situar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, migrantes, reclusos, adultos mayores, etcétera.

De forma parecida, se ha producido un fenómeno que podríamos llamar de “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características cada vez más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla en muchos textos constitucionales ya no de la igualdad o de la libertad en general, sino en concreto del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

La enunciación de los derechos se ha ido particularizando con el paso del tiempo, los catálogos constitucionales o convencionales en que tales derechos están plasmados contienen en la actualidad lo que podría denominarse una “microrregulación” de los mismos, como resultado de dicho proceso de especificación de sus contenidos.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet (en México ya previsto en el art. 6o. constitucional), los derechos políticos de los migrantes, los derechos de las generaciones futuras, el matrimonio gay, el derecho a una muerte digna, los derechos de los animales no humanos o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta. Es probable que en el futuro sigamos viendo una ampliación de los catálogos de derechos, en la medida en que van surgiendo fenómenos que ponen en riesgo la dignidad de la persona.

Es algo que debemos alentar, sin hacer caso a quienes se quejan de que hay un proceso de “inflación” de los derechos humanos y de que ya son demasiados los derechos que hoy tienen las personas. Lo cierto es que los derechos humanos —como ya se dijo— protegen los bienes más importantes de toda persona, de modo que si en un momento dado llegan a plasmarse como tales es porque hay poderosas razones que lo justifican. La mejor prueba de ello es que todos los derechos o expectativas que se han ido incorporando a las constituciones y a los tratados internacionales a lo largo del tiempo han llegado para quedarse: ninguno ha sido derogado o removido del ordenamiento jurídico que lo ha previsto como tal.

La de los derechos es una “matriz expansiva”, ya que se van añadiendo nuevos derechos pero nunca se restan derechos o se comprimen las declaraciones en las que están contenidos.

Miguel Carbonell

DERECHOS HUMANOS (ASPECTOS BIOÉTICOS)

El desarrollo científico a lo largo del siglo XX experimentó una transformación cualitativa especialmente importante, caracterizada por la posibilidad de aplicación del conocimiento científico de manera mucho más rápida mediante la tecnología, que no es finalmente más que conocimiento aplicado, de ahí incluso que se haya acuñado el término de “desarrollo tecnocientífico”. En los siglos anteriores el desarrollo de la ciencia era más lento, y más aún lo era la posibilidad de aplicación práctica de ese conocimiento con impacto y utilidad para la vida cotidiana de las personas.

La ciencia ha transformado al mundo, las sociedades e incluso a las personas en unos cuantos años. La transformación de nuestro mundo en solo un siglo, el XX, que pasó del transporte con tracción animal a los viajes interplanetarios, del horror y la crueldad de los campos de las guerras mundiales a la llamada “guerra fría”, en que la humanidad vivía pendiente y temerosa del estallido de una conflagración atómica que habría de significar el fin de la humanidad, hasta la internacionalización y universalización de los derechos humanos, que no obstante sus características como producto cultural occidental, hoy tienen un reconocimiento y aceptación generalizados a nivel mundial.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, la biología y las ciencias de la salud se sumaron al vertiginoso tren de alta velocidad de la producción científica y tecnológica, lo que vino a redimensionar la relación de los individuos con la vida en general y con la vida humana en particular, especialmente a partir del descubrimiento en 1953 por Watson y Crick de la estructura de la doble hélice de la molécula del ADN, que abrió las puertas a un replanteamiento del conocimiento biológico y sobre la vida humana misma, así como a la promesa de grandes desarrollos en el área médica y de la atención de la salud.

El desarrollo de las ciencias y la tecnología, en especial en el campo de las ciencias médicas y biológicas, que han propiciado cada vez mayor impacto de la actividad humana en el medio ambiente y su degradación, fueron el detonante de las preocupaciones del bioquímico, profesor e investigador de oncología de la Escuela de Medicina de la Universidad de Wisconsin, Van Rensselaer Potter, que en 1970, apartándose de su campo de investigación, publicó un artículo titulado “Bioética, la ciencia de la supervivencia”, y al año siguiente su famoso libro *Bioética, puente hacia el futuro*, con lo que dio origen a una nueva disciplina, que hoy tiene un amplísimo impacto y desarrollo en todo el mundo.

La bioética surgió desde su inicio como un campo de trabajo interdisciplinario, que busca aprovechar el conocimiento de las ciencias físicas, biológicas, sociales y humanísticas, para que en un esfuerzo de trabajo y reflexión conjuntos se puedan alcanzar consensos éticos sobre los nuevos problemas relacionados con la vida que nos plantean los desarrollos científicos y tecno-

lógicos, que nos enfrentan a realidades cualitativamente diferentes a las que ya conocíamos.

El derecho se ubica entre las ciencias o disciplinas morales, en tanto pretende orientar la conducta humana de acuerdo con valores, primando por supuesto la realización de la justicia en las relaciones sociales. Aunque el derecho no se confunde con la moral, pues tiene una identidad propia, puede afirmarse de forma general que el derecho en su conjunto sirve a la ética, en tanto que mediante el derecho se institucionalizan en la sociedad los valores identificados como los más importantes para la convivencia, y en ese contexto los derechos humanos son el desarrollo ético más acabado, incluso puede afirmarse que hoy día constituyen el núcleo ético del derecho

El derecho recoge de la sociedad los valores que ésta ha asumido como propios y los transforma en bienes y valores jurídicos que desarrolla y con los que dota de contenido a las normas jurídicas. Por eso el derecho no es ni puede ser arbitrario, todo el sistema jurídico está dotado (o debiera estarlo) de un contenido ético que le da sentido y fuerza a la obligatoriedad de las normas jurídicas, al grado de que es en razón de esos valores que podemos hablar de la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

Al ser los derechos humanos, como lo hemos dicho arriba, el núcleo ético del derecho y su regla moral, en un sentido práctico, además de la expresión jurídica de la dignidad humana, son de manera natural el punto de contacto entre el derecho y la bioética, pues los derechos humanos habrán de reflejar y recoger los consensos que se alcancen en la reflexión ética sobre estas nuevas situaciones. Más aún, los derechos humanos mismos deben ser considerados como una parte de la bioética, en cuanto son expresión de los principios éticos desarrollados dentro del propio derecho como sistema ético normativo. Así el derecho es parte de la bioética misma en tanto disciplina inter y multidisciplinaria, única forma capaz de abordar la riqueza y multidimensionalidad de las realidades que estudia.

Por otra parte, el vínculo entre la bioética y los derechos humanos es permanente y estrecho, pues todos los temas y dilemas que aborda hacen referencia a derechos humanos expresamente reconocidos hoy día, e incluso recogidos en multitud de documentos tanto de carácter nacional como internacional, algunos incluso expresamente referidos y producidos a raíz del debate bioético. En ese contexto es importante la integración de los derechos humanos en la reflexión bioética, de manera que le sirvan de marco y guía, pues como hemos señalado arriba los derechos humanos están orientados precisamente a la protección de la dignidad humana, constituyen un paradigma ético para los estados y las sociedades contemporáneas, como un logro ético de la historia de la humanidad y gozan de aceptación y reconocimiento generalizados.

De la misma manera, la función de teoría moral que cumplen los derechos humanos, desborda el campo estrictamente jurídico e incide en el ámbito de las ciencias sociales y morales, por lo que necesariamente la bioética debe incluirlos en la reflexión ética que realiza. Los derechos humanos son así parte ineludible de la bioética, pero además los derechos humanos y el derecho en general sirven a la bioética como el medio para institucionalizar los consensos y desarrollos sobre los temas que aborda, como lo acreditan las declaraciones

universales sobre Genética Humana y Derechos Humanos y sobre Bioética y Derechos Humanos, elaboradas por la Comisión de Bioética de la UNESCO y finalmente adoptada por su Asamblea General, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, y la multitud de resoluciones y recomendaciones sobre temas específicos formuladas por el Comité de ministros del propio Consejo y el Parlamento Europeo, que surgieron inicialmente de instancia de reflexión bioética y terminaron por concretarse en documentos jurídicos y en nuevos derechos humanos, o al menos en nuevas expresiones de los ya existentes

Desde el campo de los derechos humanos nos queda por delante una enorme tarea, que es la identificación de la normatividad que se está viendo desbordada o superada por las nuevas situaciones y realidades que generan los desarrollos científicos y tecnológicos, poniendo en riesgo la dignidad y derechos de las personas, y no nos referimos aquí solo al campo del derecho sanitario o de la salud, sino a todas las otras áreas del derecho que no han recogido las nuevas realidades en las materias que regulan, como es el caso del derecho medioambiental, la regulación de la producción agropecuaria, la propiedad intelectual, e incluso, el derecho de familia.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

DERECHOS HUMANOS, CIENCIA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Por más de 40 años, los Estados tienen articulado, desarrollado y reafirmado en repetidas ocasiones su compromiso con el desarrollo sostenible como una ruta vital de avance para la humanidad. Esto ha incluido el reconocimiento continuo de la importancia de la ciencia y la tecnología para el desarrollo sostenible. El uso apropiado de la ciencia y la tecnología promoverá la consecución de los derechos humanos, pero para ello será necesario el sustancial desarrollo de capacidades alrededor del mundo

El desarrollo sostenible ha sido expresado por la comunidad internacional como “El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 43). En lo que a las “necesidades” respecta, “desarrollo sostenible requiere satisfacer las necesidades básicas de todos y se extiende a todos la posibilidad de aprovechar sus aspiraciones para una vida mejor” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 8). Una explicación más amplia de las necesidades básicas es proporcionada por la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: “Los requisitos mínimos para sustentar la vida... así como la educación y la información que permiten a los individuos y a las comunidades, ser productivos y hacer un uso racional de los bienes y servicios básicos disponibles” (1997, p. 3). Las necesidades básicas que generalmente se consideran son: la salud, la nutrición y la seguridad alimentaria, el acceso al agua potable y saneamiento, educación; vivienda y vestido. Esta concepción de las necesidades humanas tiene claras conexiones con los derechos humanos, por ejemplo, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es-

tablece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y su familia, incluyendo alimentación, vestido, vivienda y atención médica”.

De hecho, en términos más generales, el desarrollo sostenible puede ser visto como una extensión lógica de los principios de derechos humanos, ya que trabaja para garantizar que la consecución de que los derechos humanos de las generaciones futuras no queden excluidos por las acciones presentes, así como asegurar que las necesidades de la generación presente sean cumplidas.

La ciencia y la tecnología juegan un papel integral en el proceso de desarrollo sostenible; de hecho, como la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible expresa: “No es una exageración afirmar que sin la ciencia no puede haber desarrollo sostenible” (1995, punto 7). Las áreas de desarrollo sostenible en las cuales se espera que la ciencia y la tecnología hagan contribuciones significativas incluyen:

1. La provisión de fuentes de energías más limpias y alternativas a la utilización de los productos no renovables.
2. El tratamiento de residuos.
3. La influencia sobre la selección y formulación de políticas adecuadas.
4. El monitoreo de los indicadores ambientales.
5. El monitoreo, manteniendo y mejoramiento de la diversidad biológica.
6. Adaptación de los cultivos a diferentes condiciones climáticas y geográficas.
7. Lucha contra la malnutrición.
8. La provisión de productos y proceso industriales más limpios.
9. El mejoramiento de salud y la atención médica. (Rhodes, 2007, 29).

La importancia de la ciencia y la tecnología ha sido reconocida por la comunidad internacional en todas sus principales declaraciones y documentos que contienen el desarrollo sostenible en los últimos 40 años. Por ejemplo, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible declaró en 1995 que: “Las nuevas fuerzas de la ciencia y tecnología modernas, si se aprovechan correctamente y aplicadas en concordancia con las circunstancias socio-económicas y culturales particulares de cada país, ofrecen inmensas posibilidades para resolver muchos de los problemas complejos que en la actualidad están impidiendo el desarrollo económico, social y ambientalmente adecuado en los países en desarrollo” (punto 51).

Así como la contribución a alcanzar las necesidades básicas, la ciencia y la tecnología también pueden impulsar el desarrollo sostenible a través del establecimiento de límites al desarrollo para ser adaptados a las necesidades o ser superados. *Nuestro Futuro Común* (el informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) describe dos tipos de límites enfrentados por el desarrollo sostenible: —los establecidos o los límites más recientes— para los cuales “la sostenibilidad requiere que mucho tiempo antes de que estos sean alcanzados, el mundo deberá garantizar el acceso equitativo a los recursos limitados y reorientar los esfuerzos tecnológicos para aliviar la presión”, y otros —los límites naturales, técnicos y sociales— aquellos que puede cambiar con el tiempo debido los avances tecnológicos que, por ejem-

plo, permiten el uso más eficiente de recursos, esto es: “Las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología sobre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

Dada la fuerte conexión entre el desarrollo sostenible y los derechos humanos y el importante papel de la ciencia y la tecnología en los procesos de desarrollo sostenible, hay una clara necesidad de fortalecer de manera sustancial el desarrollo de capacidades a nivel mundial en la ciencia y la tecnología, a fin de que los derechos humanos clave sean alcanzados ahora y sean alcanzables también para las generaciones futuras. Entre otras cosas, estos incluyen las necesidades de una mayor transferencia tecnológica, los flujos de conocimientos, recursos financieros, y el intercambio de experiencias. Esto se reconoce en algunos de los documentos internacionales sobre el desarrollo sostenible, pero no se hace explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se necesita que sean robustecidos y más claramente enfatizados, con la esperanza de que esto movilizará la voluntad política necesaria para que los Estados cumplan con sus compromisos de desarrollo de capacidades. Ejemplos de declaraciones dentro de los documentos de desarrollo sostenible incluye la siguiente cita del capítulo de la Agenda 21 sobre biotecnología, que señala diversas áreas en las cuales es necesario el desarrollo de capacidades: “El acelerado desarrollo y la aplicación de la biotecnología, especialmente en los países en desarrollo, requerirá un mayor esfuerzo para construir las capacidades institucionales a nivel nacional y regional. En los países en desarrollo, la habilitación de factores tales como la capacidad de formación, conocimientos técnicos, instalaciones y fondos de investigación y desarrollo, fortalecimiento de la capacidad industrial, de capital (incluido el capital riesgo), protección de los derechos de propiedad intelectual, y experiencia en áreas como la investigación de mercados, evaluación de tecnologías, evaluación socio-económica y evaluación de la seguridad son a menudo insuficientes. Por lo tanto, se tendrán que llevar a cabo esfuerzos para el desarrollo de capacidades en estas y otras áreas”.

Y algunos puntos más generales elaborados dentro de El Futuro que Queremos (el documento final de la Conferencia de 2012 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible): “Reconocemos la importancia del fortalecimiento nacional de las capacidades científicas y tecnológicas para el desarrollo sostenible. Esto puede ayudar a los países, especialmente los países en desarrollo, a desarrollar sus propias soluciones innovadoras, la investigación científica y las nuevas tecnologías, ecológicamente racionales, con el apoyo de la comunidad internacional”.

Tales esfuerzos son importantes porque las brechas en la capacidad científica y tecnológica (incluyendo, por ejemplo, en la disponibilidad de equipos de laboratorio y de infraestructura, instalaciones e inversión en investigación y desarrollo y el acceso a la educación y la formación) implican que muchos países no pueden crear conocimientos y tecnologías de mucha necesidad a nivel nacional, o adaptar los conocimientos y las tecnologías existentes con eficacia a las necesidades y condiciones locales. Esto también impide su participación en los procesos de gobernanza mundial que cada vez más y más descansa en el asesoramiento científico y aportaciones, debido a que el conocimiento y las

evaluaciones son alimentadas dentro de ellos y reflejan predominantemente la situación de los países desarrollados (Karlsson, 2002).

La ciencia y tecnología de vanguardia en la actualidad, frecuentemente implican la convergencia entre disciplinas como la biología, la ingeniería y tecnologías de información y comunicación. Esta creciente complejidad se suma a la urgencia del desarrollo de capacidades antes de que las lagunas crezcan aún más, y hagan los procesos de desarrollo sostenible aún más difíciles de implementar.

Poco se conoce acerca de la *Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad* (Asamblea General de la ONU, 1975), misma que está catalogada como uno de los instrumentos de derechos humanos universales de las Naciones Unidas por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, y establece que “Todos los Estados deben promover la cooperación internacional para garantizar que los resultados del desarrollo científico y tecnológico se utilicen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como el propósito del desarrollo económico y social de los pueblos y la realización de derechos y libertades de la persona”. “Todos los estados deberán cooperar en el establecimiento, fortalecimiento y desarrollo de la capacidad científica y técnica de los países en desarrollo con miras a acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de esos países”.

Tales declaraciones, actualizadas con relación al desarrollo sostenible, podrían conformar un punto de partida útil para promover el desarrollo de capacidades científicas y tecnológicas con el fin de contribuir al alcance de los derechos humanos. Principios relevantes también se pueden encontrar en tres declaraciones relativas a la investigación genética humana y los derechos humanos que han sido adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aconseja que “Los Estados deberán esforzarse por fomentar medidas destinadas... al desarrollo de los países para beneficiarse de los logros de la investigación científica y tecnológica a fin de que su utilización en beneficio del progreso económico y social pueda ser en beneficio de todos” (art. 19.a.iii); y su Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos incluye como objetivos: “Promover el acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos, así como el mayor flujo posible y rápido intercambio de conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, con especial atención a las necesidades de los países en desarrollo” y “para salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y futuras”.

Al igual que con todos los aspectos de la transición hacia el desarrollo sostenible y la consecución de los derechos humanos, la voluntad política para convertir los compromisos en acción es necesaria. Desafortunadamente, la situación actual se mantiene tanto como se describe en la Declaración Ministerial de Malmö en 2000:

“Hay una discrepancia alarmante entre los compromisos y las acciones. Metas y objetivos acordados por la comunidad internacional en relación con

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

el desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales de desarrollo sostenible y el incremento del apoyo para los países en desarrollo, se debe implementar oportunamente. La movilización de recursos nacionales e internacionales, incluyendo asistencia para el desarrollo, más allá de los niveles actuales es vital para el éxito de este esfuerzo”.

Catherine Rhodes

(traducción de María de Jesús Medina-Arellano y Emily Guadalupe Patrón Becerra)

DERECHOS HUMANOS DE LOS CONTRIBUYENTES

En una noción contemporánea, hablar de derechos humanos de los contribuyentes es referirse a un conjunto de principios materiales de justicia tributaria, que independientemente estén o no reconocidos por la ley fundamental, operan como límites razonables de la potestad tributaria del Estado, y en esta medida, son principios legitimadores de los tributos que tienden a informar el contenido sustantivo de las normas jurídicas que los crean.

Desde otra perspectiva, los derechos humanos de los contribuyentes pueden identificarse con aquellos que, pese a no ser exclusivos de la materia tributaria, inciden directamente en la vida de las personas en su calidad de contribuyentes, tales como el acceso a la justicia fiscal, el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de petición, el derecho de audiencia previa, la inviolabilidad del domicilio, la no confiscatoriedad de bienes, la protección de datos personales, el principio *non bis in idem*, el derecho a la presunción de inocencia, la libertad de empresa, la no discriminación, el derecho de no autoincriminación, los derechos económicos sociales y culturales, entre otros. Sin embargo, esta segunda lectura pasa por alto el principio de interdependencia de los derechos humanos, según el cual existe un vínculo ineludible entre todos los derechos humanos de tal forma que el disfrute de uno depende de la realización de otro u otros, y *a contrario sensu*, la privación de uno, menoscaba el resto.

Así, propiamente hablando la noción más correcta de los derechos humanos del contribuyente debe ser aquella que los identifica con los principios materiales de justicia tributaria. El carácter propiamente “humano” de estos derechos no ha sido estudiado aún con profusión en sede doctrinal, sin embargo, su justificación se desprende, precisamente, del contenido más básico de otros derechos humanos que permean y brillan con luz propia cuando se extrapolan al derecho tributario, como son los derechos humanos a la igualdad, a la dignidad, a la propiedad y a la legalidad.

En este sentido, los principios materiales de justicia tributaria desarrollados en el ámbito del derecho tributario suelen identificarse, principalmente, con capacidad económica o capacidad contributiva, reserva de ley, igualdad tributaria, generalidad y no confiscatoriedad de los tributos.

Ahora bien, dependiendo de su recepción doctrinal, estos principios son reconocidos por los textos constitucionales en distintas proporciones y con nombres varios, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana), proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reser-

va de ley (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú), progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), generalidad (Brasil, Honduras) y justicia (Colombia), entre otros.

En muchas ocasiones en que las disposiciones normativas no enuncian de forma expresa estos principios materiales de justicia, ha sido la labor interpretativa del poder judicial la que, a partir de su naturaleza creadora y dinámica, ha declarado su anclaje constitucional en el ordenamiento jurídico, e incluso, perfilado su contenido y alcance, nutriéndose en gran medida de la doctrina. Así ocurre por ejemplo en el caso mexicano, en el que los principios de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público que sanciona la Constitución, han sido identificados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público.

Corresponde entonces a los operadores jurídicos delimitar y/o desentrañar ese conjunto de principios materiales que en el marco de un Estado moderno de derecho habrán de dar racionalidad a los tributos que se impongan para el sostenimiento de los gastos públicos.

A decir de la doctrina más autorizada, la capacidad contributiva, unida a la igualdad tributaria, parece ser el criterio configurador del deber de contribuir, y en esta medida, el núcleo básico de los derechos humanos del contribuyente.

La capacidad contributiva se entiende como una aptitud real de pago de contribuciones, que habilita a los sujetos obligados del tributo a aportar una parte adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, siempre y cuando el tributo no prive al contribuyente de la satisfacción de un mínimo existencial personal y familiar para llevar a cabo una vida digna, o represente una exacción tal que involucre la pérdida total de su patrimonio o la extinción la fuente de la que deriva la obligación tributaria (no confiscatoriedad de los tributos).

Así, el tributo cumple con el principio de capacidad contributiva cuando grava índices reales de riqueza, en función de la situación personal y familiar del contribuyente, y discrimina en beneficio de quienes por sus circunstancias se ven imposibilitados para cumplir con la obligación tributaria en la misma proporción.

Por su parte, la igualdad tributaria significa, por un lado, que el legislador está obligado a confeccionar la norma jurídica de forma tal que no haga distinciones entre situaciones esencialmente idénticas, a menos que tales diferencias se encuentren plenamente justificadas por la misma norma (igualdad en la ley tributaria). Por otro lado, implica que todos los operadores jurídicos apliquen la norma tributaria en forma igualitaria para todos los que se ubiquen en la misma situación de hecho, impidiendo establecer diferencias en razón de circunstancias que no estén expresamente previstas en la norma (igualdad ante la ley tributaria). En otras palabras, la igualdad entre dos contribuyentes que se encuentran en situación de semejanza relativa solo se consigue si la

situación de uno respecto del otro no se altera tras el pago de sus impuestos correspondientes (Lejeune Valcárcel).

Otro derecho del contribuyente es la reserva de ley tributaria, es decir, que los tributos solo pueden ser establecidos mediante ley, pues los gobernados tienen depositado en el Poder Legislativo un voto de confianza para que sean ellos los que, en su calidad de representantes del pueblo, discutan cabal y racionalmente las iniciativas para sancionar en leyes formales y materiales los elementos esenciales de los tributos.

Por último, el destino al gasto público, como derecho del contribuyente significa que el producto de las contribuciones no puede destinarse para otro fin que no sea cubrir el gasto público, con eficiencia y economía, en beneficio de la colectividad.

Israel Santos Flores

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN

El proceso de incorporación de los derechos humanos en la Constitución representa uno de los ejes que determinan el constitucionalismo moderno, entendido este último como concreción suprema de la organización política y jurídica de los Estados y del ordenamiento social. Asimismo, el estudio de este término requiere la aplicación de enfoques actualizados que permitan comprender su complejidad y dinamismo, al tiempo de facilitar su entendimiento como un proceso histórico, en las dimensiones espaciales y temporales.

Bajo la premisa anterior, el reconocimiento de los derechos humanos en los cuerpos constitucionales, es decir, su ubicación en el rango normativo más elevado, supone un abordaje jurídico que se auxilie de los aportes de diversas disciplinas, ya que los derechos humanos atañen a una noción situada en un plano filosófico y axiológico, que incluso precede a su positivización, amén de involucrar construcciones conceptuales que se reconfiguran en forma constante, hoy en día incluso como consecuencia de las transformaciones culturales y la vorágine tecnológica. En este caso, la tendencia a expandir el territorio de las capacidades y facultades inherentes al ser humano, las cuales deben ser reconocidas jurídicamente y protegidas por el Estado, encuentran en el iusnaturalismo su punto de partida, si bien se enriquece dicha doctrina filosófica con nuevos elementos.

No obstante la actual tendencia a la universalización de los derechos humanos, y si bien hoy representan el referente político y moral en gran parte del planeta (Manet, 2003), es importante señalar que se trata de un constructo social complejo que durante mucho tiempo estuvo lejos de reflejar una unanimidad conceptual, por la multiplicidad de elementos que incorpora, entre ellos, las diferencias étnicas y culturales, o aquellas posturas relativas a las distintas religiones.

Así, en la actualidad, el reconocimiento de los derechos humanos en las constituciones políticas representa uno de los indicadores más veraces del desarrollo político de los estados democráticos y de la convivencia colectiva. Por esta razón, como resultado de la interrelación entre gobernantes y gobernados propia de los sistemas democráticos de gobierno, se afirma

la tendencia a incorporar el conjunto de derechos humanos en los textos constitucionales, como el mecanismo jurídico idóneo para garantizar su observancia general.

De esta manera, en una perspectiva histórica puede identificarse el siguiente eslabonamiento en el proceso de constitucionalización de los derechos: revoluciones políticas y reivindicación de derechos frente al poder monárquico en Europa; surgimiento de las primeras declaraciones modernas de derechos en Norteamérica y Francia en el siglo XVIII; proclamación de las primeras dos constituciones políticas del mundo moderno, a saber: la de los Estados Unidos de Norteamérica y la de Francia, sustentadas fundamentalmente en los derechos del individuo; el influjo de las diferentes vertientes del constitucionalismo en distintas partes del mundo, especialmente Europa y América. Asimismo, la formulación de las distintas generaciones de derechos, así como un influjo decisivo de las declaraciones y el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, complementan dicho proceso, en sus aspectos más generales.

En el caso de México e Iberoamérica, la Constitución de Cádiz de 1812 gravita fuertemente en el surgimiento y la evolución del constitucionalismo en la región, por supuesto en concomitancia posterior con aquel de procedencia norteamericana. El texto gaditano no incorporó una solemne declaración de derechos, sin embargo, contiene en sus diferentes capítulos el reconocimiento de derechos pertenecientes a la persona humana, como son la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México comprende diversas etapas, materializadas en la actual Constitución Política, vigente desde 1917. En un primer periodo, si la Constitución de Apatzingán de 1814 incluyó por vez primera en el país un catálogo de derechos, congruente con el signo liberal de la época, la Constitución de 1857, tras un intenso vaivén político reflejado en numerosos documentos constitucionales, representó el triunfo del movimiento liberal y permitió plantear un modelo constitucional que decantó las ideas de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, entre los aspectos más destacados. La misma ley suprema incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal, y que representa el recurso jurídico por excelencia para hacer efectivos los derechos reconocidos. En una segunda etapa, la Constitución de 1917 habría de incorporar los derechos sociales por influjo directo de las demandas articuladas antes y durante el movimiento armado iniciado en el año 1910, dotando de un mayor alcance al concepto de derechos humanos y dando lugar al nacimiento del constitucionalismo social.

Puede ubicarse una tercera etapa que transcurre especialmente durante las últimas cinco décadas, en las cuales se han realizado reformas constitucionales para ampliar el universo de derechos y libertades en México, pero, de la misma manera, fortaleciendo sus mecanismos protectores, sea por la vía jurisdiccional o a través del sistema nacional de *Ombudsman*. Allí están comprendidas reformas a favor de la igualdad jurídica del hombre y la mujer (1974); de los derechos de la infancia (1980, 1992, 2000 y 2011); el derecho

a la protección de la salud y a la vivienda (1983); los derechos de los pueblos indígenas (1992 y 2001); el derecho a un medio ambiente sano (1999); a la cultura (2009), y a la alimentación (2012), (Carpizo, 2011).

La reforma de 2011 en la materia concretó mejores fórmulas jurídicas para acompañar el reconocimiento constitucional de los derechos humanos con garantías y mecanismos más eficaces que los protejan. Así, el peso específico de la misma gravita en la nueva redacción del art. 1o. constitucional, en el cual se declara puntualmente que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, de igual manera que de las garantías para su protección. La incorporación del término “derechos humanos” y la enunciación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con los cuales todas las autoridades en sus distintos ámbitos de competencia quedan obligadas a su promoción y respeto, al tiempo de protegerlos y garantizarlos, representa un esquema normativo que tenderá a fortalecer su observancia.

Por su parte, la incorporación del principio *pro homine* como precepto constitucional, como guía de interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos humanos, sin duda revoluciona la visión jurídica en México. Este importante principio, concatenado con un reconocimiento expreso de los derechos en los tratados internacionales, fortalece igualmente el papel de los juzgadores en el país, quienes a través de los nuevos mandatos constitucionales, el control de convencionalidad, la reciente actualización del juicio de amparo y la no aplicabilidad de leyes contrarias a los nuevos preceptos, dispondrán de mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos.

Rodolfo Lara Ponte

DERECHOS IMPOSIBLES

Esta categoría introducida por Bidart Campos en su obra *Las obligaciones en el derecho constitucional* (1987), pretendió denotar a aquellos derechos humanos positivizados aunque carentes de vigencia. La referencia a derechos imposibles necesariamente nos lleva a presuponer que el Estado tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir los derechos que normativamente han sido establecidos, es decir, tornarlos posibles. Sin embargo, por diversas razones, algunos derechos consagrados normativamente carecen de *vigencia sociológica*, convirtiéndose en *derechos sobre el papel* o meras declaraciones de buena voluntad desprovistas de fuerza jurídica y operatividad. Algunos de los derechos incluidos por la doctrina en esta categoría, no son tales pues se constituyen a partir de una relación de dificultosa o imposible configuración debido a la carencia de un sujeto pasivo al que le fuera exigible la correlativa obligación pero sobre todo, de identificar el modo de cumplimiento de la obligación en sí. Se trataría de derechos tales como el “derecho a la felicidad” (Bidart Campos, 1987). En la actualidad quienes emplean la categoría de derechos imposibles lo hacen para referirse principalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto se asume que la vigencia de los mismos se encuentra imposibilitada o reducida por aquejarlos problemas de diversa

envergadura sobre todo de tipo material, a los cuales se deben agregar posturas dogmáticas. La imposibilidad como carencia de vigencia, abarcaría no solamente al desarrollo legislativo de dichos derechos sino también y especialmente, a su justiciabilidad. Las razones en las que normalmente se suele fincar la imposibilidad de hacer justiciables estos derechos son de dos clases: aquellas que afectan a los derechos en sí y las que afectarían a los jueces que deban hacerse cargo de los planteos judiciales que tengan por objeto derechos sociales. En el primer tipo de objeciones podemos mencionar las siguientes: a) Su carácter programático, b) Su contenido indeterminado, y c) El alto costo financiero de su vigencia. Sobre estos obstáculos la doctrina actual ha contestado de manera contundente. En cuanto a la programaticidad, ella suele ser pregonada como una característica propia de los derechos sociales en general, sin reparar que las denominadas normas constitucionales programáticas o de “eficacia indirecta”, son una opción de técnica constituyente para establecer enunciados constitucionales que contengan derechos, pero de ninguna manera se trata de una característica entitativa o configurativa de tales derechos. En relación a la objeción referida al contenido indeterminado de estos derechos, diremos que el contenido de los derechos en general —no solo de los derechos sociales— es determinable —no indeterminado— y dicha determinación se realiza por medio de las leyes y claro, la interpretación judicial. La llamada “indeterminación de contenido”, afecta a todos los derechos en general y no solo a estos derechos y de ninguna manera se trata de un problema por el que su vigencia se deba ver impedida. En todo caso, las autoridades en general están llamadas a dotar de contenidos específicos a tales derechos para de tal modo tornarlos posibles. Por último, en cuanto a la objeción referida al alto costo financiero de los derechos sociales, diremos que esta razón parece asentarse en la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales cuestan y los derechos civiles no. La incorrección de una idea tal ya ha sido evidenciada en trabajos seminales al respecto. Por otro lado, en ocasiones el cumplimiento de las obligaciones en relaciones de derechos sociales se puede satisfacer de manera negativa, por ejemplo, no afectando el nivel de disfrute de un determinado derecho. En otros supuestos, la decisión judicial que obligue al cumplimiento de un derecho tal puede consistir en que las autoridades demandadas hagan algo con base en una política pública social ya diseñada y para cuyo cumplimiento ya existan recursos destinados. De esta forma, en un importante número de casos, los jueces operan sobre la base de costos ya contemplados presupuestalmente por las autoridades competentes y su labor se circunscribe a mandar su efectiva aplicación. El segundo tipo de razones en las cuales se pretende fundar la imposibilidad, atañen a los jueces que deben hacerse cargo de esta clase de derechos. Ellas podrían ser agrupadas del modo que sigue: a) Falta de idoneidad técnica de los jueces, b) Su carencia de pensamiento comprensivo y por último, c) El carácter antidemocrático que su actuar sobre estos derechos implicaría. Acerca de estas aparentes causas en las cuales fincar la imposibilidad, también la doctrina ha contestado. Sobre las cuestiones técnicas que los jueces no estarían en aptitud de acometer, resulta claro que difícilmente podemos encontrar un asunto judicial en el que ellas no resulten involucradas. En estos asuntos, como en los que involucren a los derechos sociales, los jueces

se asisten de peritos expertos en los asuntos técnicos involucrados. Fincar la imposibilidad de dotar de vigencia a los derechos sociales asumiendo que los jueces carecen de pensamiento comprensivo, presupone un juicio previo tal de acuerdo al cual como en los asuntos referidos a derechos sociales y debido al carácter prestacional de ellos, se encuentran involucradas cuestiones presupuestales y una decisión judicial al respecto, tomada en el estrecho marco de un caso individual, puede llegar a afectar desprevenidamente recursos destinados a otros asuntos, incluso a la cobertura de otros derechos sociales. Los jueces no estarían en aptitud de adoptar una mirada que sea capaz de observar esas otras consecuencias. Este argumento al parecer no corresponde con una lectura fenomenológicamente correcta de la labor de los juzgadores pues ellos son plenamente conscientes de la onda expansiva de sus resoluciones y esa conciencia operará, en algunos casos, como un factor de libertad y en otros, como una causa de restricción pero de ninguna manera les serán inocuas. Amén de la conciencia de los efectos de sus decisiones, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. Debemos recordar qué, normalmente, la intervención de la justicia se da cuando la administración y el Poder Legislativo han incumplido mandatos constitucionales. Sobre la última cuestión diremos que detrás de la objeción anterior se encuentra otra problemática de raíces más profundas y de acuerdo a la cual, el Poder Judicial no sería apto para resolver sobre ciertas materias que deberían implicar mayor deliberación y planeación por parte de las autoridades específicas que tienen como función el diseño de políticas públicas que, en el caso de los derechos sociales, tiendan a dar eficacia a los mismos. En este sentido, la labor judicial en materia de derechos sociales, resultaría invasiva y poco democrática. Pero sucede que normalmente el Poder Judicial no opera en ese escenario, sino en el del incumplimiento de las políticas públicas sociales ya diseñadas, y su trabajo opera con base en planteamientos de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de los otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen, es decir, en el marco del incumplimiento de las obligaciones asumidas democráticamente por los restantes poderes.

Juan Manuel Acuña

DERECHOS POLÍTICOS

La voz “derechos políticos” se refiere al conjunto de facultades con las que cuenta el ser humano para el ejercicio de la participación política. Se distinguen de los derechos civiles en que mientras estos se refieren a los asuntos privados, los “derechos políticos” aluden a los asuntos de la vida pública de la humanidad. Jellinek señala que los “derechos políticos” permiten al ciudadano expresar de forma directa la voluntad estatal, o bien contribuir a la manifestación de esta. La esencia de estos derechos, según Hans Kelsen, es dar al individuo un lugar en la formación de la voluntad social; son derechos

humanos. De esta manera, los “derechos políticos” como derechos humanos se deben regular y proteger por los ordenamientos jurídicos a través de las herramientas procesales necesarias, y también requieren de un desarrollo institucional y garantías que les otorguen efectividad. Estos derechos contienen elementos propios de los derechos de libertad, ya que, por una parte, su ejercicio contribuye a la formación de la voluntad popular y a la integración de los órganos estatales, y por otra, se refieren a la imposibilidad del Estado de impedir su ejercicio de manera arbitraria o discrecional.

Los “derechos políticos” son derechos de participación individual, pero de trascendencia colectiva. De esta manera, en el ámbito de estos derechos encontramos los que se ejercen de manera directa, como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, y también en la incorporación del propio ciudadano en los poderes del Estado; los de forma indirecta, mediante la elección de representantes, así como la participación en los asuntos públicos. La tipología de los “derechos políticos”, generalmente coincidente en la doctrina, se centra en el reconocimiento de los derechos de votar (elegir libremente a sus representantes), ser votado (la posibilidad de ser electo para un cargo), de asociación (el derecho para formar agrupaciones) y de afiliación (formar partidos políticos y contar con los derechos y obligaciones reconocidos en su normatividad). Se consideran también “derechos políticos” otros derechos humanos que estén vinculados con el ejercicio de aquellos; por ejemplo, los de igualdad, de libertad de expresión, de petición, de información, etcétera. Además, los “derechos políticos” están estrechamente relacionados al concepto de democracia, principalmente de las democracias constitucionales que reconocen un mínimo de derechos. En la teoría jurídica, estos derechos están catalogados como derechos de primera generación, es decir, en los derechos civiles y políticos; surgieron de las dos grandes revoluciones: la norteamericana, con la Declaración de Independencia (1776), y la francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Durante los siglos XVIII, XIX y XX, época de gestación de los “derechos políticos”, las naciones han configurado diversas limitaciones para su ejercicio, inclusive, todavía hace algunas décadas, sectores como las mujeres, los grupos raciales, las etnias, la posición económica o social, la falta de instrucción o determinado nivel de alfabetización, entre otros, constituían impedimentos para su ejercicio. La expresión “derechos políticos” también refiere a expectativas, principalmente de no sufrir lesiones, adscritas a los ciudadanos por las normas jurídicas, relacionadas con la participación de estos en la toma de decisiones públicas, las que en su conjunto fundan la representación política. En décadas recientes con respecto a los “derechos políticos” (hacia mediados del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI), los Estados, cada uno en atención a su propio contexto, han reconocido a grupos históricamente vulnerables en sus legislaciones e implementado cuotas para facilitar y garantizar su inserción en los asuntos públicos y con la finalidad de que estén efectivamente representados. Las cuotas que generalmente se reconocen son las referentes al género, las raciales, las de comunidades o etnias indígenas, personas con capacidades diferentes, entre otras.

Actualmente no existe uniformidad en cuanto a los límites a los derechos políticos. La regulación al respecto atiende al contexto de cada país; sin embargo, existe coincidencia respecto a que en la imposición de esos límites se deben establecer medidas en contra de restricciones o suspensiones indebidas, aun por motivos de edad, residencia, nacionalidad, capacidad civil o psíquica, por causa de condena penal, por causa antidemocrática, de orden público, de seguridad nacional o del bien común. En cada caso, esas restricciones deben reunir, entre otras características, la de ser proporcionales, idóneas, necesarias, jurídicas, racionales, objetivas, así como el de tener un fin y efecto útil. La progresiva constitucionalización y, posteriormente, su internacionalización (Declaración Americana y Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948) fueron otorgando a los “derechos políticos” la entidad de derechos humanos, ya que reúnen características comunes a estos, como son: la universalidad (son aplicables a todo el género humano); interdependencia (son un haz indivisible que merece pareja o consideración jurídica; es decir, que no existe un número cerrado y preciso de estos derechos); indivisibilidad (no deben ignorarse en su defensa a los demás derechos); progresividad (debe preferirse la norma que restrinja, en menor medida, su ejercicio); son inherentes (al hombre); imprescriptibles (no están sujetos a venta); irrenunciables (no son un bien disponible), e integrales (la violación de uno presupone la violación de los demás). Igualmente, estos derechos funcionan como límite de la actuación estatal (Ferrajoli, Bobbio, Garzón Valdés), esto es, el Estado tiene la obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio. Estos límites de la actuación del Estado también están estrechamente relacionados con los principios de mínima intervención y del bien jurídico. El reconocimiento del libre y efectivo ejercicio de los “derechos políticos” constituye un elemento condicionante para la legitimación del Estado democrático. Los “derechos políticos” como visión integral del derecho en un Estado constitucional están reconocidos en diversos instrumentos tanto internacionales como regionales de derechos humanos, de entre los que se encuentran: la Carta Democrática Interamericana (arts. 2o., 3o. y 6o.); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1993 (art. 25); el Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3o.); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (art. 13); el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 2o., 4o., y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5o., inciso c); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 42, párrafo 3); la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1o.); la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Con motivo de esta categorización se identifica a los “derechos políticos” como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La transformación y continua mutación morfológica de los Estados

ha conducido, en las últimas décadas, a la necesidad de replantear la titularidad de los “derechos políticos”, entre otros aspectos se explora la posibilidad de su titularidad por los extranjeros (Zagrebelky).

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La voz “derechos políticos” en la jurisprudencia constitucional se ha venido construyendo de manera reciente (siglos XIX y XX). Existen diversos y variados esquemas de amplitud, protección, limitación o restricción de los “derechos políticos”.

Los criterios en torno al contenido y alcances de los “derechos políticos” atienden al contexto de cada Estado; sin embargo, existe coincidencia sobre su reconocimiento y ubicación en los derechos de libertad; es decir, no solo se trata de derechos que garantizan un ámbito de autonomía de la persona respecto al Estado (*status libertatis*), sino también el derecho a participar en la configuración de la voluntad estatal (*status activae civitatis*), el cual se traduce en el derecho a ser elegido a las asambleas representativas, así como el de ocupar cargos públicos. En las democracias occidentales, los “derechos políticos” tienen connotación de derechos de participación política o derechos de la democracia.

La interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver casos como *Luther vs. Borden* (1849), *Baker vs. Carr* (1962) y *Powell vs. McCormack* (1969), es coincidente en desconocer su competencia para resolver asuntos de índole política, y consecuentemente, ese criterio condujo a que en la *praxis* se careciera de mecanismos o garantías para su protección y tutela.

En Australia destaca el criterio relativo a la limitación del ejercicio de los “derechos políticos” a quienes negaran los postulados básicos de la democracia (*Australian Communist Party vs. Commonwealth*, 1951). En Alemania, derivado de la trágica experiencia del régimen totalitario hacia mediados del siglo XX, el Tribunal Constitucional alemán sentó jurisprudencia en relación con el ejercicio de los “derechos políticos”, cuando con motivo de su ejercicio, se pretendiera instaurar el antiguo régimen (*Partido Nacionalsocialista del Reich o Partido Social imperial*, 1952); un caso muy similar al de Alemania se presenta en Argentina con el ejercicio del derecho de asociación en materia política, tal es el caso del “Partido Nuevo Triunfo”, el cual pretendía registrarse con el nombre de “Partido Nacionalista Socialista de los Trabajadores” (fallo 3423/2005). En España, destaca por su trascendencia, el criterio sentado por su tribunal constitucional respecto a la restricción y suspensión del ejercicio de los “derechos políticos” a quienes con motivo de sus actos u omisiones fomentaran el terrorismo (*Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna*, 2003); respecto al ejercicio de los “derechos políticos” en los que se promuevan fundamentalismos religiosos con fines violentos, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional turco, mediante la cual limitó su ejercicio (*Refah Partisi* y su pretendida continuación a través de *Fazilet*). En cuanto a prácticas racistas, en el ejercicio de los “derechos políticos”, destacan las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Nixon vs. Hendon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932),

en las que la Corte recuerda que el ejercicio de los “derechos políticos” no incluye la libertad del órgano legislativo ni de los partidos políticos para prohibir a una raza (afroamericanos) presentarse como candidatos a las elecciones, porque ello contraviene la XIV enmienda.

Respecto a prácticas xenófobas, el Tribunal de Casación de Bélgica se pronunció en el sentido de que las mismas constituyen límites al ejercicio de los “derechos políticos” cuando con su ejercicio se propugna clara y repetidamente por este tipo de discriminación (*case Blams Blok VB*). También se han presentado casos de excepción para el ejercicio de los “derechos políticos”. En Canadá se presentaron ejemplos de partidarios del fascismo (*War Measure Act*), también respecto a la promoción del cambio del régimen gubernamental canadiense por la vía de la violencia (*Front de Libération du Québec*). Una reserva similar con relación al ejercicio de los “derechos políticos” se encuentra también en la Corte Suprema estadounidense en el caso *Estados Unidos vs. Dermis*, en el que se justifica la limitación y restricción del ejercicio de los “derechos políticos” por conspirar para derrocar y destruir al gobierno de ese país por la vía de la fuerza y la violencia. El ejercicio de los “derechos políticos” en su vertiente de libertad de expresión, la Corte Suprema de Estados Unidos ha distinguido entre la libertad de comunicación para mantener un debate racional y crítico, respecto de su empleo con la finalidad de incitar a la comisión de delitos, en particular la oposición al reclutamiento y la rebelión o insurrección armada (*Schenk vs. United States*, 1919), lo mismo que en el caso de la manifiesta intención de cometer actos proscritos por la ley como elemento a considerar del actuar ilícito, y en consecuencia, frontera para el ejercicio de los “derechos políticos” (casos como *PCUSA; Gitlow vs. Nueva York*, así como *Chapinsky vs. New Hampshire*).

Por su parte, en México el debate jurisprudencial sobre la protección de los “derechos políticos” como derechos susceptibles de tutela jurisdiccional se remonta desde el siglo XIX, en el que con base en el debate sobre la llamada incompetencia de origen (debate entre Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias) se sostuvo que el Poder Judicial no debía interferir en cuestiones políticas, el cual cobró vigencia hasta finales del siglo XX (1996, 2007, 2011, 2012), en el que se implementaron mecanismos procesales para su cobertura y protección (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, recurso de apelación, recurso de revisión, recurso de reconsideración), así como la instauración de un tribunal especializado en la materia (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación). En la actualidad, los “derechos políticos” jurisprudencialmente se les ha reconocido como derechos humanos.

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La voz “derechos políticos” en el ámbito regional de la jurisprudencia europea se ha venido construyendo a partir de interpretaciones que en diversos casos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), principalmente respecto del art. 3o. del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CE-

PDHFLF), a partir de la cual enfatizó la necesidad de que en cada caso se evalúe la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido (*Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*), lo que ha llevado a aspectos inaceptables que en el contexto de un sistema, pudieran estar justificados en otros.

Asimismo, el TEDH ha señalado que existen numerosas maneras de organizar y de implementar sistemas electorales en relación con el ejercicio de los “derechos políticos” y sus restricciones, lo que atiende a la riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados (*Zdanoka vs. Latvia*).

Los “derechos políticos” como derechos subjetivos de participación política se han calificado por el TEDH como cruciales para el establecimiento y conservación de los fundamentos de una democracia auténtica, regida por el Estado de derecho (*Hirst vs. Reino Unido*). Con relación al reconocimiento y ejercicio de los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que ninguna parte de la jurisdicción de los Estados miembros se sustrae al imperio del convenio, de modo que su organización institucional y política debe respetar los derechos y principios inscritos en él. En relación con la naturaleza de los derechos consagrados en el art. 3o. del CEPDHLF, el TEDH deriva los “derechos políticos” de participación, como el derecho al voto y el derecho a ser electo (*Partido Comunista Unificado vs. Turquía*).

Respecto a las medidas restrictivas o limitaciones de “derechos políticos”, el TEDH ha reconocido que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación nacional para establecer limitaciones implícitas, pero corresponde al TEDH determinar, en última instancia, si se ha cumplido con los requerimientos del Protocolo núm. 1, y en su caso, establecer si estos no restringen los derechos en cuestión, al grado de hacer nugatoria su esencia y privarlos de efectividad. Estos límites o restricciones deben estar previstos en ley; perseguir uno o varios objetivos legítimos, imperativos, convincentes; no ser desproporcionados; deben procurar el orden y los principios democráticos; deben atender a la seguridad nacional, así como responder a una necesidad social imperiosa.

En cuanto al derecho a ser electo, como otro de los derechos que conforman los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que puede ser restringido más fácilmente que el voto activo (*Zdanoka vs. Latvia; Melnitchenko vs. Ucrania; Perkov y Otros vs. Bulgaria*). El control que el TEDH ejerce en cuanto a la interpretación de los “derechos políticos” es susceptible de modulaciones conforme a las circunstancias y contexto de cada caso. Respecto al derecho de asociación, como parte del ejercicio de los “derechos políticos”, el Protocolo núm. 1 al CEPDHLF establece el derecho de contar con elecciones libres, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión y opinión de los ciudadanos. Al respecto, TEDH ha señalado que el mismo derecho es aplicable a asociaciones como los partidos políticos y que la negativa de registro ante la autoridad electoral competente puede constituir una violación a este derecho (*Presidential Party of Mordovia vs. Russia*).

Asimismo, el TEDH reconoce que la democracia, uno de los pilares sobre los que descansa el reconocimiento de los derechos del hombre, ha de garantizar el pluralismo político como valor esencial en ese sistema, junto con el libre

debate de las ideas; sin embargo, como la mayoría de los derechos humanos, los “derechos políticos” no son absolutos. Así, el TEDH recuerda que la sociabilidad del hombre implica que no existe derecho fundamental alguno ajeno a su relación con los demás, de modo que no se puede realizar un ejercicio ilimitado de estos.

Igualmente, con respecto a la democracia, el TEDH sostiene que el ejercicio de tales derechos puede, inclusive, resultar incompatible con la forma de organización de un Estado; este tipo de manifestaciones deben ser toleradas, siempre y cuando no estén encaminadas a dañar la esencia de ese régimen. En diversas de sus sentencias, el TEDH se ha pronunciado sobre esos límites a los “derechos políticos”, en temas como la prevalencia de una clase social sobre las demás (*Partido Comunista Unificado de Turquía —TBKP— vs. Turquía*); fundamentalismos religiosos y laicidad (*Refah Partisi vs. Turquía*; *Kavakçı vs. Turquía*); terrorismo (*Herri Batasuna y Batasuna vs. España*; *Etxebarria y otros vs. España*; *Herritarren Zerrende vs. España*); la pertenencia y activa participación en grupos políticos golpistas (*Ždanoka vs. Latvia*); entre otros.

La jurisprudencia del TEDH ha reiterado que el sistema del convenio protege derechos reales y efectivos y no ilusorios conforme a un principio de protección colectiva y de enjuiciamiento efectivo de los derechos (*Ártico vs. Italia*; *Mc Cann vs. Reino Unido*, así como *Körestky y otros vs. Ucrania*). El Código de Buena Conducta en Materia Electoral de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa reconoce que el sufragio puede ser un derecho o un deber, siendo una opción del legislador configurar o no el voto como obligatorio; no hay pronunciamiento al respecto por el TEDH. En cuanto a la exclusión automática del sufragio a los condenados, el TEDH ha admitido que no existe un consenso normativo europeo al respecto, parte entonces a la búsqueda de un *common background*.

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los “derechos políticos” en el ámbito interamericano están previstos en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales implican, entre otros aspectos, el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, así como al de acceder a las funciones públicas. El contenido y alcances de estos derechos han sido objeto de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH ha señalado que los “derechos políticos” propician el fortalecimiento de la democracia y fomentan pluralismo político (*Yatama vs. Nicaragua*).

En los “derechos políticos”, conforme a la jurisprudencia interamericana, se encuentran: el de participación política, que puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como el de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación

directa. En cuanto al derecho a ser elegido y el de votar, la CIDH ha señalado que están íntimamente ligados entre sí, y constituyen la expresión de las dimensiones tanto individual como social de la participación política (*Yatama vs. Nicaragua; Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Para la CIDH, el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los “derechos políticos”, deber que no se satisface únicamente con la expedición de la norma que los reconozca formalmente, sino que para ello se requiere que el propio Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran determinados sectores o grupos sociales (*Yatama vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Los “derechos políticos” no deben limitarse en cuanto a su alcance pleno, de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria esa participación; lo que privaría a los “derechos políticos” de su contenido esencial. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los “derechos políticos” no constituyen por sí mismo una restricción indebida. La CIDH ha establecido que los “derechos políticos” no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones; su reglamentación debe observar, al menos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Las restricciones a los “derechos políticos” deben preverse en una ley; no ser discriminatorias; basarse en criterios razonables; atender a un propósito útil y oportuno que torne necesaria esa norma, y estar encaminadas a satisfacer un interés público imperativo y proporcional a ese objetivo (*Yatama vs. Nicaragua*). Para la CIDH, la democracia representativa es determinante en todo sistema, constituye “un principio” reafirmado por los Estados americanos y previsto en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. El Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de “derechos políticos” tenga la oportunidad real para ejercerlos; para ello, señala la CIDH, es indispensable que el Estado genere condiciones y mecanismos óptimos para que los “derechos políticos” puedan ejercerse de forma efectiva. En ese sentido, la CIDH ha expuesto que la CADH se limita a establecer determinados estándares, dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los “derechos políticos”. El ejercicio de los “derechos políticos”, en su vertiente de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados puedan reglamentar el ejercicio de los “derechos políticos”, exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, la CIDH ha sostenido que la finalidad de estas previsiones es evitar la discriminación de los individuos en el ejercicio de los “derechos políticos”, aunado a que se trata de la imposición de condiciones habilitantes que la ley puede imponer para su ejercicio, las cuales son comunes

en la región. La CADH impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas encaminadas a cumplir con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, así como el deber de adoptar medidas en su derecho interno. Para que los “derechos políticos” puedan ejercerse, los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones, formalidades y directrices que hagan posible el ejercicio de esos derechos, como el de votar y ser votado. La obligación de los Estados de garantizar los “derechos políticos” resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y de la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el art. 23 de la CADH. Sin esa acción, en términos de la CIDH, los “derechos políticos”, como también otros previstos en la CADH (protección judicial), son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque por su misma naturaleza resultarían inoperantes sin una detallada regulación normativa, e incluso sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). La obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, reconocidos en la CADH, también implica el deber de organizar el aparato gubernamental y sus estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Así, para la CIDH los titulares de los “derechos políticos” son los ciudadanos (*López Mendoza vs. Venezuela*).

La CADH ha establecido lineamientos generales que determinan el contenido de un mínimo “derechos políticos” y permite a los Estados, para que dentro de los parámetros convencionales, que los regulen de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). Un ejemplo de lo anterior se presenta en América Latina (*Efraín Ríos Mont vs. Guatemala*), región en la cual, por su pasado dictatorial e inestabilidad política, es frecuente constatar que leyes de la región centro y sudamericana impiden el libre ejercicio de los “derechos políticos” a los rebeldes, dictadores, golpistas o represores, quienes en su momento causaron lesiones graves a los derechos humanos; por ello, la CIDH ha validado condiciones de inelegibilidad para quienes actúan en esos contextos, con base en que las limitaciones o prohibiciones para el ejercicio de los “derechos políticos” constituye una norma de defensa común internacional para la consolidación democrática de la región.

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POSITIVIZADOS

La noción de derecho positivo es el punto de partida para arribar a una definición del término “derechos positivizados”. En una acepción general, según Bobbio en el libro *El tiempo de los derechos*, el derecho positivo es el conjunto unitario de normas, tanto de conducta como de organización, que reglamentan

las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social. Si bien es en el derecho romano donde surge la idea del derecho codificado, la misma alcanza su cabal desarrollo en el marco del nacimiento del Estado liberal moderno, donde representa uno de sus soportes fundamentales.

La relación dicotómica configurada por el Estado y el derecho fue advertida por la mayoría de los principales exponentes de la filosofía política y del derecho. En este orden, perspectivas como la de Kelsen coinciden en ver a ambos como la cara de una misma moneda, sin que se pueda entender a uno sin el otro y sin importar quien detente el poder soberano del Estado. Es a través de las normas jurídicas establecidas como subsiste el Estado y por las que materializa su poder coactivo.

Ahora bien, el concepto de “derechos positivizados” sugiere necesariamente la existencia de un proceso legislativo en el contexto del Estado moderno, como la vía mediante la cual los derechos en su sentido más amplio pasan a formar parte del conjunto de normas que rigen a una sociedad.

El proceso legislativo es una de las tres fuentes formales del derecho, junto con la costumbre y la jurisprudencia. De acuerdo con esto, García Máynez, en la obra *Introducción al estudio del derecho* (2003), dice que “en los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales... es el proceso mediante el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general”. De esta manera, el proceso legislativo es la forma típica de positivización de derechos, más allá de su incorporación en el orden constitucional o en leyes secundarias.

La positivización de derechos debe ser comprendida como la síntesis de un proceso político y jurídico, cuyas etapas comprenden la construcción conceptual de los derechos y libertades, y su consiguiente protección a través de la definición de un orden legal. Un hecho universal decisivo en el proceso aludido fue la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, en tanto asidero filosófico e inventario axiológico cruciales en la ulterior incorporación de derechos en las primeras Constituciones democráticas.

En este orden de ideas, la evolución de los derechos comprende su reconocimiento e incorporación crecientes en los sistemas jurídicos del Estado moderno, como salvaguarda de su observancia. En el campo de los derechos humanos, este hecho evidencia la compaginación de los principios iusnaturalistas y positivistas, ya que incluyen elementos y fundamentos de ambos, cuya articulación plasma los principios de igualdad y libertad en un cuerpo jurídico normativo.

Dentro del proceso de positivización de los derechos es posible encontrar cuatro grandes etapas o generaciones a lo largo de la historia. En primer lugar, el reconocimiento de los derechos individuales (libertad, igualdad, seguridad y propiedad) o también conocidos como de primera generación, que fueron bandera de lucha de las revoluciones de Inglaterra, Francia y Estados Unidos entre los siglos XVII y XVIII, que con sus respectivas proclamaciones de derechos ayudaron a modelar las primeras Constituciones de la era moderna: la del estado de Virginia de 1776, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 y sus diez primeras enmiendas de 1791, así como la Constitución francesa de 1793.

La segunda generación surge en el siglo XX con la Constitución mexicana de 1917, que define a derechos de índole social, relativos a la educación, al trabajo y a la seguridad social.

Los derechos humanos de tercera generación conciben al hombre como integrante de grupos sociales, de los que surgen los derechos concernientes a un medio ambiente sano, a la diversidad cultural, a la información y a las minorías. En la actualidad se discuten los derechos de cuarta generación, dirigidos a que las nuevas generaciones cuenten en el futuro con un mundo viable.

En México, el proceso de inclusión de derechos en los ordenamientos jurídicos tiene una larga trayectoria, comenzando en 1814 con la Constitución de Apatzingán, en donde ya se incluyó el reconocimiento de libertades; en las Constituciones federalistas del siglo XIX, que abarcan los periodos de 1824 a 1835 y de 1847 a 1852, también se reconocen una serie de libertades y la obligación del Estado de protegerlas; el triunfo del movimiento liberal y la promulgación de la Constitución de 1857 consagraron los principios de igualdad, libertad y seguridad personal, e incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal; por último, con la Constitución de 1917 se inició una auténtica vertiente social del constitucionalismo mexicano, mediante la inclusión de los derechos a la educación y del trabajo. Con la trascendente reforma de 2011 en la materia se fortaleció el reconocimiento de los derechos y libertades en el país, al tiempo de establecer principios y mecanismos jurídicos más eficaces para su protección.

De la manera antes descrita es como los derechos han transitado en el proceso de positivización, además de contribuir a la conformación de lo que algunos autores contemporáneos denominan como “Estado democrático de derecho”; sin embargo, recientemente, el *neopositivista* italiano Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ha propuesto una segunda etapa en la naturaleza de los derechos humanos, lo que implica un nuevo paradigma para el positivismo clásico. Este autor argumenta que mientras que en la primera fase lo que importaba era la legalidad formal, para un segundo momento ya no basta con este componente, sino que además se garantice el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales establecidos. Con ello se da lugar al Estado constitucional de derecho.

En México y en Iberoamérica, la noción de Ferrajoli resulta especialmente pertinente como pauta de actuación de los diversos actores, ya que en la promulgación de una ley o la emisión de una sentencia, respectivamente, se tendrán que salvaguardar los derechos humanos a partir de un respeto pleno a la Constitución y la observancia de las normas contenidas en el plano de la convencionalidad internacional, ampliando con ello sus garantías.

Rodolfo Lara Ponte

DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Los derechos subjetivos son una doctrina que tomó como base el derecho privado, considerando análogo o distinguiéndose el público del privado por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público, destacándose la priminenia y la subordinación del Estado o asociaciones públicas

respecto del individuo; en cambio, las relaciones que pertenecen al derecho privado existe en una coordinación.

Considerando que es la facultad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho, al individuo un derecho subjetivo; por esto, corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición por esta razón va íntimamente entrelazada con la existencia de los derechos públicos individuales; esto se diferencia esencialmente del derecho privado, ya que se fundan inmediatamente en la personalidad y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma, las exigencias que surgen de estos derechos, y a las que se pone de manifiesto la significación práctica de estos. Igualmente, los derechos subjetivos públicos proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos; la subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona; es decir, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la redención total de la cultura, según la cual en el Estado moderno todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado es al mismo tiempo persona frente a él. Por eso, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no permanentemente a este Estado, el que se encuentra transitoriamente sometido al poder de un Estado extraño, no solo es considerado como súbdito de este, sino también como *civis temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

Es decir, el reconocimiento que como persona tiene el sujeto lo hace un ente obligado hacia el Estado, pero a la vez el Estado les reconoce derechos frente a él, creándose la relación jurídica perfecta de derechos y obligaciones.

La teoría de los derechos subjetivos públicos se vio fortalecida por las ideas contractuales de Rousseau y Locke, para el primero de ellos es un contrato político y hace alusión a que la sustitución de un Estado social por uno político da lugar a una enajenación absoluta de todos los derechos naturales del individuo a favor del poder político que así surgía; por el contrario, Locke consideraba que el individuo gozaba de ciertos derechos fundamentales, precisamente estimaba que al tener lugar el contrato político, la sustitución de un Estado social no político por uno político, era justamente para satisfacer la necesidad de que tales derechos fundamentales (la propiedad, la libertad personal, el derecho a la vida) fueran objeto de un reconocimiento mejor del que podían tener en un régimen en el que no existiera el Estado.

Como puede observarse, existe un contraste absoluto entre la doctrina de Locke y la de Rousseau, este último comprendía que la celebración del contrato implicaba la enajenación absoluta de la libertad individual a favor del soberano; una vez celebrado ese contrato, el individuo no podía reivindicar derecho alguno respecto de la voluntad general soberana. En cambio, Locke considera que el contrato político se explica justamente por la necesidad de

que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato, sean objeto de una protección más eficaz.

La influencia de estas ideas tuvo repercusión en las colonias inglesas para orientar la noción de los colonos hacia una noción de derecho natural.

La teoría de estos derechos subjetivos públicos surgen en el siglo XVII, viéndose de manera positiva en los documentos ingleses *Petition of Rights* de 1628 y *el Bill of Rights* de 1689.

Tales derechos fueron desarrollados por las colonias americanas (E. U. A.) y trasladadas a Francia, el cual los recogió en su texto constitucional de 1793, dando un trato de priminencia a los derechos subjetivos públicos; en la Declaración de los Derechos del Hombre se desarrolló un catálogo de estos derechos, considerando como tales a los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, los cuales fueron recogidos por los primeros textos constitucionales nacionales; por ejemplo, la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, la cual en su capítulo quinto, denominado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos”, da constancia de esta aseveración; asimismo, el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, en su art. 30, hace el señalamiento de que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Al pretender ser contemplados estos derechos subjetivos públicos en la Constitución de 1824 se produjo una ardua discusión en el seno del Congreso Constituyente, ya que en este existía un grupo que consideraba inútil su inclusión, argumentando que en el Acta Constitutiva ya se habían contemplado en su art. 20 y que incluirlos en el art. 156 del proyecto de Constitución resultaría redundante, además de considerar que el objeto natural de las leyes es el de proteger los derechos de los hombres y que los derechos de los ciudadanos son los que establecen las mismas leyes, esto en la sesión del 28 de agosto de 1824; sin embargo, esta discusión logró que los Estados de la Federación en sus textos constitucionales consideraran de manera expresa estos derechos subjetivos públicos, tomando como base, como ya se ha mencionado, los señalamientos de la Constitución francesa; esto se puede observar en las Constituciones de Chiapas, en el art. 6o.; Coahuila y Texas, en el art. 11; Durango, en el art. 15; Guanajuato, en el art. 14; Michoacán, en el art. 12; Nuevo León, en el art. 9o.; Oaxaca, en el art. 9o.; Puebla, en el art. 4o.; Querétaro, en el art. 8o.; San Luis Potosí, en el art. 10; el Estado de Occidente (Sinaloa y Sonora), en el art. 15, Tabasco, en el art. 3o.; Tamaulipas, en el art. 9o.; Jalisco, en el art. 8o.; Yucatán, en el art. 4o., y Zacatecas, en el art. 7o.

Como se mencionó con anterioridad, la Constitución de 1824 no tuvo un capítulo específico respecto a estos derechos públicos subjetivos; sin embargo, si los trata de manera general, correspondiendo en este régimen la enunciación y desarrollo de estos a las constituciones de las entidades federativas.

La Constitución de 1857 contempló a estos derechos en un título y los denominó “derechos del hombre”; en la Constitución de 1917 se les otorgó el nombre de garantías individuales, denominación desafortunada para algunos autores.

DESAPARICIÓN DE PODERES

La desaparición de poderes es un medio de control constitucional político encomendado al Senado de la República, con la intención de garantizar el sistema federal mexicano; tiene sus antecedentes en el constitucionalismo americano (E. U. A.), en donde la pretensión primigenia es la salvaguarda de la unión pactada por los estados en la Confederación Americana y es desarrollada con base en la interpretación del texto constitucional de las ideas contractuales de Rousseau y de Locke; en el caso de Rousseau, la Constitución es un contrato político emanado de la voluntad popular y en donde esta voluntad popular hace una enajenación absoluta de todos sus derechos a favor del poder político que surge de esto, mientras que la consideración de Locke estima que el contrato político se explica por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato. Estas dos consideraciones trasladadas al pacto de los estados son las que sirvieron como base para la jurisprudencia de los Estados de Norteamérica respecto a la garantía de la forma republicana, misma garantía que se encontraba estipulada en el texto constitucional de los Estados Unidos de América de 1787 en el art. IV, sección IV, que enunciaba: “The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence”. Considerando a esta garantía como el fortalecimiento del sistema federal para preservar la unión de los estados, pasó a nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, no dejó de existir la preocupación de que aquellos que son investidos con los poderes del gobierno federal empleen este poder como medio de su propio engrandecimiento, en vez de utilizarlos para proteger y preservar a la unión federal, permitiendo con esto la garantía federal y, por ende, la unión de los estados miembros de manera voluntaria y no impuesta, pensando que tal unión es lo mejor para el desarrollo y el bienestar común para cada uno de sus integrantes, ya que el uso excesivo de poder para la aplicación de esa garantía traería como consecuencia la consideración de que si no se usa racionalmente esta garantía, pudiera traer la muerte del sistema federal.

En México, la garantía republicana en el régimen de 1824 correspondió al Congreso, el cual tenía esta facultad derivada del art. 49, fracción segunda, que decía: “Las leyes y decretos que emanen del Congreso tendrán por objeto: II. Conservar la unión federal de los Estados y la paz y el orden público en lo interior de la Federación”. Es hasta la reforma constitucional de 1874, tratando de fortalecer al Poder Legislativo, cuando se hace presente la garantía republicana, concediéndole esa garantía al Senado en el art. 72, apartado B, fracción V, que señalaba: “son facultades exclusivas del Senado, declarar cuando hay hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un Estado, que llegado el caso de nombrarlo Gobernador provisional quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”. Desde la aparición de esa facultad concedida al Senado, una gran cantidad de hechos se sucedieron hasta gran parte del régimen de 1917. En estos acontecimientos, la actuación del Senado en ocasiones se convertía en arbitrario y

en contra o en detrimento de las entidades federativas, por lo cual no se justificaba el objeto por el cual había sido creado, ya que en lugar de fortalecer la unión de las entidades en el sistema federal mexicano, resultaba nefasta para ella. Múltiples son los casos en los cuales a petición de ciudadanos el Senado intervenía apoyado en esta facultad constitucional y sobresalía la intención de que más que salvaguardar la garantía republicana se pretendía contar en los gobiernos estatales con personas afines al gobierno federal, y podríamos hacer una enunciación demasiado amplia respecto a las actuaciones del Senado bajo esta facultad; sin embargo, cobra relevancia destacar el caso denominado “la doble legislatura del estado de Jalisco”, la cual deja en evidencia la manera indiscriminada del abuso de esta facultad de parte del Senado y que se convirtió en un arma política en un afán de contener las diferencias federales con las autoridades locales no afines a los titulares de los poderes federales. He aquí el ejemplo de la doble legislatura: once individuos se reunieron en una casa de Guadalajara con la finalidad de constituir los poderes estatales de Jalisco; sin sustento legal ni constitucional que los respaldara expidieron un decreto nombrando como presidente del Tribunal Superior de Justicia a alguien ajeno a ellos y desconociendo después al Ejecutivo local, por lo cual el presidente del Tribunal electo para ellos pasaba a ser el gobernador constitucional del Estado y así forman, según ellos, dualidad de los poderes constituidos de los poderes del Estado.

Mediante un doble juego político, el Ejecutivo federal reconoce a los poderes constituidos del estado de Jalisco (Ejecutivo y Legislativo); sin embargo, en su reconocimiento da a los ciudadanos rebeldes la oportunidad de acudir al Senado para hacer valer sus derechos que como legislatura reclaman, es aquí donde la intervención del Senado cobra relevancia, ya que con un espíritu aparentemente conciliador en su resolución, manifiesta que es llegado el momento de nombrar a un gobernador provisional; para que este convoque a elecciones para el nombramiento de los titulares de los poderes constituidos del Estado.

Esto provocó el rechazo airado por parte del Poder Ejecutivo del estado y la legislatura local, por tal aberrante disposición, ya que no se encontraba este caso en el supuesto inmerso en el art. 72, apartado B, fracción V, que a la letra decía: “B.- Son facultades exclusivas del Senado”, “Declarar cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un estado, que es llegado el caso de nombrarte gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”, de conformidad a lo publicado en *El Monitor Republicano*, núms. 166 y 167, el 11 y 12 de julio de 1876.

En México, estos constantes abusos en los distintos regímenes constitucionales, desde 1857 y gran parte de 1917, hizo necesaria la reglamentación para el uso de este medio de control político, lo cual se dio el 29 de diciembre de 1978 bajo la denominación de Ley reglamentaria de la fracción V del art. 76 de la Constitución General de la República, la cual señala cinco supuestos en los que se puede configurar la desaparición de los poderes de un estado, de las cuales la primera y la quinta hacen referencia a la garantía federal y a

la garantía republicana, y la segunda, tercera y cuarta se refieren a impedimentos, prorrogas o abandonos de los titulares de los poderes constituidos en los estados.

Carlos González Blanco

DESTIERRO

El destierro, incluido entre las penas privativas de libertad ambulatoria, fue considerado en los textos histórico-jurídicos como la sanción modelo del grupo constituido por el extrañamiento, la deportación o el confinamiento, y se refiere a la expulsión territorial, que excluía al reo de residir en su lugar natural, en su comunidad. Según el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Escriche, el destierro “no es más que la expulsión judicial de alguna persona de cierto lugar o territorio determinado; pero en el lenguaje de las Partidas (VII, 31, 4) se entiende también por destierro la traslación hecha por autoridad de justicia de alguna persona a una isla u otro paraje cierto”. Entre los atenienses de la antigüedad se llamaba al destierro político *ostracismo*, mientras que entre los romanos (como señala el propio Escriche) se llamaba *deportación* al destierro perpetuo con ocupación de bienes, y *relegación* a aquel destierro sin confiscación de bienes. En las fuentes del derecho español encontramos referencias del destierro desde el libro de los Fueros de Castilla (números 163 o 188), el Fuero Viejo de Castilla (t. II, 1.1; 2.1; 1.4), las Leyes de Estilo (t. I, XLIX o CCLII), el Espéculo (III, 5, 13 o III. 8.5), las Partidas (VII, 31, 4), el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá hasta la legislación de Cortes o la legislación especial, como el Ordenamiento de Tahurerías. Su frecuencia en los textos, como afirma Tomás y Valiente, resalta su utilización no solo contra infracciones específicas, sino en sustitución de las corporales, en principio no ejecutables sobre los nobles.

El destierro, como pena de orientación a veces política, fue una de las más útiles del Antiguo Régimen, aunque se mostrara peligrosa por sus efectos, ya que “tiene la ventaja de no ser irreparable... pero es una pena muy desigual si se aplica sin discernimiento”, como argumenta el propio Escriche. A su vez, era la más leve entre las penas restrictivas de la libertad ambulatoria, pues distintos estudios realizados en torno a las penas impuestas en esta época parecen demostrar que el destierro se aplicaba como modo de moderar la pena ordinaria, en los supuestos de delitos graves mediando alguna circunstancia atenuante, o para aquellos acusados por delitos no excesivamente graves. Ortego Gil (historiador del derecho español), en sus diversos estudios histórico-jurídicos incluyó como aquellos delitos que merecían la pena de destierro, los atentados a las justicias, amancebamientos, juegos prohibidos, rufianismo, hechicerías, incendios, escándalos y blasfemias, aborto, abigeato, armas prohibidas.

La exclusión territorial del reo, siguiendo la terminología romana, podía hacerse a una isla o ínsula, o abandonar el lugar o pueblo donde se cometió el delito y en los supuestos más graves, del reino, propio de los destierros perpetuos, constituyendo en sí misma una pena de muerte civil. En los reinos de la península ibérica, durante los siglos XVI a XVIII, si bien buena parte de la

legislación real incluyó como sanción la pena de destierro, no siempre mencionaron su ámbito territorial de exclusión.

La garantía de la paz de las personas, en especial de las privilegiadas, o de la comunidad atacada, fueron los argumentos más repetidos en las sentencias para fundamentar el destierro. Esta pena se constituyó, como una de las más importantes cuantitativa y cualitativamente durante la Edad Moderna (siglos XVI y XVII), por delante de las penas pecuniarias y a mucha distancia de la condena al remo, tercera en importancia porcentual. Sin embargo en el transcurso del siglo XVIII fue superada por sanciones como las propias penas pecuniarias, el apercibimiento o el presidio. Esta situación propia de la España del Antiguo Régimen pudo apreciarse también en países como Francia, aunque en este caso la pena de destierro no sería totalmente desplazada hasta la consolidación de la prisión.

El destierro no solo provocaba al condenado el desplazamiento hacia un medio desconocido, lo que a menudo conllevaba la entrada en el mundo de la mendicidad, sino que era un instrumento valioso de una política criminal inteligente, ya que, como afirma Ortego Gil, la justicia de aquel periodo de transición de los siglos bajomedievales y modernos, ante la imposibilidad de crear nuevas penas y correspondiendo a cada delito un castigo, utilizaron el destierro como una pena de no excesiva dureza, que les permitía adecuarse a la personalidad de determinados delincuentes, a la gravedad de los hechos, al grado de participación en estos y a la obligación de reprimir las conductas que hubieran violentado el ordenamiento jurídico.

Hasta antes del siglo XIX la pena de destierro fue concebida como una medida de seguridad, al menos relativa, destinada a la protección de la sociedad frente a los criminales que no habían sido castigados con la pena de muerte, evitando así ulteriores acciones violentas del entorno ciudadano. En los siglos XIX y XX el destierro se le considera como pena con perfil correccional. Dicha pena ya no solo fue impuesta a los delitos particulares, sino que también se usó para delitos contra el Estado u otros con connotaciones políticas o como sanción para casos de responsabilidad de funcionarios públicos.

Actualmente hay una tendencia cada vez mayor a erradicar la pena de destierro en las legislaciones penales nacionales; sin embargo, en aquellos países que aún la contemplan, su aplicación requiere de una determinación judicial oficial. El art. 9o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

Por su parte, el art. 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al derecho de circulación y de residencia, indica que “nadie puede ser expulsado del territorio del estado de cual es nacional, ni ser privado del Derecho a ingresar al mismo”, lo que nos hace suponer que esta disposición limita la posibilidad de establecer como pena el destierro a un nivel internacional, ya que en este caso no se hace excepción respecto de leyes que pudieran considerar casos o situaciones particulares y, adicionalmente, cabe decir que en el punto 7 del mismo artículo se reconoce el derecho que se tiene a buscar y recibir *asilo* en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos. Toma relevancia ha-

cer estar relación, considerando que durante el siglo XX el destierro se aplicó mayoritariamente contra los adversarios políticos de un Estado.

Finalmente, y considerando la propuesta hecha por la Comisión Andina de Justicia en los *Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma*, en relación con el tema de sanciones penales, se hace necesario que las legislaciones nacionales tengan presente que “se prohíbe la sanción con pena de muerte, destierro y demás sanciones que establezcan un trato cruel, inhumano o degradante a la persona declarada responsable” (disposición 3.7), esto con la finalidad de facilitar la implementación de dicho Estatuto, que refleja el nuevo sistema de justicia penal internacional, sin olvidar, por una parte, que dicho sistema “actúa de forma complementaria a la labor de administrar justicia por parte de los tribunales nacionales”, y, por la otra, como señala Sergio García Ramírez, que “las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones”.

*Amelia Gascón Cervantes
María Dolores Madrid Cruz*

DIÁLOGO COEVOLUTIVO

En biología, coevolución es el cambio de uno o más seres vivos provocado por el cambio de otro organismo con el que mantienen algún tipo de interacción recíproca, que puede ser mutualista, competitiva o antagónica. En el caso de interacciones competitivas y antagónicas, la coevolución en el largo plazo tiende a la separación de los organismos, mientras que en interacciones mutualistas la tendencia es su vinculación permanente. Son ejemplos de coevolución las adaptaciones generadas por interacciones antagónicas entre depredador y presa, o las producidas por interacciones mutualistas entre plantas y polinizadores.

El concepto se ha aplicado como metáfora de análisis de procesos interdependientes que se desarrollan en forma análoga a la coevolución biológica en diversos campos, desde la sociología y la política económica hasta la astronomía y la informática. En el ámbito jurídico, la metáfora evolutiva se asocia a debates hermenéuticos entre originalistas y no originalistas, que caracterizan a la Constitución o los tratados internacionales como “instrumentos vivos”, por oposición a una interpretación restringida a la intención o significado original de los textos. Este debate es especialmente relevante respecto de prácticas condenadas en el presente que eran ampliamente permitidas en el pasado (*v. gr.* la discriminación por la orientación sexual), y tiene implicaciones importantes en torno al papel de los jueces en regímenes democráticos. En Estados Unidos, el debate se asocia a la expresión “living Constitution”; en *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920), Holmes describe a la Constitución como un “organismo” cuyo desarrollo posterior no podía ser previsto del todo por los padres fundadores, y en consecuencia, la Constitución debía interpretarse a la luz de la realidad social presente y no de la imperante cien años atrás. Este criterio hermenéutico de interpretación evolutiva fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrrer v. Reino Unido* (sentencia

de abril 25 de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31), donde la Corte sostuvo que la Convención Europea de Derechos Humanos es un “instrumento vivo” que “debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes”. Por su parte, en la Opinión Consultiva 16/1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió este criterio tomando como referencia el caso *Tyrer*, sosteniendo que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Adicionalmente, la Corte Interamericana vinculó este criterio hermenéutico a la noción de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, basándose en la Opinión Consultiva de junio 21 de 1971 de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que todo instrumento internacional “debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. De este modo, la Corte consideró que en la interpretación de tratados interamericanos debía examinar “la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, lo que significa que la interpretación evolutiva no solo implica considerar las condiciones sociales actuales, sino además incorporar los estándares universales del sistema de Naciones Unidas, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención 169 de la OIT. Por ello, la jurisprudencia interamericana no se desarrolla autárquica y aisladamente, sino que evoluciona en interacción mutualista con el sistema universal.

Esta dinámica coevolutiva no solo se predica entre el nivel interamericano y el universal, sino también entre el nivel interamericano y las jurisdicciones nacionales. Durante las primeras décadas de funcionamiento del sistema interamericano, la Corte Interamericana emitía órdenes genéricas a los Estados como un todo y defendía el principio de interpretación autónoma, reconociendo escaso margen de apreciación a las cortes nacionales. A finales de los años noventa, la Corte instauró un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales concretos, incluyendo el legislador y los jueces nacionales. Esto propició el desarrollo de diálogos directos y policéntricos entre cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo policéntrico). Desde el caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* (2006), que introdujo la doctrina del control de convencionalidad, los jueces nacionales deben verificar la compatibilidad entre las normas nacionales aplicables al caso concreto y la normatividad interamericana, teniendo en cuenta la interpretación que de estas normas haya realizado la Corte Interamericana; esto ha incentivado la adopción de estándares interamericanos en la jurisprudencia constitucional nacional. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha reiterado la aplicación del principio *pro homine* cuando los estándares nacionales sean más garantistas que los estándares interamericanos, y en casos como *Castañeda Gutman vs México* (2008), *Manuel Cepeda vs. Colombia* (2010), y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) ha mostrado cierta deferencia hacia estándares nacionales de derechos humanos, abriendo espacios de reciprocidad e influencia mutua entre las cortes del sistema.

Este modelo de diálogos coevolutivos entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana contrasta abiertamente con la tradicional solución monista internacionalista —que resuelve los conflictos de interpretación entre órde-

nes concediendo mayor jerarquía a la corte internacional y restringiendo el margen nacional de apreciación —y con la solución dualista —que otorga prevalencia a la corte nacional y condiciona la eficacia de la jurisprudencia internacional a su recepción interna—. El modelo coevolutivo concibe a estas cortes como actores interdependientes cuyas posturas se influyen mutuamente, lo que puede derivar en una confluencia de interpretaciones similares o mutuamente compatibles dentro del sistema en conjunto si las interacciones son mutualistas y cooperativas; sin embargo, las interacciones también pueden ser competitivas o antagónicas y producir divergencias interpretativas debido al carácter policéntrico de los diálogos, ya que todas las cortes involucradas pueden ser origen de estándares normativos garantistas y a que el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un *primus inter pares*. Desde este enfoque, el sistema interamericano se concibe como un sistema judicial multinivel de alcance regional que integra como propios tanto el nivel nacional de protección de derechos humanos como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Aparentemente el diálogo jurisprudencial es una de las más recientes realidades que caracterizan las relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos y respectivas jurisprudencias. Según una opinión frecuente, se habría producido un intenso cambio interesante de las relaciones entre diversas cortes estatales y entre cortes estatales y cortes internacionales. Este entramado de jurisprudencias vería inevitablemente la utilización del derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación tanto por parte de los jueces estatales como de aquellos internacionales.

La superación de las barreras ideológicas después del fin de la contraposición entre el bloque occidental y el bloque soviético ha permitido el acercamiento de las elecciones constitucionales de numerosos ordenamientos a aquellas propias de los Estados de consolidada democracia liberal, y ha facilitado la creación de un *espacio cultural común* que impulsa a la recíproca homologación de las jurisprudencias constitucionales e internacionales.

El diálogo resulta creíble sobre todo en el sector de la tutela de los derechos humanos, donde subsisten aquellos presupuestos de uniformidad que podrían asegurar el diálogo mismo en cuanto cada Estado está obligado a observar la Declaración Universal y las distintas cartas de derechos adoptadas a nivel regional en los diversos continentes. Pero esta uniformidad de tutela entre Constituciones y convenciones sobre los derechos a menudo resulta, en realidad, meramente aparente si se pasa de la declaración formal a la práctica actuación de los principios.

Hay que constatar que las hipótesis de diálogo no tienen absolutamente una perspectiva universal, pero necesariamente resultan exclusivamente circunscritas a los ordenamientos de inspiración liberal a prescindir de su colocación espacial en diversos continentes.

Los estudios desarrollados sobre el tema muestran que el diálogo se presenta sensiblemente diverso según si se desarrolla en el ámbito de las relaciones entre cortes de un ordenamiento internacional regional (Unión Europea, Consejo de Europa, Pacto de San José) y cortes estatales incluidas en éste o entre cortes estatales.

En un ordenamiento internacional regional es oportuno investigar el necesario equilibrio entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva constitución, basada sobre una convención, y órganos de los Estados miembros, basados sobre una Constitución. Al adoptar sus propios pronunciamientos, una corte internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales, y las cortes estatales deben tener cuenta de cuánto ha sido devoluto a los órganos de la comunidad internacional. Se establecen inevitablemente nexos entre los dos niveles de jueces. Existe, entonces, una verdadera *interacción* entre cortes confirmada por la experiencia de las cortes de Luxemburgo, Estrasburgo y por la Corte Interamericana. Los tratados, las jurisprudencias y las prácticas ponen en relieve los instrumentos a través de los cuales la interacción se manifiesta con el fin de asegurar un aceptable nivel de compatibilidad entre los dos niveles.

En primer lugar, es norma general que los Estados y las respectivas jurisdicciones deben observar el derecho de los tratados y también la jurisprudencia de las cortes internacionales. Este vínculo de adecuación sucesiva es pretendido por las cortes internacionales y asegurado por aquella estatal, llegando a imponer, cuando es necesario, modificaciones legislativas y, a veces, constitucionales de adecuación. Además, las cortes estatales deben asegurar una interpretación del derecho estatal conforme al derecho convencional y efectuar un control de convencionalidad para garantizar la correspondencia de la normatividad interna con los vínculos asumidos con la convención. En algunos casos está expresamente previsto un reenvío prejudicial de la corte estatal a aquella internacional para asegurar, en vía preventiva, que el juez estatal decida teniendo en cuenta el correcto modo de leer la fuente convencional y las normas que le dan ejecución a nivel internacional, siguiendo los principios establecidos por el juez internacional. En general, las relaciones entre los dos niveles de jueces se inspiran en un principio colaborativo que muestra una *recíproca deferencia*: se tiene cuidado en salvaguardar los propios recíprocos, principios fundamentales de referencia (la convención y la Constitución), como demuestra la famosa historia de los denominados contralímites progresivamente absorbidos por su inclusión en los más recientes tratados en el caso de las relaciones entre cortes de justicia y cortes constitucionales estatales. Pero también en el ámbito del Convenio Europeo encontramos útiles ejemplos de colaboración, como demuestra el reconocimiento por parte de la Corte de Estrasburgo del principio del margen de apreciación nacional.

Mientras en las relaciones entre corte convencional y cortes estatales se puede especificar un principio fundamental de colaboración, que implica una constante *interacción* que permite hablar de diálogo, asimismo no puede afirmarse para las relaciones entre cortes estatales del mismo nivel. Aquí es posible únicamente individualizar la presencia de una *influencia* ejercitada por parte de la jurisprudencia de cortes dotadas de particular prestigio sobre aquella

de otras cortes, el que siempre se ha dado por la natural sugestión ejercitada por los sistemas jurídicos que se presentan como modelos dignos de imitación. En similares casos se manifiesta una influencia unidireccional, faltando aquella interacción que es la esencia del diálogo. Además, es también natural que en ordenamientos que compartan los valores constitucionales liberales se produzca una objetiva *convergencia* entre jurisprudencias que hacen resaltar la homogeneidad de ordenamientos jurisprudenciales sobre temas comunes, como la tutela ambiental, y sobre numerosas cuestiones éticamente sensibles, como los símbolos religiosos, el aborto, el final de la vida, el régimen de las parejas homosexuales y similares.

Es interesante concluir resaltando que se presentan casos en los que el diálogo se rechaza. Y esto puede suceder por diversas razones: o porque las cortes consideran que la perfección, la autosuficiencia y finitud del propio ordenamiento no tiene necesidad de hacer referencia a contribuciones derivadas de otros ordenamientos, como en el caso de la dirección de la Corte Suprema de Estados Unidos, o porque la recepción de los principios liberales se ha vivido como impuesta del exterior, como en el caso de la imposición del Convenio Europeo con los Acuerdos de Dayton, y por ello es comprensible el rechazo de la Corte Constitucional de la República Serbia de Bosnia de adecuarse al pronunciamiento de la Corte Constitucional bosniana en temas de símbolos de su identidad. Pero también algunos sistemas abiertos a las contribuciones externas son a veces muy prudentes a la hora de basarse en jurisprudencia extranjera. La misma Corte Constitucional Sudafricana, que es el caso más notable de apertura a la jurisprudencia externa, ha dado demostración en algunos casos de rechazar la contribución de cortes extranjeras. El rechazo del diálogo concierne también la relación de las cortes constitucionales y de las cortes supremas con la jurisprudencia internacional. También jueces que son orientados a emplear la jurisprudencia de las cortes internacionales pueden en ciertos casos oponerse a ello. La Corte de Casación italiana es desde hace años una fiel ejecutora de la jurisprudencia de Estrasburgo, pero a veces se ha negado a observar sin reservas la misma, como cuando no ha aceptado el modo en el que la Corte de Estrasburgo pretende valorar el paso del tiempo para verificar si ha habido vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo.

Giuseppe de Vergottini
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

DIÁLOGO POLICÉNTRICO

La palabra “diálogo” proviene del vocablo griego *dialogos* (διάλογος), que significa a la vez “discusión” y “conversación”. El término fue utilizado primero por los sofistas como técnica de argumentación para la indagación de nuevos conceptos a través de la deliberación entre dos o más personas en igualdad de condiciones y conjuntamente responsables del resultado del diálogo. Esta concepción interdependiente y no jerarquizada del intercambio de ideas fue recogida por Platón en sus *Diálogos socráticos* y se caracteriza por la promoción del razonamiento individual, el respeto mutuo y el reconocimiento de los mejores argumentos.

En el ámbito jurídico, el vocablo “diálogo” se ha empleado de manera imprecisa en la doctrina contemporánea para describir una gran variedad de citaciones de jurisprudencia de cortes no nacionales como ejercicio de derecho comparado, legitimadas por la autoridad persuasiva derivada de la sofisticación teórico-argumentativa o el reconocimiento internacional de la corte extranjera. En sentido estricto, el concepto de diálogo se ha utilizado como metáfora de análisis de formas de interacción transnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes, y no hay una última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas; por ejemplo, tribunales nacionales y regionales en el marco de sistemas regionales de derechos humanos y de sistemas de integración supranacional como la Unión Europea. En este contexto, las citas a la jurisprudencia de cortes de países vecinos no se sustentan necesariamente en la autoridad o reconocimiento internacional de la corte referenciada, sino que usualmente exploran cómo ha sido resuelto un problema jurídico bajo normas de interpretación común. Adicionalmente, la corte regional generalmente no se percibe a nivel nacional como una corte “extranjera”, sino que se le concede a su jurisprudencia una autoridad con relevancia diferenciada. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el diálogo se fundamenta en los principios de interpretación conforme, *pro homine* y el principio de interacción, según el cual todo juez nacional o internacional que interprete derechos humanos debe considerar tanto el derecho nacional como el derecho internacional válidamente incorporado al orden jurídico respectivo; por lo tanto, el juez no puede conformarse con estándares mínimos fijados en su respectiva jurisdicción, sino que debe aplicar el estándar más favorable a la persona, sea éste de fuente interna o internacional. Estos principios son reforzados por la doctrina interamericana del control de convencionalidad, y en algunos países, por la doctrina del bloque de constitucionalidad. “Diálogo”, en sentido estricto, se define entonces como la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisionales sobre temas sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales. Por ello, no toda citación de la jurisprudencia de otra corte puede calificarse como “diálogo” en sentido estricto.

En la doctrina se han propuesto diversas tipologías de diálogos, según las funciones que éstos cumplen, los órdenes jurídicos de las cortes que intervienen, el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas, o el alcance de los diálogos. Bajo un modelo coevolutivo de relacionamiento entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo coevolutivo), el diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que ésta última asume un papel de *primus inter pares*. Por lo tanto, las interacciones entre las cortes del sistema pueden producirse en múltiples direcciones; un diálogo puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y

una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes nacionales. Bajo este modelo de relacionamiento entre cortes del sistema, resulta significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto. En este sentido, se distingue entre diálogos directos y diálogos policéntricos. El diálogo directo es toda interacción entre dos cortes de un sistema regional, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondida por la otra. En el sistema interamericano, estas interacciones se han desarrollado progresivamente como producto del enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, especialmente a través de órdenes de reparación y del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias. En tales eventos, la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel, como declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, o efectuar un cambio de jurisprudencia. En estos casos, el diálogo directo usualmente se relaciona con la implementación de la sentencia específica a nivel interno. Por su parte, los diálogos policéntricos se definen como interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales, a través de las cuales se diseminan estándares normativos entre el nivel nacional y el interamericano o de un sistema jurídico nacional a otro. Si bien pueden surgir a partir de un diálogo directo entre la Corte Interamericana y una corte nacional cuando otros tribunales se pronuncian sobre el mismo problema jurídico, no se requiere necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que discuten el estándar. El adjetivo “policéntrico” contrasta el modelo coevolutivo de relacionamiento entre cortes con modelos jerarquizados. Por ejemplo, a nivel nacional, los órganos judiciales tienen una estructura jerarquizada y están subordinados en mayor o menor grado a un único centro, que es usualmente una alta corte con funciones de control constitucional, ya que generalmente los jueces inferiores deben interpretar las normas de conformidad con la interpretación de la alta corte. En comparación, en el sistema interamericano la relación entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales no es jerárquica ni subordinada. La prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta, sino que se define según el alcance de la interpretación, y por lo tanto, todas estas cortes son potenciales fuentes de estándares normativos que terminen imponiéndose en el sistema en conjunto al ofrecer una protección más amplia de los derechos humanos.

En el sistema interamericano se han producido diálogos policéntricos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, la adecuada tipificación penal, el debido proceso, los derechos políticos, la

libertad de expresión, y los derechos de sujetos específicos como la mujer, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

El origen de los órganos oficiales de publicación de disposiciones normativas se encuentra en los heraldos y pregoneros de épocas remotas, así como en los bandos y gacetas de etapas históricas más recientes gracias a la invención por Gutenberg de la tipografía en 1450, una vez llegada la imprenta a la Nueva España en 1539. La función de las publicaciones oficiales, impresas, y sobre todo ahora también electrónicas, es básica para el conocimiento de tales disposiciones por parte de los sujetos obligados por las mismas.

A partir de 1666 aparecieron las primeras gacetas en la Nueva España, pero no fue hasta 1682 cuando estos impresos consignaron su fecha respectiva, según se consigna en la *Crónica del Diario Oficial de la Federación*, publicada por la Secretaría de Gobernación (México, primera edición, 1988). Durante el gobierno virreinal, el 2 de enero de 1810 se publicó el primer número de la *Gazeta del Gobierno de México*, cuya redacción estaba a cargo de don Juan López de Cancelada, y de don Alejandro Valdés la impresión, hasta el 29 de septiembre de 1821, en que apareció el último número. Cuatro días después, bajo el gobierno de Agustín de Iturbide, el mismo impresor inició la publicación de la *Gaceta Imperial de México* al año siguiente, denominada *Gaceta del Gobierno Imperial de México*. Más tarde, en la *Gaceta del Gobierno Supremo de México* se publicaron los principales despachos del Poder Ejecutivo a cargo de Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Celestino Negrete, triunvirato que se hizo cargo de un Ejecutivo colegiado a la caída de Iturbide. Las diversas denominaciones que adoptó la publicación oficial en los años subsecuentes da noticia de las turbulencias políticas de la época: *Gaceta del Supremo Gobierno de la Federación Mexicana*, *Registro Oficial del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *Diario Oficial del Gobierno Mexicano*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *El Correo Nacional*, *El Constitucional*, *Periódico oficial*, *Diario del Imperio*, entre otras. Las Constituciones de 1814 (arts. 128 a 131), 1824 (110, fracción 1a.), 1836 (39 a 42) y 1843 (65 y 87, f. I) establecieron el fundamento de las publicaciones oficiales, no así la de 1857, cuyo art. 71 fue reformado el 13 de noviembre de 1874 para establecer la obligación del Ejecutivo federal de publicar las leyes si no tuviere observaciones que hacer; si bien el artículo 85, f. I, estableció originalmente la facultad y obligación del presidente de “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”, que pasó tal cual a la Constitución de 1917, pues ésta, a pesar de sus cambios trascendentales, formalmente solo fue una reforma de aquélla.

El art. 89, f. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente recupera dicha la facultad y obligación del presidente de la República de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. Por su parte, el art. 72, inciso B, establece que se reputará apro-

bado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley o decreto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo, el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, del 17 de agosto de 2011, para anular el llamado *veto de bolsillo* presidencial, la ley o decreto será considerado promulgado, y el presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el *DOF*, sin que se requiera refrendo. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, ordena en su art. primero transitorio su publicación en el *DOF*, sin que esto haya requerido de la promulgación o autorización del Ejecutivo Federal; caso que no es único, pues lo mismo sucede con la publicación de los demás ordenamientos interiores de ambas Cámaras del Congreso, del Poder Judicial de la Federación y de los órganos constitucionales autónomos. El Reglamento Interior de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (*DOF* del 15 de mayo de 2009), señala la atribución del Consejero de enviar a la Secretaría de Gobernación los instrumentos jurídicos expedidos por el presidente de la República que deban publicarse en el *DOF*.

El *DOF* es el órgano del Poder Ejecutivo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Secretaría de Gobernación, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, de manera impresa y electrónica, los tratados internacionales, leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las leyes ordenan que sean publicados por este medio, expedidos en sus respectivos ámbitos de competencia por los poderes, órganos constitucionales autónomos, dependencias, entidades y demás entes públicos del orden federal de gobierno, a fin de que los mismos sean aplicados y observados con certeza y seguridad respecto de su contenido literal. También pueden ser publicados aquellos actos o resoluciones que por su propia importancia así lo determine el presidente de la República, así como las *fe de erratas* que la autoridad estime necesarias. El *DOF* podrá ser publicado todos los días del año, y, en caso necesario, podrá haber más de una edición por día; solo el formato impreso se distribuye para su venta al público.

Originalmente la regulación en legislación secundaria de publicar las disposiciones de observancia general para que obliguen y surtan sus efectos solo se encontraba en el art. 3o. del Código Civil de 1928, hoy Código Civil Federal, así como en los respectivos códigos civiles de los estados de la República, conforme a lo establecido en sus respectivas constituciones locales. La Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales, publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1986, reglamenta la publicación de éste y establece las bases generales para la publicación de gacetas gubernamentales sectoriales que hasta la fecha no han sido necesarias. La fracción III del art. 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece la atribución de la Secretaría de Gobernación de administrar el *DOF*, y, en su fracción siguiente, la de compilar y sistematizar los tratados internacionales, leyes y

demás disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente para proporcionar esta información a través de los sistemas electrónicos de datos, función a cargo de otra unidad administrativa de la propia dependencia.

El Código Civil Federal, en su art. 21, establece que “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”; una disposición semejante se encuentra en los códigos civiles de las entidades federativas. De ahí la necesidad no solo de publicar y compilar, sino de difundir y divulgar las disposiciones del orden jurídico nacional, publicado en los diarios, periódicos, gacetas y boletines oficiales de la República, a la población en general.

En las entidades federativas de la República las publicaciones oficiales respectivas tienen su fundamento, además, en leyes o reglamentos locales, para los mismos efectos de certeza y seguridad. La falta de una regulación expresa y puntual, así como la penuria económica de un gran número de gobiernos municipales, explica la falta de publicación oficial de sus respectivas disposiciones normativas por la mayor parte de ellos en perjuicio de sus gobernados. Para el gobierno local del Distrito Federal, las disposiciones respectivas tienen su fundamento en el Estatuto de Gobierno (arts. 49 y 67, frac. I); las leyes y decretos expedidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se publican en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y en el *DOF*.

La única reforma hasta la fecha a la Ley del *DOF* fue publicada el 5 de junio de 2012, e introdujo las siguientes innovaciones: reconoce la validez jurídica de la edición electrónica; señala la manera en qué se difundirá; garantiza su autenticidad, integridad e inalterabilidad mediante la firma electrónica avanzada; su acceso universal y gratuito a través de las redes abiertas de telecomunicación; finalmente, autoriza las publicaciones extraordinarias del *DOF* y las *fe de erratas*.

En 2012, en el alcázar del castillo de Chapultepec en la ciudad de México, y bajo el auspicio de la Secretaría de Gobernación, se constituyó la Red de Publicaciones Oficiales Mexicanas (Repomex), que agrupa a los directores de las mismas para efecto de intercambio de información y apoyo mutuo, más necesarios aun para el mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información. Previamente, con el mismo propósito y bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, se formó la Red de Boletines Oficiales Americanos (REBOA), a la cual pertenecen los países latinoamericanos, los Estados Unidos de América y el Reino de España; la presidencia de ambas redes es rotatoria entre los países o entidades miembros.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

DIGNIDAD HUMANA

Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad. La literatura suele situar en el pensamiento de I. Kant la mejor fundamentación de la idea. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano,

Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. “Los seres —escribe (134)— cuya existencia depende de la naturaleza y no de su voluntad tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas”. De ahí que “en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad; cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; pero cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad” (140).

Esta brillante construcción kantiana, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico (Kant, por ejemplo, no concede autonomía moral a quienes “naturalmente” no lo tenían: las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones sociales: los no propietarios), no halla, sin embargo, reconocimiento jurídico en el primer liberalismo, a comienzos del siglo XIX. El debut histórico del reconocimiento jurídico de la dignidad se produce más tarde como reacción a los terribles abusos del totalitarismo nazi tras la II Guerra Mundial. No es casual que los primeros textos que la mencionen sean, precisamente, el alemán y los documentos principales del nuevo orden internacional que surge tras la guerra. Pero esta idea inicial de dignidad como ámbito personal e incluso físico de respeto se irá enriqueciendo con nuevas dimensiones, como, destacadamente, la social: la dignidad de la persona implica, en este sentido, la posibilidad de desarrollar autónomamente la propia existencia, lo cual requiere que cada persona disfrute de ciertas condiciones sociales y económicas.

Todos los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el ADN o código genético de aquéllos, les confiere unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica. Cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional; en algunos ordenamientos, como el mexicano, se denomina también principio *pro persona*) e integradora (puede operar para descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos, o incluso para abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales).

No cabe ignorar, sin embargo, que el concepto de dignidad es lábil y potencialmente peligroso: puede darse la tentación *fundamentalista* de recurrir a ella “para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada” (I. Gutiérrez, 33). De “yacimiento de recursos verbales para el arbitrio judicial” habla J. Jiménez Campo (178). La construcción jurídica del concepto se ve rodeada de tres dificultades específicas. (1ª) Es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas y multiéticas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de una “profunda ambigüedad” en relación con sus usos jurídicos concretos. Puede tener una fuerte carga emancipatoria (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos, en el caso del descubrimiento del derecho a un mínimo existencial a favor de las personas sin recursos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada,

con formulaciones apodícticas e ideológicamente interesadas, o simplemente elevando a categoría universal, lo que no es más que una tradición o una inercia, para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad). La definición de la dignidad debe hacerse de modo compatible con una Constitución que es, desde el punto de vista valorativo, plural ideológicamente. Y es que los valores en nuestras sociedades multiétnicas juegan como la reina en el juego del ajedrez: hacia todas las direcciones. La idea jurídica de dignidad puede convertirse en simple ideología judicial (conservadora o progresista) con disfraz. En el campo de la bioética, las alusiones a la dignidad humana, que son frecuentes en el debate, son, sin embargo, particularmente problemáticas. No es pacífico qué se entiende por “persona” (muchos tribunales han concluido, por ejemplo, que el feto humano no lo es en términos jurídicos, pero todo esto suscita un vivo debate). Un ejemplo: en el debate sobre la legalización de la eutanasia, la dignidad se alega para justificar su prohibición, ya que su práctica constituye por sí misma un atentado a la dignidad, ya que elimina al sujeto que es soporte de esa dignidad; pero también para fundamentar la validez de la eutanasia, porque formaría parte de la dignidad el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte frente a terceros como una opción a respetar por formar parte del plan de vida querido por la propia persona.

(2^a) La idea de dignidad también se encuentra abierta no solo en su contenido, sino también en el tiempo. Se trata de un concepto en permanente estado de construcción. Lo que una sociedad considera “digno” e “indigno” muta en el tiempo. Es un absoluto que debe concretarse histórico-culturalmente. Lo que ayer era un tipo penal hoy puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental (piénsese, por ejemplo, en la homosexualidad: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México del 16 de agosto de 2010, sobre adopción de menores por parejas homosexuales, claramente conecta la homosexualidad con el proyecto de vida y, en consecuencia, con la dignidad de la persona).

(3^a) La dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes constitucionales fundamentales, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de la cualidad que se considera inherente a todo ser humano, de modo que es el valor propio que identifica genuinamente a todo ser humano como en cuanto tal. De ahí que se trate de un concepto demasiado radical o tajante como para ser empleado rápidamente en cualquier disputa jurídica sin cerrarla de inmediato a favor de cualquiera de las partes y en detrimento de las demás, sin posibilidad de ponderación o balance alguno.

No obstante, pese a estas dificultades teóricas, lo cierto es que el concepto de dignidad cumple relevantes funciones en todos los ordenamientos. Se trata, en efecto, de un concepto sólidamente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos), así como en muchas Constituciones (a partir de la *Grundgesetz* alemana), que, en manos de los tribunales, es extraordinariamente fecundo para interpretar las disposiciones más conflictivas y novedosas de

derechos fundamentales e, incluso, para permitir el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Cualquier observador atento podrá concluir que es un concepto jurídico realmente útil y no una simple promesa tan deseable como inútil, pura retórica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido de la cláusula constitucional de la dignidad diversos efectos: el principio de la no instrumentalización o patrimonialización de la persona (entre otras cosas para impedir la venta de embriones humanos o de órganos humanos); el condicionamiento de la extradición al respeto por el Estado requirente de la dignidad; la conexión entre dignidad y principio de culpabilidad penal; la fijación legal de límites a la embargabilidad a fin de no sacrificar el mínimo vital del deudor; la conexión con la proporcionalidad entre el ilícito penal y su castigo, etc. De hecho, en sentido técnico, la igualdad no solo se considera un *valor* fundante, la finalidad última, el criterio de legitimidad de todo el derecho en un gran número de países, sino también un *principio* jurídico que, como mandato de optimización, permite ser empleado como criterio hermenéutico (casi siempre en relación con el criterio evolutivo de interpretación de los derechos) y como norma de integración de lagunas a falta de regla expresa aplicable. Más aún, la densificación jurídica del concepto llega a considerarlo en algunos ordenamientos, como, destacadamente, el alemán (pero también en muchos otros de Latinoamérica, casi siempre por creación judicial más que por reconocimiento expreso en la respectiva Constitución), como auténtico *derecho fundamental* inmediatamente aplicable y exigible judicialmente. La dignidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, valor, principio y derecho fundamental.

Hasta donde se alcanza a quien esto escribe, la mejor sistematización judicial de qué sea la dignidad y qué funciones puede llegar a cumplir, desde el punto de vista jurídico, la ha formulado la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-881/02, del 17 de octubre de 2002 (en relación con los derechos de las personas que vivían en una zona de Cartagena de Indias que se vieron privados de ciertos servicios públicos y del suministro eléctrico). En esta sentencia se define el objeto de la dignidad a partir de tres aspectos o elementos: (1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3º) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*). También desde este punto se conecta la idea de dignidad con el campo de la bioética y remite a las concepciones éticas y antropológicas subyacentes en cada momento.

A mi juicio, esta brillante sistematización de la Corte colombiana permite albergar la mayor parte de las dimensiones jurídicas del entendimiento contemporáneo de la dignidad en los diferentes ordenamientos. Así, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos que podrían aducirse en causa, la idea de *dignidad*

como *autonomía* ha permitido a la Corte Constitucional en Colombia hallar válida la despenalización del consumo de drogas (1994), ordenar la reasignación de sexo de un menor (1995) o eximir de responsabilidad penal al homicidio por piedad (1997); o a la Suprema Corte de Justicia de México, acuñar el derecho de la libre opción u orientación sexual (sentencia del 16 de agosto de 2010 en relación con la adopción de menores por parejas homosexuales); o al Tribunal Constitucional italiano considerar inválido que el legislador exija afiliación o vigile a las mujeres que ejercen la prostitución (1967) o que las autoridades actúen con desprecio respecto de los enfermos mentales en los manicomios (1968). Y, por otro lado, la idea de *dignidad social* ha permitido al Tribunal Constitucional alemán construir el conocido e influyente concepto del derecho al mínimo existencial; al Tribunal Constitucional italiano identificar un “núcleo irreductible del derecho a la salud protegido constitucionalmente” (STC 111/2001) o el derecho a la vivienda como derecho constitucional (STC 217/1988); o a la Corte Constitucional colombiana ordenar mejoras en prisiones (1992), acuñar el derecho a la pensión por parte de las personas mayores (1993) o, en muy diversas ocasiones, reconocer el derecho a todo tipo de prestaciones sanitarias.

Fernando Rey

DIRECTIVAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Desde la matriz de las teorías de la argumentación se sostiene —más allá de las variantes en las propuestas teóricas— que el jurista a la hora de tener que brindar la respuesta jurídica frente a un caso jurídico transita por las siguientes genéricas etapas: a) la primera es conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados; b) la segunda es identificar en el derecho vigentes las respuestas jurídicas disponibles; c) en el tercer momento escoge la mejor o la más integralmente justa, y d) finalmente, el jurista debe brindar la justificación racional —interna y externa— que avale la elección concretada. Sin duda que es este último momento el más decisivo en orden a procurar que sea aceptada racionalmente la decisión adoptada, pues en ella aparece la capacidad del jurista para brindar —respetando todas las exigencias previstas en la lógica— las razones o argumentos válidos, suficientes, coherentes, idóneos y persuasivos que respalden al discurso y sus enunciados o premisas.

A las “directivas de la interpretación constitucional” las vamos a entender con relación a la argumentación jurídica constitucional, en tanto tiene por objeto guiar el trabajo del jurista cuando recurre a encontrar la respuesta jurídica en el material constitucional disponible, y, específicamente, ellas lo orientan en cuanto a identificar respuestas, seleccionar premisas o aducir razones o argumentos que avalen o justifiquen al discurso jurídico del cual se concluye la respuesta jurídica en cuestión. En un sentido amplio, las “directivas” entran dentro de la argumentación, aunque no coincida con toda su temática; por ejemplo, ellas no se ocupan de la nómina de argumentos, pero sí de orientar su uso.

Corresponde advertir que la adjetivación incluida de “constitucional” forma parte de la argumentación jurídica a secas, pero sirve para dotarla de

ciertas características peculiares. De todas maneras, lógica y necesariamente hay que escoger inicialmente una teoría de la argumentación y luego discurrir sobre la especificidad que tiene la “constitucional”; así, por ejemplo, si en definitiva la teoría argumentativa escogida se asimila a pura persuasión o solo material “principialista”, ello se reflejara en la argumentación constitucional que se postule. Por supuesto también que en la propuesta de argumentación constitucional que se formule importa qué se entiende o cómo se caracteriza a la Constitución, y sobre ella es sabido que pesan distintas definiciones

Con las obvias salvedades hechas, pasemos a la nómina de las “directivas de la interpretación constitucional”, con la advertencia de que el espacio asignado obliga a un desarrollo muy sucinto, que se limitará a mencionar el terreno o problema en el que se necesita optar por una “directiva”:

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución: su objeto es que el jurista siempre vaya a constatar qué es lo que dice la Constitución respecto al problema que a él lo ocupa. Esa respuesta puede ser meramente negativa (brinda los márgenes para las respuestas) o positiva. En caso de duda sobre si la Constitución se pronunció o no, tiene que prevalecer la primera opción (*in dubio pro constitutio*). Para poder cumplir con esta directiva se requiere de una apropiada y completa cultura constitucional, especialmente en el terreno del derecho constitucional formulado por medio de principios, derechos humanos, valores, etc., y el modo apropiado para operarlos por medio de su ponderación. También esta directiva conlleva contar con vías procesales o institucionales como para poder recurrir a buscar la respuesta jurídica en la Constitución, si aplicarla resulta más complicado que aplicar el derecho no constitucional, ello es señal de que no se está cumpliendo la directiva. La Constitución siempre, y como mínimo, es un marco para las respuestas jurídicas, aunque ello no significa que contenga a todas las respuestas jurídicas.

2. La Constitución como sistema: a los fines de la mejor operatividad del material constitucional conviene someterlo a un proceso de sistematización. El mismo exige en primer lugar la identificación del material a sistematizar; consiguientemente, hay que responder la pregunta sobre si se incluirá la jurisprudencia constitucional, la costumbre constitucional, el *ius gentium*, los derechos humanos implícitos, etc. Estará el problema de la jerarquización de lo que forma parte de la Constitución. También si se admitirán antinomias en la Constitución, y la pregunta por la completitud o la presencia de lagunas en la misma. La sistematización incluye el esfuerzo por economizar o evitar las innecesarias redundancias. Todas esas cuestiones suponen contar con criterios para resolverlas o afrontarlas, y asimismo, definir quién asumirá la responsabilidad por esa tarea.

3. La Constitución y el resto del sistema jurídico: pero junto a la Constitución está el resto del material jurídico no constitucional que integra el sistema jurídico general, por lo que aquí también cabe desplegar un esfuerzo de sistematización para facilitar u optimizar la operatividad del derecho vigente. A los fines de dicha tarea se han consolidado algunos criterios, como los siguientes: a) expulsar o invalidar del derecho vigente a alguna regla jurídica establecida es una solución extrema, por lo que siempre hay que procurar salvarla (“la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*”), y b) en el tra-

bajo sistematizador y salvífico corresponde flexibilizar todas las reglas puestas en tensión, y no solo aquellas no constitucionales; de ahí el rico repertorio de sentencias constitucionales: interpretativas, aditivas, abrogatorias, orientativas, exhortativas, declaratorias de inconstitucionalidad pero manteniendo su vigencia, etc.

4. Los valores de la Constitución: si bien ésta contiene respuestas jurídicas —actuales o en potencia—, es evidente que ella también define valores fundantes de la vida social, que constituyen el *ethos* de la sociedad a la que regula. Por ende, cabe reconocer que esos valores y sus respectivos pesos impregnan y dan marco a la totalidad de las reglas jurídicas de ese peculiar derecho vigente, como a los proyectos personales e institucionales que se suscitan en toda sociedad. Ese material moral referido en los valores requiere del operador una formación en la consiguiente disciplina idónea para definirlos y operarlos; por ello, se trata de advertir que solo con saberes jurídicos aquel trabajo resultará imposible.

5. El orden político constitucional: como lo revela la misma etimología (Cicerón traduce como *constitutio* al término griego *politeia*), la Constitución siempre cumplió el papel de organizar el poder del Estado, distribuyéndolo en diferentes órganos, y procurando un equilibrio y control entre ellos. Ese orden político constitucional no es estático, sino dinámico, y, por ende, está conectado con circunstancias históricas y personales, pero es el operador judicial autoritativo de la Constitución el que tiene la responsabilidad de velar por su respeto. Sin duda que dicha tarea inexorablemente se introduce al terreno político, por lo que se requiere de conocimientos, capacidades y aptitudes propios de ese terreno diferente al estrictamente jurídico.

6. El dinamismo de la Constitución: ella, como toda obra humana, está ligada a un tiempo y espacio particular; por ende, se generan conflictos en la medida en que cambia inevitablemente la realidad en la que se proyecta o regula. Las alternativas extremas que se presentan al respecto son, mantener las respuestas jurídicas tal cual fueron dadas, sin importar los cambios de la realidad, o ir adaptándolas a la misma (originalismo o interpretativismo). Sin embargo, cabe imaginarnos y auspiciar propuestas más eclécticas, como aquellas orientadas a reconocer un núcleo pétreo o esencial que debe permanecer y que no puede ser cambiado por el operador, aunque dejándole a éste un margen para que en el plano accidental proceda a su adaptación (en esa línea recordemos la distinción de Dworkin entre concepto y concepciones). Desde un punto de vista teórico, es clara la distinción entre cambiar o adaptar la Constitución, y sobre todo es muy claro que a los que se les ha asignado una y otra tarea son diferentes; sin embargo, en la práctica la diferencia se diluye.

7. Los precedentes constitucionales: es cierto que podríamos silenciar esta directiva en tanto reconocerla ya tratada con la directiva anterior; sin embargo, como en algún sentido se conserva la distinción entre creación y aplicación del derecho, consideramos conveniente distinguirla. Es que en un precedente constitucional la que está hablando es la misma Constitución, con todo lo que ello significa con relación a alcance, jerarquía, etc.; por ende, sus cambios no quedan ligados a los cambios en los operadores, y por ello se han formulado

criterios para restringir u orientar esos cambios. Repasemos algunos de esos criterios, más allá de su solapamiento: a) en la duda no se modifica en el precedente; por ende, tiene que resultar evidente la conveniencia o necesidad de su cambio; b) los precedentes pretenden estabilidad y permanencia en el tiempo, por lo que cabe rechazar o sospechar los cambios que pretenden introducirse al precedente inmediatamente después de su consagración; c) son sospechosos los cambios que provienen de nuevas integraciones; etc.

8. El derecho pre o supraconstitucional: el actual Estado de derecho constitucional tiene plenamente asumido que los derechos humanos son reconocidos y no creados; son universales e indisponibles; por ende, su violación —al margen de quién y con qué respaldo o representación la efectúe— genera reproche y responsabilidad jurídica. Por ende, hay una especie de coto vedado jurídico que el constituyente no puede ignorar ni infringir, más allá que de razonables adaptaciones y concreciones según tiempo y espacio. Por ende, en la Constitución siempre corresponde incluir un núcleo jurídico y de racionalidad en tanto el derecho es un esfuerzo institucional con la finalidad de servir históricamente al hombre y a la sociedad.

9. Los derechos constitucionales regionales y mundial: el proceso de crisis de las soberanías nacionales y globalización necesariamente también afecta a la Constitución. Ya no hay posibilidad de autismo o “chauvinismo” jurídico, tampoco en la materia constitucional, y así, es posible constatar o esbozar ciertos derechos constitucionales regionales y hasta de alcance mundial. Un buen ejemplo de esas realidades es el derecho interamericano de los derechos humanos forjado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, como de la Comisión Interamericana, por medio de sus dictámenes. Conforme a esta directiva, se le impone al operador de la Constitución estar atento al derecho comparado, y especialmente a la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos extranjera, dado que en definitiva esa realidad desborda los límites nacionales, y los problemas jurídicos son similares.

10. La legitimidad del juez constitucional: esta directiva remite a la ética del operador judicial constitucional con relación a su *auctoritas* o confianza que la sociedad y los usuarios de su servicio profesional le otorgan. En la lógica democrática, el mayor poder implica mayor responsabilidad y preocupación por legitimarse, y a tenor de los márgenes que finalmente goza el juez constitucional para el ejercicio de su discrecionalidad, es aquél un problema importante que debe afrontarse. Por supuesto que en la doctrina se ha considerado ese déficit de la legitimidad judicial, sobre todo en su origen poco democrático, pero las propuestas para procurarla se orientan a reivindicar y potenciar la idoneidad ética y argumentativa del juez constitucional. A ese respecto, entre esos requerimientos éticos es oportuno recordar la exigencia consolidada en la jurisprudencia norteamericana del *self restraint*; es que el poder del juez implica una cultura del autocontrol en aras de que las respuestas jurídicas no sean las que a él le convienen o respalda teóricamente, sino las que corresponde adoptar según el derecho constitucional vigente.

11. El fin o sentido del derecho (constitucional): en definitiva, el operador del derecho constitucional no puede perder de vista el fin para el que la so-

ciudad ha instituido el derecho en general; más aún, dadas las características y proyecciones de aquella materia resulta potenciada dicha conexión teleológica. Desde esa perspectiva, le corresponde al operador escoger aquellas respuestas que resultan más ajustadas y conforme a la justicia y al bien común, sin olvidar la vieja enseñanza ética que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”, y computando en todas sus decisiones las consecuencias integrales que conllevan. Se trata de reclamarle “prudencia jurídica”, y, por ende, su razón práctica tiene que proyectar en el caso las exigencias jurídicas generales, optando por aquella más beneficiosa para la sociedad, lo cual no contradice el interés individual, sino procura armonizarlo con el interés general. Puede decirse que esta directiva es una especie de macrodirectiva en el sentido de que todas las restantes son preparatorias como para que el operador acierta axiológicamente en su elección.

Rodolfo Vigo

DISCRIMINACIÓN

Discriminación es olvido, omisión, abandono, exclusión, ideología y cultura (Rincón Gallardo, Gilberto). Definitivamente, la discriminación es todo eso y mucho más, porque no hay que olvidar que no nacemos tolerantes; se nos educa para la tolerancia desde el hogar y desde la escuela, y si la educación no es la adecuada, lo que se produce es, precisamente, el efecto contrario: un desprecio a la dignidad de los seres humanos (Bornot Crébessac, Sophie).

A partir de esa premisa, la discriminación la sufrimos desde el momento en el que no hay igualdad de oportunidades; la sufrimos incluso en los trazos urbanos, en los diseños arquitectónicos con sus barreras arquitectónicas, en el uso comercial de los avances de la tecnología, e incluso en el uso de los transportes.

En la vida cotidiana se despliegan una multiplicidad de actos de exclusión, actos discriminatorios a los que es difícil escapar, ya sea porque seamos mujeres, niños, ancianos, de una determinada étnia, estatus social, religión, nacionalidad o tengamos una preferencia sexual, por ejemplo. Por ello, por esa arbitrariedad injustificada e irrazonable, la lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. No obstante, hay que señalar que, en términos generales, discriminar significa separar o distinguir unas cosas de otras, un concepto que no necesariamente tiene una carga negativa.

El origen de la doctrina sobre discriminación que en nuestros días se está manejando, y más concretamente en Europa, es heredera del derecho antidiscriminatorio norteamericano (véase voz discriminación directa e indirecta).

Es importante destacar que hay una tendencia a señalar al principio de no discriminación como el opuesto a la igualdad, como obligación del Estado; no obstante, las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una igualdad de trato hacia las personas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cláusula de no discriminación se ha incluido prácticamente en todos los instrumentos universales de protección de los derechos humanos bien declarando la obligación de los Estados parte de un tratado solo a reconocer,

garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación o bien a través del establecimiento del principio general de no discriminación.

De esta manera, el primer Convenio que atiende esta definición se da en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) núm. 111 de la Organización del Trabajo de 1958, que establece que “A los efectos de este Convenio, el término ‘discriminación’ comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efectos anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; posteriormente también la tenemos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Asamblea General de Naciones Unidas (21 de diciembre de 1965) o en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Tratando de recabar un número importante de “presentaciones” o “características” de la discriminación, podemos utilizar el último instrumento internacional enunciado, CEDAW, y así se estableció que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que alerta una variedad de los comportamientos discriminatorios. Asimismo, se determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres; igualmente, se marca la discriminación tanto del acto discriminatorio consumado como de la tentativa a discriminar, incluso que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, desde la parcial al “menoscabar” o total al “anular”; por último, desde la mencionada convención se determina que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas en la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio.

Por otro lado, cabe señalar la diferencia entre discriminación legal, normativa o *de iure* y la discriminación de hecho o *de facto*.

Discriminación legal es aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. De igual manera, esta discriminación legal se subdivide en discriminación directa —el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión e, inversamente, cuando se mite cumplir con obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente— o discriminación indirecta —aquella que aunque pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente “neutro”, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo— (Curtis, Christian).

Por lo que se refiere a la discriminación de hecho, ésta se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado con un factor consciente o inconsciente con un resultado que resulta en la exclusión de los miembros de un grupo (Palacios, Patricia).

DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Cuando nos referimos a la discriminación directa e indirecta tenemos obligatoriamente que detenernos en un caso célebre, un asunto de máxima importancia en los Estados Unidos de América: el caso *United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens*, y que dio pauta para identificar este tipo de discriminaciones. El asunto trató una denuncia presentada bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Aikens acusó al servicio postal de discriminación racial al negarle ascensos a diversos puestos a nivel gerencial. El circuito de D. C. decidió que podía establecer un caso de *prima facie* de discriminación, demostrando que poseía todas las calificaciones o méritos requeridos para los ascensos, y que había sido relegado en favor de candidatos blancos. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, representando al Servicio Postal, pidió a la Corte que estableciera que las pruebas de *prima facie* del demandante debían demostrar la “probabilidad” de discriminación. Los requisitos para el demandante, en un caso *prima facie*, eran de gran importancia práctica para los supuestos que recoge el título VII de la Ley de Derechos Civiles. Si el demandante no es capaz de establecer un caso de *prima facie*, el juicio debe iniciarse en su contra, cuando la defensa haga la moción de juicio al cierre del caso del demandante. Sin embargo, si el demandante tiene éxito en establecer un caso *prima facie*, el juicio debe iniciarse a su favor, a menos que la defensa presente evidencias de descargo satisfactorias. Así, en un caso de trato desigual, *disparate treatment*, se dice que las pruebas de los demandantes crean una “presunción refutable obligatoria” de discriminación. Esto tiene el efecto de forzar al patrón demandado a presentar pruebas para refutar la presunción de discriminación, con el riesgo de perder el caso. Así las cosas, el asunto clave que presenta el caso Aikens está relacionado con el grado de responsabilidad que debe tener el patrón de presentar evidencia o pruebas. El tribunal solicitó, en efecto, que el demandante presentara, de manera inicial, solo lo que pudiera saber, con un esfuerzo razonable, antes del juicio; es decir, que poseía todos los méritos conocidos.

Fue un caso que suscitó la polémica en cuanto a quién debe ser el responsable de la presentación de pruebas en las distintas etapas de un caso de discriminación bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Además, promovió que existieran dos doctrinas posibles para la interpretación del título VII: a) la doctrina sobre el trato desigual —*disparate treatment*—, y b) la doctrina sobre el impacto desigual —*disparate impact*—.

El *disparate treatment* —se acogen dos subdivisiones: *systemic disparate treatment* e *individual disparate treatment*, según el alcance general o individual de la práctica discriminatoria—, en el ámbito europeo es concebido como discriminación directa o intencional.

En cuanto al *disparate impact*, igualmente en el ámbito europeo, se entiende como discriminación indirecta.

En el derecho estadounidense, tanto el *disparate treatment* como el *disparate impact* descansan en dos acepciones diferentes de la igualdad: *disparate treatment* como igualdad de trato, pero entendida como prohibición de discriminación intencional, y además se aplica en casos de discriminación individual, y *dispa-*

rate impact como igualdad de oportunidades, aplicada a casos de discriminación de clases sociales.

Con los contextos americano y europeo expuestos, nos centramos en el ámbito comunitario, y así en la Unión Europa se recoge la prohibición de discriminación directa con la aprobación de la Directiva del Consejo del 9 de febrero de 1976 (76/207/CEE), en la que en su art. 2 expresa: “el principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (...)”. Otra Directiva posterior, Directiva del Consejo, del 15 de diciembre de 1997 (97/80/CE), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, puntualiza al respecto al expresar en art. 1.1: “a efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”.

Así las cosas, se entiende por discriminación directa aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, raza, etcétera (SSTC 136/1996, y 198/1996).

En esta categoría diferencia a su vez entre discriminaciones abiertas y encubiertas. Las discriminaciones abiertas son las que explícitamente marcan un trato diferenciado entre hombres y mujeres, contrario a la igualdad legalmente reconocida, por ejemplo. Las discriminaciones encubiertas son aquellas en las que pese a que el sexo no es la *causa* explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el *móvil* que realmente guió la actuación o comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) situará lo que entiende por discriminación directa en el asunto Dekker, C-177/88, del 8 de noviembre de 1990. En el asunto concreto se llega a la conclusión de que el concepto de discriminación directa se caracteriza por el sometimiento a una persona a un trato diferenciado, desfavorable y perjudicial en razón de su sexo. Sin embargo, esta definición tiene su excepción en el art. 2 de la mencionada Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el que se señalan tres ámbitos, en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo está indicado: ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; la normativa protectora del embarazo y la maternidad, y las acciones positivas y la discriminación inversa para el fomento de la igualdad de las mujeres.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la encontramos nuevamente en el derecho antidiscriminatorio norteamericano, en la teoría del impacto adverso, o efecto adverso que se desarrolla a partir del Asunto *Griggs vs. Duke Power Company* de 1971. En el ámbito comunitario, se detalla con más detenimiento y precisión la denominada discriminación indirecta, en relación con la comentada discriminación directa. Así las cosas, por discriminación indirecta se entiende aquel tratamiento formalmente neutro, no discriminatorio o no intencionado, del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impac-

to adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, 147/1995).

La Directiva 97/80/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dice en su artículo 2.2 “... existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuada y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Por su parte, el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a través de su labor jurisprudencial —Asuntos Defrenne II (43/75), de 8 de abril de 1976, Asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981, el Asunto Grau-Hupka (297/93), del 13 de diciembre de 1994; Asunto Lewark (C-457/93) del 6 de febrero de 1996 y Asunto Kording (C-100/95), de 2 de octubre de 1997—, ha podido perfilar los elementos que caracteriza a la discriminación indirecta. Así, tenemos que:

— Previamente, debe delimitarse la disposición, el criterio o la práctica afectada, y que se entiende que podría ser una discriminación indirecta;

— La naturaleza de la discriminación es colectiva, en la medida en que se valora no tanto el caso individual y concreto, sino más bien el impacto adverso, que incide perjudicialmente en un grupo de individuos de determinadas características;

— El empleador debe demostrar que el criterio originador de la desigualdad no se puede justificar de manera objetiva, bien porque obedece a criterios totalmente ajenos a cualquier causa de discriminación o bien por haberse respetado el principio de proporcionalidad (Durán y Lalaguna, Paloma).

Con todos estos elementos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define y entiende que existe una discriminación indirecta cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica a una proporción sustancialmente mayor de los miembros de un sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica sea apropiada y necesaria y se pueda justificar por factores objetivos no relacionados con el sexo”.

Como vemos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha consagrado la prohibición de este tipo de discriminaciones indirectas, como discriminaciones no declaradas y no manifestadas literalmente, pero que pueden estar presentes en las normas, las sentencias, los actos administrativos o las actividades privadas, no siendo directamente discriminatorias en apariencia, pero produciendo en la práctica efectos discriminatorios.

La prohibición de este tipo de discriminación ha tenido gran repercusión en el plano normativo y jurisprudencial, tanto a nivel comunitario como internacional, si bien son especialmente significativas las directivas en esta materia: DIR 75/177CEE; DIR 79/7 CEE, de 19-12-1978; DIR 86/613CEE, y por último la DIR 97/80CEE del 15 de diciembre de 1997, que define claramente este tipo de discriminación fundada en el sexo, ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil.

DISTRITO ELECTORAL UNINOMINAL

Es la división geográfica en que se organiza el territorio de un país o región con fines electorales. Cada una de las divisiones sirve al propósito de elegir un solo individuo a un cargo de elección popular. Como la denominación indica, se trata de una demarcación con un solo nombre, por extensión solo un nombre, una persona, será la elegida en esa circunscripción o demarcación. El *Diccionario* de la Real Academia Española señala que distrito es “cada una de las demarcaciones en que se subdivide un territorio o una población para distribuir y ordenar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, o de las funciones públicas, o de los servicios administrativos”. Mientras que en otro sentido, el distrito o circunscripción se entiende como la “unidad territorial a la que se adscribe un conjunto de electores a partir de la cual se procede a la distribución de los escaños” al congreso o parlamento.

El distrito electoral uninominal tiene como contraparte terminológica al distrito electoral plurinominal, donde la pluralidad nominal indica que son varias las personas que serán elegidas para ocupar cargos de elección popular, o en estricto sentido, para representar a los habitantes de dicho distrito. De igual manera, rompe con el modelo de representación plurinominal, donde un mismo distrito, atendiendo a la variabilidad de la población, puede elegir a más de un representante.

En las elecciones que se verifican en distritos uninominales se utiliza el principio de mayoría para determinar cuál persona es la ganadora y que por tanto deberá ocupar el cargo que estaba en disputa entre las candidaturas presentadas por las diversas opciones políticas.

Dependiendo del modelo electoral y del tipo de cargo de elección, se prefiere que para sufragar todos los electores tengan domicilio en el distrito; al efecto, cada distrito se divide en secciones, que corresponden a las casillas en donde los electores depositarán su voto durante la elección. Excepciones a esta regla pueden ser la elección de una sola persona cuando exista una circunscripción nacional única, que es el caso de la elección de presidente de la República o jefe de Estado, mientras que en los Estados federales también es el caso del gobernador o jefe de gobierno de una entidad federativa, donde a pesar de no encontrarse en la sección y distrito de su domicilio, los ciudadanos podrán emitir su voto en casillas especiales, solo en lo tocante a la elección para dichos cargos.

En México, el territorio nacional se divide en 300 distritos electorales uninominales, los cuales están conformados por secciones, y se encuentran contenidos al interior de los estados, en los cuales se elige cada tres años un diputado federal por cada distrito. La demarcación de los distritos resulta de dividir la población total del país (conforme al último censo) en los trescientos distritos mencionados, sin que en ningún caso una entidad federativa pueda tener menos de dos distritos. Esto tiene que ver con el principio de igualdad en el voto, que es una derivación del principio “un hombre, un voto”, que hoy se ha generalizado como “un elector, un voto”. Se pretende que ningún voto de un ciudadano valga más que el de otro ciudadano.

La organización de la demarcación territorial de los distritos electorales o distritación es una tarea que corre a cargo de la autoridad administrativa elec-

toral, en el caso mexicano del Instituto Federal Electoral, a través del Registro Federal de Electores. A partir de la reforma política de 2013, la autoridad administrativa será el Instituto Nacional Electoral. Los distritos electorales fueron fijados en número de 300 en la reforma política de 1977, cuando se amplió la representatividad de la Cámara de Diputados para incorporar la figura de diputados de representación proporcional (RP), elegidos en circunscripciones plurinominales. En la actualidad, a nivel federal, la Cámara de Diputados se integra por los 300 diputados electos en distritos uninominales y 200 diputados de representación proporcional asignados a los partidos políticos, según la votación recibida, en cinco circunscripciones electorales en que se divide el país. En el ámbito de las entidades federativas, se reproduce un esquema similar, donde el órgano Legislativo cuenta con integrantes electos en distritos uninominales e integrantes electos en una circunscripción plurinomial única.

Un caso particular es la división territorial utilizada en México para la conformación del Senado de la República. Se utiliza un modelo basado en 32 distritos, que corresponden a las treinta y dos entidades federativas, con lo cual no hay uniformidad ni geográfica ni demográfica, lo cual rompe con el principio de igualdad en el voto. La Cámara de Senadores se integra por 128 senadores, de los cuales, en cada entidad federativa, dos son electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno es asignado a la primera minoría. Adicionalmente, hay una circunscripción plurinomial nacional, en la cual se votan los restantes 32 senadores, mismos que se eligen por el principio de representación proporcional.

A nivel municipal, algunos modelos emplean distritos electorales uninominales para la elección de regidores, aunque esto no está generalizado aun, pues se piensa que ocasiona más problemas de los que resuelve.

En México, a nivel federal, la delimitación del territorio con fines electorales se estableció jurídicamente a partir de 1917 en la Constitución Política del país. Las demarcaciones creadas recibieron el nombre de distritos electorales, y hasta la fecha utilizan como único criterio para llevar a cabo dicha delimitación el número de población, resultante de dividir el total de la población del país entre el número total de escaños que conforman la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta el último censo general de población. Esto se ha complementado con otros criterios, como lo son: respetar los accidentes geográficos presentes en el territorio, la existencia de vías de comunicación entre las localidades municipales o entre los municipios (para el caso de que el distrito electoral esté formado por más de un municipio), entre otros.

La demarcación territorial para definir los distritos electorales locales; es decir, los espacios que representan cada uno de los diputados locales, es un atributo de los institutos electorales estatales, por lo cual los criterios y metodologías que se adopten para su conformación varían de un estado a otro. El número de distritos locales no coincide necesariamente con el número de distritos federales.

En la definición de los distritos electorales uninominales o plurinominales, los criterios para la delimitación territorial pueden ser de orden demográfico, administrativo, histórico y geográfico, entre otros. No obstante, es común que la delimitación responda a criterios meramente políticos.

Según el principio democrático, “un elector, un voto”, cada sufragio debe tener el mismo peso. La igualdad de los votos se logra cuando cada escaño representa a la misma cantidad de habitantes o de electores, en todo el territorio electoral. Sin embargo, al carecer de referentes absolutos para estas definiciones, se han establecido rangos de variación en los criterios de representatividad, para salvaguardar el principio de igualdad del voto.

Al existir formas diversas para dividir un área en un número determinado de distritos electorales, la consecuencia lógica es que puedan resultar resultados distintos aunque se mantenga constante la votación real; este hecho, además, ha permitido la existencia de dos tipos de abusos electorales que distorsionan o vulneran el principio de la igualdad del sufragio, y que son necesarios considerar al estudiar la distritación: el mal reparto (*malapportionment*), que se caracteriza por la delimitación de distritos con número de población distinta, y la división arbitraria de los distritos electorales (*Gerrymandering*). En ambos casos el objetivo es favorecer a una fuerza política en particular.

El tema de la distritación ha sido motivo de revisión en los tribunales constitucionales electorales, por la posible vulneración al principio de igualdad del voto.

En este sentido, para garantizar el cumplimiento de dicho principio, la delimitación de cada uno de los distritos electorales uninominales debe cumplir con cuatro propósitos: a) que cada voto emitido tenga el mismo valor, por servir siempre para elegir un número similar de representantes; b) evitar que en la delimitación de los distritos prevalezcan motivos políticos que beneficien a un partido en especial; c) facilitar a los ciudadanos la emisión del sufragio, de forma que sea asequible el traslado al lugar de emisión del sufragio, asimismo que la autoridad no encuentre dificultades para recibir los expedientes de casilla y realizar los cómputos respectivos, y d) la homogeneidad demográfica, con lo cual se busca preservar, en la medida de lo posible, la división geográfica preestablecida de barrios, colonias, delegaciones, municipios y la integridad de comunidades rurales e indígenas.

David Cienfuegos Salgado

DIVISIÓN DE PODERES

La idea de una forma mixta de gobierno a partir de fuerzas políticas divergentes tiene su origen en la antigua Grecia, y alcanza una expresión definida en la obra *El espíritu de las leyes* de Charles-Louis de Secondat, con base en lo expuesto por John Locke en el *Ensayo sobre el gobierno civil*. Es una respuesta a la desconfianza de que el Estado ejerza su poder en forma tiránica. Para evitarlo se plantea fragmentar su ejercicio en elementos diferenciados a fin de que se controlen recíprocamente e impedir que se desvíe del logro del bien común, la libertad y la razón, como fines últimos de la actividad estatal.

La trascendencia práctica de las ideas de Montesquieu puede apreciarse si se tiene en cuenta su incorporación a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y a la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, dentro del constitucionalismo norteamericano. Éstas alcanzaron su máxima expresión

en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que simboliza el triunfo de la Revolución francesa en contra del poder absolutista. La Asamblea Nacional refrendó en ese documento que el presupuesto básico de una Constitución, como norma jurídica suprema, es la garantía de los derechos y la separación del poder; de aquí surgirá el concepto de Estado constitucional.

El principio de división de poderes no ha estado, sin embargo, libre de críticas. Motivadas, en mucho, porque sus detractores parecieran olvidar el contexto sociohistórico donde surgió y, sobre todo, el tipo de problemas a los que pretendió dar respuesta. Entre los autores que se han pronunciado en ese sentido destacan los siguientes: Juan Jacobo Rousseau cuestionó en el *Contrato social o principios de derecho político*, que la soberanía del pueblo es indivisible y, por ende, inalienable, en consideración de que la voluntad general lo es o no lo es; de ahí que el Ejecutivo quede sometido al Legislativo. Immanuel Kant, en la *Metafísica de las costumbres*, sostuvo que los tres poderes están coordinados entre sí, y cada uno es complemento necesario del otro; por ello, uno no puede usurpar la función del otro al cual presta su concurso. León Duguit, en la *Separación de poderes y la asamblea nacional*, difiere que sea factible la separación de los poderes, pues el ejercicio de cualquier función del Estado se traduce siempre en una orden dada o convención concluida, como un acto de voluntad o manifestación de su personalidad; implica el concurso de todos los órganos que constituyen la persona de aquél. Karl Loewestein sostiene en su *Teoría de la Constitución*, que resulta más atinada una división del poder estatal acorde con su dinámica, como la siguiente: decisión política conformadora; ejecución de la decisión política, y control político. Hans Kelsen cuestiona la pertinencia del término usado para designar la fragmentación del ejercicio del poder. En su obra *Teoría general del Estado y del derecho* sostiene que no se trata de una “división”, mucho menos de una “separación”. Wolfgang Hoffmann-Riem afirma que el concepto de la división de poderes es hoy en día mucho más que un mero principio de ordenamiento de la organización interna del Estado-nación. Además de que existen otros depositarios del poder, entre ellos los de carácter económico, como las empresas de dominio global, cuya influencia y poderío supera a la de algunos Estados-nación; sin olvidar que el Estado no es solo el mayor peligro para libertad del individuo, sino también su principal garante.

Pero una de las principales críticas al concepto de división de poderes se ha enfocado a cuestionar cómo puede dividirse el ejercicio del poder estatal y no afectar a la soberanía, la cual reside en el pueblo. Ésta obedece a que los vocablos “poder” y “poderes” son indistintamente usados para denominar tanto la “potestad” como la “función” del Estado (delineada con base en la distribución material de las actividades que lleva a cabo). La redacción del art. 49 de la Constitución mexicana es acorde con esta noción funcional: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Jorge Fernández Ruiz señala que las funciones esenciales o primarias que lleva a cabo el Estado para atender el interés público deben ser adicionadas mediante otras que denomina “funciones emergentes”, entre ellas la fiscalizadora o de control, la electoral, de regulación monetaria y registral.

Si se considera a la “división de poderes” como un principio abstracto, más que como un valor, cuya justificación reside en que está orientado a preservar una esfera de libertades básicas del individuo, hoy en día amenazada no solo por el Estado, sino cada vez en mayor medida por los llamados “poderes fácticos”, puede concluirse que el principio de la división del poder o separación de poderes no ha perdido trascendencia, sin negar la necesidad de robustecer su conceptualización para adecuarlo a nuevos desafíos, inexistentes cuando fue concebido por pensadores de la talla de Montesquieu y de John Locke. De ahí que autores más actuales expliquen la “actividad estatal” en consideración de las relaciones entre sus órganos e incluso de la forma en que éstos lo hacen con los “nuevos poderes”.

Eréndira Salgado Ledesma

DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la acción de “sustituir” consiste en poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, por lo que hablar de *sustitución constitucional* será la acción por la cual se cambia una Constitución por otra diferente.

Partiendo de tal concepto y de la identificación de un núcleo intangible existente en toda Constitución (*elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*), resulta incuestionable afirmar que no es lo mismo la *Constitución* (no necesariamente escrita) que las *leyes constitucionales* (normas que concretan la positivización de la *Constitución*), toda vez que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales, mientras que las leyes constitucionales solo tienen por objeto concretar dichas decisiones. De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, debe afirmarse que el órgano revisor de la Constitución solo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que ningún poder constituido puede alterar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente.

Bajo este tenor, la Corte Constitucional de Colombia, órgano facultado en aquel país para ejercer el control formal a las reformas constitucionales, ha formulado una doctrina jurisprudencial denominada doctrina de la sustitución constitucional, señalando que “...para saber si el poder de reforma [constitucional] incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (...) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma”.

Así, vemos cómo la Corte de aquel país intenta proteger aquellas decisiones que son propias del pueblo colombiano, y que por ello solo deben mante-

nerse inalterables en esa nación. Evidentemente, si quisiéramos construir este mismo argumento en otras latitudes, deberemos, en primer lugar, conocer cuáles son las decisiones políticas fundamentales de tales naciones. Así, por ejemplo, en Inglaterra, Suecia, Dinamarca o Bélgica, países europeos de una tradición monárquica fuertemente arraigada, sería ilusorio pretender aplicar el mismo argumento. En todo caso, lo que ahí deberá decirse es que *no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir la Monarquía constitucional y con forma parlamentaria, por un Estado republicano, pues ello implicaría que las Constituciones de tales países fueran reemplazadas.*

En conclusión, la *doctrina de la sustitución constitucional* es una construcción argumentativa, según la cual “la competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento. [La] proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (...) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia” (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

De esta forma, al ser la competencia con la que actúan las autoridades una de las partes esenciales de todo control formal, aquellos tribunales constitucionales que se encuentren solo facultados para revisar formalmente las enmiendas a la Constitución podrían revisar el contenido de tales enmiendas, en el entendido de que si el poder de reforma altera contenidos del núcleo intangible de la Constitución, incurría en un vicio de competencia, ante lo cual el juez constitucional debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por otra, siendo necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Pensarlo de otra manera —ha sostenido la Corte colombiana— sería tanto como atribuirle la competencia al Poder constituyente permanente de, por ejemplo, sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana, por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, lo que sin duda no es parte de su competencia, debido a que ello significaría reemplazar la Constitución vigente por una diferente.

Ahora bien, pese a la duda o temor que pudieran causar esquemas de control similares, es importante hacer notar que la Corte Constitucional de Colombia, aún y cuando haya diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional*, ha conocido de 16 casos en los que se han formulado cargos por sustitución de la Constitución. Cajas Sarria refiere que “en todas las acciones promovidas (...) ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución, y en las últimas sentencias, sobre la reelección, no encontró probado este

cargo. [Así] el balance jurisprudencial indica que la Corte ha optado por una auto restricción judicial para preservar las decisiones mayoritarias del Congreso”.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

DOPPIA PRONUNCIA

Con el vocablo *doppia pronuncia* se hace referencia al “doble carácter” que pueden tener las sentencias interpretativas: uno explícito, que establece la constitucionalidad de cierta norma o interpretación derivada de un texto normativo (sentencia interpretativa desestimatoria), y otro implícito, que declara la inconstitucionalidad de otra norma o interpretación deducida del mismo texto (sentencia interpretativa estimatoria). En este tipo de pronunciamientos “mixtos” queda a la sombra precisamente el que declara la inconstitucionalidad, pues no aparece reflejado en ningún punto resolutivo de la sentencia. Esta situación, de hecho, representa uno de los principales problemas de la *doppia pronuncia*, ya que no está claro si al pronunciamiento implícito es posible darle los mismos efectos de un pronunciamiento expreso de inconstitucionalidad.

En relación con esta problemática se han dado diferentes soluciones en los sistemas de control de constitucionalidad. En algunos de ellos se considera que tanto la norma declarada válida como aquella inválida se debe precisar en la parte dispositiva, ya que la interpretación no formalizada únicamente vale como sugerencia autorizada, pero jurídicamente no es vinculante. En otros se enfatiza que es frecuente que se den casos en los que la interpretación, implícitamente declarada inconstitucional, no vincule ni a los jueces ordinarios ni al juez que propuso la cuestión ante el órgano de control constitucional. Para evitar toda esta incertidumbre, los tribunales constitucionales se han visto en la necesidad de preferir utilizar sentencias interpretativas estimatorias, de tal manera que el pronunciamiento que antes era implícito con relación a la declaración de inconstitucionalidad, ahora es expreso.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que todas las sentencias interpretativas, con independencia de que formalmente sean estimatorias o desestimatorias, materialmente son estimatorias en el sentido más estricto, pues entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es inconstitucional; o bien, en un sentido amplio, consideran que parte del contenido normativo, derivado alternativa (sentencias interpretativas) o conjuntamente (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es contraria a la Constitución; o incluso, al señalar que la ley no es inconstitucional si se le interpreta de una determinada forma, solo puede significar que la misma es contraria a la Constitución en cualquier otro sentido.

Giovanni A. Figueroa Mejía

E



EFFECTOS ABROGATIVOS DE LAS SENTENCIAS

El principal elemento que define la existencia de una jurisdicción constitucional, y una de las garantías de la supremacía constitucional, consiste en el poder de emitir sentencias que abroguen preceptos legales si se aprecia la existencia de una contradicción entre el precepto legal y la Constitución. Los efectos abrogativos de las sentencias dictadas por una jurisdicción constitucional se expresan con diversas consecuencias según el modelo de jurisdicción constitucional, la regulación legislativa y la tradición jurisprudencial de cada sistema constitucional en particular.

La consecuencia más frecuente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrada en el que un tribunal constitucional ostenta el monopolio de rechazo de normas legales es la nulidad con efectos generales de la norma declarada inconstitucional. La norma legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y en algunos modelos (véase efectos constitutivos de las sentencias), además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite, en los distintos sistemas que establecen la regla general de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, no se contempla cuando se trata de procedimientos penales o sancionadores administrativos, de modo que, aunque haya recaído sentencia firme en aplicación de una ley inconstitucional, la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de una norma penal o de derecho administrativo sancionador sí impone la revisión de la causa).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan la posibilidad de diferir la nulidad del precepto declarado inconstitucional hasta que el legislador no haya actuado con el fin de evitar posibles consecuencias inconstitucionales o alteraciones al principio de seguridad jurídica derivadas de la laguna (ello sucede con especial frecuencia cuando se advierte una lesión al principio de igualdad y se requiere una actuación del legislador para extender o suprimir el beneficio o la carga considerados discriminatorios). Otra solución, excepcionalmente invocada en algún sistema (aunque generalmente rechazada ya que implica un excesivo intervencionismo por parte de la jurisdicción constitucional) consiste en restablecer la vigencia de la regulación legislativa derogada por la ley declarada inconstitucional.

Incluso en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado se admiten ciertos grados de control difuso (al menos desde la perspectiva teórica) en lo que incumbe a la legislación anterior a la aprobación de la Constitución. Ello significa que la disposición preconstitucional estimada contraria a la Constitución por un juez o magistrado se considera derogada con la entrada en vigor de la norma suprema con la consecuencia de la inaplicación

del precepto legal preconstitucional sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

La consecuencia de la inaplicación de la norma legal estimada inconstitucional es característica de los modelos de control de constitucionalidad difuso, especialmente los vinculados al *Common Law*, en los que el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En los sistemas mixtos o difusos con elementos de concentración, la sentencia por la que se estima la inconstitucionalidad del precepto por parte de la jurisdicción constitucional también conlleva, generalmente, la nulidad o abrogación del precepto legal con efectos generales.

Héctor López Bofill

EFFECTOS CONSTITUTIVOS DE LAS SENTENCIAS

En el marco de la jurisdicción constitucional y de los procesos de constitucionalidad, la cuestión del efecto constitutivo de las sentencias suele asociarse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en particular, en los modelos de control de constitucionalidad concentrado de la ley, a los efectos de la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad. Así, en los sistemas en los que la nulidad de la disposición legislativa tiene carácter *ex nunc*, esto es, la nulidad produce sus efectos a partir del pronunciamiento y de la notificación o publicación del fallo hacia el futuro (sin afectar a situaciones anteriores producidas al amparo del precepto en cuestión), se entiende que la sentencia de la jurisdicción constitucional tiene un carácter constitutivo. En cambio, si los efectos del fallo de inconstitucionalidad se proyectan como regla general hacia el periodo anterior al pronunciamiento de la jurisdicción constitucional (efectos *ex tunc*) se considera que la decisión del órgano judicial no crea una situación jurídica nueva sino que se limita a declarar una incompatibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias estimatorias sobre la inconstitucionalidad de la ley conviven una heterogeneidad de situaciones tanto entre los tribunales Constitucionales europeos como en los sudamericanos. Así, en Europa, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Polonia y Rumanía, los efectos de la nulidad establecida en la sentencia por la que se estima la incompatibilidad entre la ley enjuiciada y la respectiva Constitución suelen ser *ex nunc*. En cambio, en Alemania, Bélgica, España y Portugal, la regla general viene determinada por los efectos *ex tunc*. En el ámbito sudamericano, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc* y, por regla general, también las sentencias que profiere la Corte Constitucional colombiana tienen efectos hacia el futuro, aunque se admiten excepciones. Se contemplan, limitadamente, los efectos *ex tunc* de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano e implícitamente parecen reconocerse también ciertos efectos hacia el pasado en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

En lo que atañe a los efectos constitutivos de las sentencias de constitucionalidad recaídas en otro tipo de procesos, más allá de los relativos al control de constitucionalidad de la ley, parece haber consenso respecto a que en las

sentencias de los recursos de amparo y en aquellas que resuelven litigios entre poderes (territoriales o centrales), el fallo de constitucionalidad no es constitutivo ni del derecho fundamental (en el caso del recurso de amparo) ni de la competencia reivindicada (en el caso de los conflictos entre poderes). En el ámbito del recurso de amparo y en algunos sistemas, sin embargo, pueden considerarse constitutivos algunos efectos contenidos en el fallo de la sentencia de la jurisdicción constitucional destinados a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, la circunstancia de que la consecuencia de la estimación de las alegaciones en torno a la inconstitucionalidad de la ley se circunscriban a la interpretación del precepto legal aplicada al caso concreto (y que, por tanto, la disposición continúe formando parte del derecho vigente bajo otros casos diferentes u otras interpretaciones) aleja la sentencia que aborde un vicio de inconstitucionalidad de la ley de un carácter constitutivo.

Héctor López Bofill

EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS

En los procesos de control de constitucionalidad de normas generales y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de la ley, la regla general en los modelos de control de constitucionalidad concentrado o difuso con elementos de concentración consiste en que el precepto legislativo se mantiene en el ordenamiento jurídico con plenos efectos. Con todo, en algunos sistemas (véase decisiones interpretativas) existe la posibilidad de que una decisión formalmente desestimatoria incluya una decisión interpretativa, esto es, la declaración de constitucionalidad del precepto examinado bajo la condición de una interpretación constitucionalmente conforme del mismo establecida por la jurisdicción constitucional. Otra variable consiste en desestimar el correspondiente recurso mediante una decisión formalmente desestimatoria en la que se declara la constitucionalidad del precepto pero bajo la prohibición de que se aplique según una determinada interpretación enunciada por la jurisdicción constitucional. En ocasiones, esta opción, basada en el rechazo de una interpretación, adquiere el carácter de sentencia estimatoria aunque no se produzca la declaración de inconstitucionalidad del precepto ni de nulidad.

Si una sentencia desestimatoria incluye una decisión interpretativa, el contenido de la misma suele vincular, en algunos modelos, a la aplicación de la ley que deben practicar los jueces y magistrados del Poder Judicial. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, la sentencia desestimatoria sobre los aspectos de constitucionalidad no excluye la estimación del recurso en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico. De hecho, en algunos ejemplos, como en el norteamericano, la resolución del recurso mediante una interpretación de la ley que evite el debate sobre la interpretación de la Constitución es una regla jurisprudencial (*avoidance doctrine*) que puede significar la estimación por razones de legalidad y la desestimación en aspectos constitucionales.

En los procesos de tutela de derechos mediante recurso de amparo, que puede articularse como procedimiento específico en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada o difuso con elementos de concentración, la sentencia desestimatoria implica que el órgano jurisdiccional (sea jurisdicción constitucional u ordinaria) no ha apreciado la vulneración del derecho fundamental alegado por parte de la norma u acto del poder público examinado. No obstante, especialmente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrado, las consideraciones de la jurisdicción constitucional sobre una ley cuya aplicación haya dado cobertura al acto impugnado por supuesta vulneración de derechos pueden tener, también en el recurso de amparo, alguna relevancia interpretativa que condicione la posterior aplicación de la ley por parte de la jurisdicción ordinaria.

Tanto en los recursos de impugnación de preceptos legales como en los recursos de amparo en los procesos de tutela de derechos, en el caso de los modelos de jurisdicción constitucional concentrada, las sentencias desestimatorias tienen efecto de cosa juzgada y son publicadas en los boletines oficiales de los respectivos estados.

Las sentencias recaídas en procedimientos de control de constitucionalidad de disposiciones legales tienen efectos generales. Algún tipo de procedimiento, según lo establecido en la normativa procesal constitucional de varios estados, no puede volver a activarse cuando ha recaído una sentencia desestimatoria relativa a la impugnación de un precepto legal si la ulterior cuestión se funda en la misma infracción del precepto constitucional (así sucede, por ejemplo, en las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad).

Héctor López Bofill

EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, el efecto de la sentencia estimatoria habitual en la mayoría de dichos sistemas es el de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales impugnados. Las sentencias estimatorias tienen valor de cosa juzgada, se publican en el boletín oficial, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. La nulidad con efectos generales contenida en las sentencias estimatorias es la expresión del papel de “legislador negativo” con el que Hans Kelsen, el jurista que concibió el control de constitucionalidad concentrado, calificó la tarea de la jurisdicción constitucional. La nulidad del precepto enjuiciado consignada en la sentencia estimatoria (véase efectos abrogativos de las sentencias) significa que la disposición legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y, además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite en los distintos sistemas no se contempla en el caso de los

procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan medidas de gestión de la nulidad como, por ejemplo, la posibilidad de diferir la expulsión del precepto declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico por un periodo determinado, facilitando que en ese lapso actúe el legislador mediante la aprobación de una legislación adecuada a los mandatos constitucionales. En algunos supuestos, la resolución de un procedimiento de control de constitucionalidad de la ley a través de una decisión interpretativa (véase la voz “Decisiones interpretativas”) también puede adquirir la forma de sentencia estimatoria, especialmente si se trata de una resolución en la que se rechaza una interpretación del precepto enjuiciado por considerarse inconstitucional. Suelen adquirir, asimismo, el carácter de estimatorias las resoluciones que introducen significados normativos mediante interpolación de texto que se añade al precepto legislativo, como sucede en las llamadas sentencias aditivas.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, las sentencias estimatorias en las que se aprecia la inconstitucionalidad de la ley suponen la inaplicación del precepto estimado inconstitucional al caso concreto. El sistema se unifica mediante la regla del precedente, de forma que las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la ley en circunstancias similares de aplicación deben, en principio, contemplarse por los órganos judiciales inferiores, por los órganos judiciales del mismo rango y por el mismo órgano judicial en el futuro. En este sentido, la estimación de la alegación de inconstitucionalidad en los modelos de control de constitucionalidad difuso no afecta al enunciado legal sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en el caso concreto. La apreciación de la incompatibilidad entre la norma legal y la norma constitucional solo tiene efectos *erga omnes* en cuanto se trata de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes. Esta limitación hace posible la subsistencia, como derecho vigente, del enunciado del que se hizo derivar la interpretación considerada inconstitucional, pero el mismo precepto legal, aplicado a casos distintos o interpretado de forma distinta puede adecuarse a los mandatos constitucionales. Por ello, la declaración de invalidez solo beneficia a quien ha sido parte en el proceso, de modo que se requiere buscar, en cada caso, la protección judicial para impedir la eficacia del precepto legal.

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado, en los que se prevé el recurso de amparo de tutela de derechos fundamentales, las sentencias estimatorias suelen contener una declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución del poder público que han lesionado el derecho fundamental, un reconocimiento del derecho infringido y las medidas dirigidas a restablecer al recurrente en la integridad del derecho violado o, en su caso, a asegurar la conservación del mismo. La sentencia dictada en amparo no se

ocupa de aspectos de legalidad ordinaria que desborden el examen sobre la supuesta infracción del derecho alegado. Dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada y, en principio, no extienden sus efectos más allá de las partes, aunque la interpretación del derecho constitucional invocado realizada por la jurisdicción constitucional vincula a la jurisdicción ordinaria así como la interpretación de la ley conforme a la Constitución que pueda inferirse de los fundamentos de una decisión de amparo.

En distintos estados políticamente descentralizados, la jurisdicción constitucional también dicta sentencias en litigios que enfrentan a los entes territoriales con el Estado central o a los entes territoriales entre ellos que, en el caso de ser estimatorias, suelen establecer, a quien le corresponde, la titularidad de la competencia controvertida y la anulación del acto considerado invasivo de las competencias reconocidas al ente recurrente. La misma estructura de sentencia estimatoria se sigue en las resoluciones que ponen fin a los conflictos entre poderes del Estado cuyo examen también es atribuido por distintas Constituciones a la jurisdicción constitucional.

Héctor López Bofill

EFFECTOS DECLARATIVOS DE LAS SENTENCIAS

Las sentencias emitidas por las jurisdicciones constitucionales tienen un carácter eminentemente declarativo en la medida en que no crean una situación jurídica sino que constatan la presencia de un contenido normativo (el mandato constitucional) vulnerado por un contenido normativo de rango inferior (el mandato legal o incluso la norma de un precepto de rango infralegal). De ahí que, en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad concentrado, la misma legislación procesal constitucional califique de “declarativa” la decisión sobre la inconstitucionalidad de la norma. Ello también sucede, en aquellos modelos en los que se prevé un específico procedimiento de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional, en la apreciación sobre la vulneración o no de un derecho fundamental contenida en el fallo. En ese caso, la decisión judicial no constituye la atribución del derecho al recurrente sino que el órgano judicial “declara” si el derecho contenido en la norma constitucional, en su dimensión subjetiva, ha sido o no infringido. En los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, el carácter declarativo de la decisión convive con una cierta idea asociada a los efectos constitutivos en el supuesto en el que la constatación de la incompatibilidad entre la Constitución y el precepto legal examinado solo tenga consecuencias *ex nunc*, es decir, desde el pronunciamiento, notificación y publicación del fallo hacia el futuro (véase efectos constitutivos de las sentencias). Por el contrario, la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad hacia el pasado (la nulidad con efectos *ex tunc*) parece aproximarse a la idea declarativa del juicio de inconstitucionalidad por la que el precepto inconstitucional nunca ha producido efectos y la jurisdicción constitucional se ha limitado a constatar una incompatibilidad preexistente entre la norma legal y el mandato constitucional. Dicha circunstancia, no obstante, como ha sido subrayado por algún sector doctrinal, contrasta con el principio de presunción de consti-

tucionalidad de las leyes (del que se derivaría que hasta que la jurisdicción constitucional argumente lo contrario un precepto legal es válido y produce plenos efectos) y con la observación por la que en la realidad ningún sistema admite una retroactividad ilimitada del fallo anulatorio. Así, pese a las afirmaciones retóricas de algunas jurisdicciones constitucionales que ofrecen una visión del vicio de inconstitucionalidad como vicio “originario” (*Quid nullum est, nullum producit effectum*), lo común es que la irradiación hacia el pasado de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se encuentre limitada y dependa de las apreciaciones de la jurisdicción constitucional que complementan la declaración de inconstitucionalidad.

En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, en los que la consecuencia del juicio de inconstitucionalidad es la inaplicación del precepto legal en el caso concreto (y ante la ausencia de nulidad de la ley con efectos *erga omnes*), se considera que la decisión de constitucionalidad tiene efectos declarativos, máxime cuando el objeto del juicio de constitucionalidad no es el precepto legal sino la interpretación que del mismo se realiza en circunstancias concretas y teniendo en cuenta que dicha disposición, pese a la apreciación de la inconstitucionalidad, permanece en el derecho vigente si se aplica a casos distintos o bajo otra interpretación que pueda ser acorde con la Constitución.

Héctor López Bofill

EFFECTOS EX NUNC

La expresión “efectos *ex nunc*” (palabra latina que significa “efectos desde ahora”) alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos. Sin embargo, como reflejamos en el comentario de la voz de los efectos *ex tunc*, entendemos que técnicamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe tener efectos retroactivos, los propios de la nulidad.

De cualquier forma, Kelsen defendió un esquema en el que los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

Para este autor, el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley), y

cuya actividad está absolutamente determinada por la carta magna. El juez constitucional actúa sobre la ley misma y no sobre su aplicación en un litigio determinado. A él le corresponde eliminar la ley incompatible con la Constitución, y al hacerlo pone de manifiesto la incompetencia en la que ha incurrido el legislador al intentar ocupar el lugar del poder constituyente. El tribunal constitucional es un “guardagujas” que indica que la vía correcta que debía haberse seguido para introducir la norma era la constitucional y no la legislativa, o sea, que debía haberse procedido a una reforma de la Constitución para incorporar esa norma al ordenamiento.

La eliminación de la ley inconstitucional tiene, en Kelsen, efectos *ex nunc* (irretroactivos) y *erga omnes* (frente a todos), que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. En este sentido, dicho jurista afirmaba que “la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo más que la elaboración con signo negativo” (Kelsen, 1928). Por lo tanto, la ley inconstitucional recibe la sanción de anulabilidad, que es irretroactiva, en consecuencia lógica con la naturaleza de legislador negativo. Y la derogación opera, como es sabido, *ad futurum*. Todos los proyectos, de Kelsen, de Constitución para la Austria de la Primera posguerra, que serán la base del proyecto oficial, prevén estos efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad será, por ello, constitutiva. De esta forma, trataba de huir de los riesgos de un gobierno de jueces, que en la época del jurista austríaco podía venir favorecido por ciertos postulados en boga en algunos ambientes como los de la Escuela de Derecho Libre, que trataban de relajar el sometimiento de los jueces a la ley.

Estos planteamientos se plasmarán en la Constitución austríaca de 1920 y en la checoslovaca del mismo año, gracias a las cuales la construcción teórica señalada encontrará, casi de inmediato, aportaciones de la práctica. Asimismo, la influencia en la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 también es evidente.

A pesar de que, superado Kelsen y, como ya dijimos, lo más correcto desde un punto de vista técnico es el efecto retroactivo para la declaración de inconstitucionalidad, no existe unanimidad en este sentido. De esta forma, en diversos ordenamientos el efecto general de esta declaración es la irretroactividad. En Europa nos referimos a Albania, Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Macedonia, Moldavia, Polonia y Rumania (en este caso, tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias). No obstante, en Grecia, el art. 51 de la ley que regula el Tribunal Especial Superior habilita a éste a dotar de retroactividad su decisión de inconstitucionalidad, al tiempo que permite la introducción de demandas destinadas a revisar sentencias firmes. Además, la administración está obligada a retirar los actos administrativos tomados con base en la ley ilegítima. De igual forma, los arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución austríaca también posibilitan a su Tribunal Constitucional a decretar la retroactividad. Asimismo, el art. 132.2 de la carta magna albanesa permite al Tribunal Constitucional fijar la fecha en la que la decisión de inconstitucionalidad adquirirá fuerza.

Incluso, en América la opción más generalizada es la de los efectos *ex nunc*. Así, en Guatemala, ante la declaración de inconstitucionalidad, la nor-

ma afectada dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación del fallo en el *Diario Oficial* (art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). En Honduras también hay que interpretar este efecto ya que se habla de la derogación de la ley inconstitucional (art. 185 de su Constitución). En México, la declaración de invalidez en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad “no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal” (art. 105 de la Constitución mexicana). En Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma legal “no tiene efecto retroactivo” (arts. 204 de la Constitución peruana y 81 de su Código Procesal Constitucional). En fin, en la República Dominicana, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos “para el porvenir”, aunque el Tribunal Constitucional puede “reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones” (art. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

José Julio Fernández Rodríguez

EFECTOS *EX TUNC*

La expresión “efectos *ex tunc*” (locución latina que significa “efectos desde entonces”) alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se registrarán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.

De todos modos, a nuestro entender y desde un punto de vista teórico, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de un tribunal constitucional parece que la solución más acertada respecto de la decisión estimatoria de la inconstitucionalidad son los efectos *ex tunc* o retroactivos. La sanción de nulidad de la norma contraria a la carta magna entraña la expulsión de esa disposición con efectos retroactivos (si los efectos fueran irretroactivos habría que hablar más bien de anulabilidad, no de nulidad). La ley inconstitucional incurre en un vicio sumamente grave, el mayor vicio que puede contener una norma: ser contraria a la *lex superior* que objetiva la soberanía del pueblo. Por ello, el vicio de inconstitucionalidad debe ser castigado con la mayor sanción posible, la nulidad y sus consiguientes efectos retroactivos. Es necesario eliminar, desde su nacimiento, la propia norma y los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, según veremos más abajo, que impone la seguridad jurídica.

La naturaleza de la sentencia que contiene la declaración de nulidad de la norma inconstitucional es declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional).

A pesar de defender que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser retroactivo, en el esquema de Kelsen, sin embargo, los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos, tal y como vimos en el comentario a la voz sobre dicho efecto. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta entra en vigor. No obstante a lo dicho, no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad, como categoría general, consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

En este orden de cosas, el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán obliga a declarar la nulidad de la ley considerada inconstitucional. En la misma línea se expresan los arts. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español y 282 de la Constitución portuguesa. La retroactividad de esta declaración está clara en Bélgica, España (interpretando *a contrario sensu* el art. 40 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Portugal (aunque el párrafo cuarto del art. de la Constitución lusa acabado de citar permite al Tribunal dar un alcance más restrictivo a la inconstitucionalidad en razón de la seguridad jurídica, la equidad o el interés público). Por su parte, los arts. 136 de la Constitución italiana y 30 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional italiano no resultan tan nítidos al indicar, el primero, que la declaración de ilegitimidad constitucional de una disposición legislativa o de un acto que tenga fuerza de ley supone que esa disposición cesa de estar en vigor desde el día siguiente de la publicación de la decisión, y, el segundo, que no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. No obstante, la jurisprudencia italiana (al igual que, entre otras, la alemana y española) confirma lo dicho sobre el carácter retroactivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

En América también encontramos ejemplos de efectos hacia atrás en el tiempo, aunque menos numerosos que los efectos *ex nunc*. En Costa Rica, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo “a la fecha de

vigencia del acto o de la norma” (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque la sentencia podrá graduar en el tiempo dicho efecto.

La virtualidad retroactiva que hemos atribuido al pronunciamiento de inconstitucionalidad no es absoluta sino que se salvan distintas situaciones. No cabe duda de que la lógica de la nulidad de la ley inconstitucional no debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, destruyendo así relaciones ya consolidadas y de efectos fenecidos. El principio de seguridad jurídica exige tal limitación, dando lugar, en general, a que se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (ejemplos de ello son Alemania, España, Italia, Portugal, Costa Rica o México). En efecto, el art. 40.1 de la Ley del Tribunal Constitucional español prevé la revisión de los casos penales o contencioso-administrativos en que la nulidad de la norma aplicada beneficie al castigado (reducción de la pena o de la sanción, exención o limitación de la responsabilidad). Ello no es óbice para entender corregida la línea jurisprudencial relativa a esos preceptos anulados, según el art. 40.2 de la misma ley. Por su parte, el art. 105 de la Constitución mexicana da efectos retroactivos a las declaraciones de invalidez en materia penal que se producen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, siendo la regla general la irretroactividad (se supone que esta retroactividad en materia penal solo se produce en sentido favorable).

La tentativa de eliminar los efectos que ha dejado la ley inconstitucional, por mor de la sanción de nulidad que técnicamente debe aplicarse, tendría que dar lugar a que las normas derogadas por la ley inválida vuelvan a entrar en vigor. Así lo establecen los arts. 282.1 de la Constitución portuguesa y 140.6 de la Constitución austríaca (salvo que en el fallo se disponga otra cosa), y ello a pesar de que en el país centroeuropeo la sanción es de anulabilidad. Esta es una solución poco extendida porque, al margen de otras consideraciones, resulta demasiado agresiva con la seguridad jurídica. En este sentido se expresa el art. 83 del Código Procesal Constitucional del Perú, donde se establece que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

La construcción explicada en los párrafos anteriores puede verse alterada cuando un tribunal constitucional dicta una sentencia atípica (del estilo de una recomendación al legislador, que no incluye nulidad), precisamente, a lo mejor, para huir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad y poder adaptarse mejor a la realidad que debe resolver.

José Julio Fernández Rodríguez

EFFECTOS FISCALES DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

La labor interpretativa que realizan los órganos jurisdiccionales, como garantes de la Constitución, es una función creadora y dinámica del derecho que permite concretizar principios generales de las Constituciones. En esta labor,

los jueces constitucionales se convierten en intérpretes judiciales de la Constitución para decidir, con base en el derecho, lo que es o no derecho, haciendo una reconstitución de la realidad. Sin embargo, las decisiones judiciales derivadas del control de la constitucionalidad de normas trae aparejada una serie de consecuencias que puede estudiarse a la luz de los efectos que despliegan (jurídicos, políticos, sociales, económicos, etcétera). De esta forma es posible identificar una tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales (Hernández Valle, 2010) que pueden clasificarse de la siguiente manera:

Sentencias aditivas. Son aquellas que integran el contenido lagunoso u omiso de la legislación y propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales. En materia tributaria, se trata de sentencias que amplían la cobertura de la norma extendiendo el supuesto de no sujeción o de exención al grupo de contribuyentes arbitrariamente excluido por la imposición legislativa, con el objeto de otorgarles el mismo tratamiento respecto de las deducciones, exenciones o minoraciones. Sin embargo, en ocasiones, equiparar el beneficio a determinados grupos puede implicar altos costes de operación en detrimento de la hacienda pública.

Sentencias de recomendación al legislador. También conocidas como sentencias declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador acerca de cómo reparar la inconstitucionalidad. Debido a su poco éxito, en Italia se han incorporado las denominadas sentencias *doppia pronuncia*, que consisten en dictar una primera sentencia en la que se otorga un plazo al legislador para enmendar el vicio de inconstitucionalidad de la ley, de no cumplir oportunamente, se dicta una segunda sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales. Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva (*ex nunc*), por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos. En materia tributaria, este tipo de sentencias suele hacer nugatorio el derecho de los contribuyentes a la devolución de cantidades pagadas indebidamente a la administración tributaria con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo.

Sentencias de inadmisibilidad (o anti-aditivas). Son aquellas en las que la Corte o tribunal constitucional reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales, por lo que este tipo de sentencias cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador. Al respecto, en la mayoría de los textos constitucionales, la facultad impositiva está sometida a reserva de ley; es decir, no hay tributo sin ley.

Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple. Este tipo de sentencias no cuestiona la exclusión arbitraria de beneficio a un determinado grupo de contribuyentes, sino el beneficio mismo otorgado a los otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes, declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa y, respecto de los beneficiarios originales, anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad tributaria. Así, estas sentencias tienen el problema de que pueden perjudicar a personas que, sin haber recurrido a los estrados ju-

diciales, ven lesionados o disminuidos derechos prestacionales adquiridos de buena fe al amparo de una decisión discrecional del legislador.

Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial. Son aquellas que anulan la norma impugnada en cuanto benefician o perjudican exclusivamente a determinadas categorías de sujetos pasivos del tributo, rompiendo la igualdad ante la ley tributaria. Los tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los contribuyentes excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende el vicio de inconstitucionalidad eliminando el supuesto trato privilegiado.

Sentencias aditivas distributivas. Se trata de fallos judiciales que amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquéllos.

Tomando en cuenta que las decisiones judiciales pueden involucrar que se tome a consideración la fuente de las asignaciones presupuestarias para restaurar la constitucionalidad, o para sufragar presupuestalmente los costos derivados de extender el privilegio al grupo de contribuyentes excluidos por la imposición legislativa, los jueces constitucionales deben ponderar, caso por caso, el tipo de sentencia más favorable para el mantenimiento de las finanzas públicas, siempre en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Israel Santos Flores

EFECTOS INTER PARTES

Este tipo de efectos, en sentido jurídico, significa que la decisión que los posee se aplicará solo a las partes que han intervenido en el procedimiento o proceso que acaba con tal decisión (traducido literalmente del latín significaría “efectos entre la partes”). La categoría contraria a ésta serían los efectos *erga omnes*, que originan que la decisión se aplique a todos y no solo a los que han intervenido en el procedimiento o proceso (la traducción literal del latín sería “efectos frente a todos”).

La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del derecho procesal constitucional puede imponer una visión diferente. En efecto, en este ámbito del derecho procesal constitucional, en función del sistema en el que estemos y del tipo de proceso, los efectos serán unos u otros.

En sistemas difusos de control de constitucionalidad, la sentencia del juez ordinario que efectúa tal control tendrá efectos entre las partes de su proceso. Lo que hace dicho juez es inaplicar la norma inconstitucional al caso. El control en un sistema difuso es un control concreto, en la medida en que se ejerce con ocasión de un litigio determinado, y sus decisiones tienen una autoridad de cosa juzgada relativa, en el sentido de que la inconstitucionalidad solo valdrá para el asunto y las partes del litigio que se está sustanciando.

Los recursos ulteriores o la selección de casos deberían permitir al tribunal supremo, en un sistema difuso, unificar decisiones discrepantes y dotar de un trasunto de efectos generales a través de la vinculación que genera la juris-

prudencia del órgano que encabeza el Poder Judicial. En concreto, en Estados Unidos, el sistema del precedente y el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Esto da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad sea equivalente a una anulación por la generalidad que en la práctica adquiere. La colocación del tribunal supremo de este país en la cima de la jerarquía judicial da unidad al sistema. Tal tribunal, desde 1925, ostenta un poder discrecional de selección de asuntos (el privilegio del *certiorari*) que le permite escoger los casos sobre los que va a llevar a cabo un control de constitucionalidad.

En cambio, en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal constitucional u órgano equivalente debe tener efectos generales o *erga omnes*. Ello también es predicable en un sistema mixto cuando actúa el órgano de jurisdicción constitucional. La decisión de inconstitucionalidad de la norma parece tener así una fuerza similar a la de la ley eliminada. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general debe carecer de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*. Así, en Costa Rica el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones que denieguen la acción de inconstitucionalidad “únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto”.

Ya en Kelsen la eliminación de la ley inconstitucional tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*, que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. Recordemos que para dicho autor el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal, al no aplicar normas a hechos concretos, sino un legislador negativo que analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley).

A pesar de que parte de las posiciones de Kelsen están superadas, los sistemas concentrados o mixtos mantienen esta característica de los efectos generales ante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del tribunal constitucional o equivalente (Alemania, Brasil, España).

Sin embargo, hay algún caso en un sistema concentrado o mixto en el que la declaración de inconstitucional tiene efectos *inter partes*, a pesar de ser dictada por un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. Ello resulta criticable por las exigencias de la naturaleza de tal declaración. En este sentido, podemos citar a Paraguay, donde el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema declarando el carácter contrario a la Constitución de ciertas disposiciones “solo tendrá efecto” en relación con cada caso concreto (art. 260.1 de la carta magna paraguaya). Por esa razón se habla de declaración de inaplicabilidad, no de nulidad ni anulabilidad. También en Uruguay el fallo de la Suprema Corte de Justicia “se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado” (art. 259 de la Constitución uruguaya).

Al margen del tema del control de constitucionalidad de la ley, las acciones protectoras de derechos también suponen una importante competencia de la jurisdicción constitucional. Si estamos ante las acciones protectoras de derechos, sea en un sistema difuso o concentrado, desde el punto de vista técnico, el efecto debe limitarse a quienes hayan sido parte en el proceso.

El efecto *inter partes* refuerza el sentido subjetivo de una acción. Ello es especialmente patente en las acciones de tutela de derechos, en las cuales se protege al individuo frente a las vulneraciones o amenazas que sufre uno de sus derechos, normalmente, en su configuración tradicional, llevadas a cabo por el poder público. De todos modos, no hay que olvidar la doble dimensión de estos procesos de tutela de derechos, pues al lado de la citada vertiente subjetiva, de protección de las personas en situaciones concretas, existe una dimensión objetiva, de interpretación y defensa del ordenamiento constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez

EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Al dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales “impartir justicia”; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de ésta. Sin embargo, la impartición o administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de “eficacia” y “eficiencia”. Así se advierte, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”. El mismo art. prevé la creación de *mecanismos alternativos de solución* de conflictos, así como la necesidad de garantizar la *plena ejecución de las resoluciones* de los tribunales. Los conceptos subrayados aluden claramente a cuestiones de eficacia y eficiencia en la justicia.

Los conceptos de “eficacia” y “eficiencia” pueden definirse de manera sencilla. “Eficacia” significa el *logro de los objetivos* para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un procedimiento. ¿Cuáles son los objetivos de la impartición de justicia? Podemos atribuirle los mismos que Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) considera que son las funciones últimas del derecho: la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder. En el caso de la impartición de justicia, tiene prioridad lógica el tratamiento de los conflictos, por ser la puerta de entrada a la función jurisdiccional. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque no siempre éstos se resuelven, sino que a veces persisten y se agudizan después de un juicio. Adicionalmente, hay que considerar que no todos los asuntos que llegan a los tribunales son, estrictamente hablando, verdaderos conflictos, sino que en ocasiones su intervención se debe a requerimientos de tipo “administrativo” o “notarial”. Por ello, es preferible hablar de que la justicia resuelve *controversias jurídicas*. Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares (“seguridad jurídica”), así como a legitimar al Estado en la medida

en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de “hacer justicia” por propia mano. Un aspecto problemático de la eficacia de la impartición de justicia es el *cumplimiento* de las resoluciones judiciales, pues éste tiene que enfrentar con frecuencia la natural resistencia de la parte perdedora y de su entorno inmediato, pero en ocasiones también la de grupos sociales más amplios.

Dentro del marco de la eficacia de la impartición de justicia, las sociedades contemporáneas esperan también que dicha función se realice con *eficiencia*, la cual es un concepto de origen económico que implica el mejor uso posible de los recursos. En un contexto que, por definición, es de escasez, los recursos tienen siempre usos alternativos; por tanto, serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. En relación con la impartición de justicia podremos hablar de eficiencia en tres sentidos, a los cuales denominaremos “eficiencia institucional”, “eficiencia organizacional” y “eficiencia instancial”.

Los dos primeros conceptos han sido tomados de Douglass C. North (*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1993). La impartición de justicia es eficiente desde el punto de vista de su función institucional cuando logra contribuir a la *reducción de los costos de transacción*, es decir, los costos (sobre todo de información) que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, los costos de valuación). Al proteger efectivamente los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos, los tribunales contribuyen a reducir los costos de transacción en una sociedad, esto es, facilitan o abaratan el intercambio económico, lo cual se traduce en condiciones favorables para la inversión y el crecimiento.

La *eficiencia organizacional* se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización. Una organización consiste en un conjunto de roles o funciones especializados que se interrelacionan para el logro de un objetivo común, en este caso, la producción de resoluciones judiciales. Este producto puede lograrse de manera eficiente aumentando, mediante diversas intervenciones, la capacidad de procesamiento de la organización. En primer lugar, pueden acelerarse los *procedimientos* reduciendo los plazos para su conclusión, o especializando el procedimiento mismo para que se ajuste de mejor manera al tipo de conflicto o controversia que maneja el tribunal. Esta opción incluye la posibilidad de introducir *mecanismos de solución alternativa de conflictos* dentro de la organización de un tribunal (conciliación, arbitraje). En segundo lugar, también puede aumentarse la capacidad de procesamiento modificando la *división del trabajo*, mediante la implementación de distintos modelos internos de organización o a través de la creación de funciones de gestión y administración especializadas (*court management*).

Por *eficiencia instancial* entenderemos la regulación de la *oferta y demanda* de servicios judiciales ante los tribunales. Idealmente, la justicia será eficiente si logra un equilibrio entre la oferta y la demanda de tales servicios, para lo cual requiere operar de manera selectiva. *Selectividad* significa que, en principio, solamente sean atendidos por la justicia los asuntos aptos para su tratamiento judicial.

La selectividad tiene dos aspectos: uno *vertical* y otro *horizontal*. Desde el punto de vista vertical, la selectividad exige que en cada instancia del aparato judicial se procesen solamente aquellas controversias que lo ameriten de algún modo. Por ejemplo, sería ineficiente que todos los asuntos resueltos en una primera instancia se revisaran en apelación; sería eficiente, en cambio, que solamente se apelaran aquellos asuntos en que exista una probabilidad cierta de error. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista horizontal, la selectividad implica la existencia de alternativas o filtros externos para el procesamiento de los conflictos, como los despachos de abogados y otras instancias profesionales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) y los llamados mecanismos de estabilización sistémica, como los seguros, las fianzas y las hipotecas, que permiten prevenir y resolver los conflictos de manera institucional y con baja probabilidad de recurso al litigio judicial.

En resumen, en las sociedades contemporáneas, los ciudadanos esperan no solo que los jueces y tribunales “hagan justicia”, es decir, que dicten resoluciones que sean aceptables desde el punto de vista de los valores sociales, sino que también sean eficaces, esto es, que tengan efectos reales y eficientes, entendiendo por tales aquellas que hagan o promuevan el mejor uso posible de los recursos sociales. Solamente la justicia que satisface estas expectativas cumple también con los requisitos que dispone la Constitución.

Héctor Fix-Fierro

EMPODERAMIENTO

Las primeras acepciones en torno al empoderamiento hacen su aparición en lengua inglesa en textos datados del siglo XVII. En ellas, *empowerment* es sinónimo de capacidad e impulso (León, 2001). Más recientemente, la década de los sesenta fue la base para la reflexión y acción de un movimiento social importante llevado a cabo en Estados Unidos de América. Las reivindicaciones y los análisis teóricos desarrollados en torno al movimiento *Black Power* o *Black Empowerment*, a la vez que precursores, son indispensables para llevar a cabo cualquier reflexión crítica en torno al poder y al cambio en las estructuras sociales.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres, relaciona los primeros usos del término *empowerment* a las investigaciones de Mujeres en Desarrollo (*women in development*). Su procedencia, concretamente, se sitúa en el texto que Sen y Grown prepararon para la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi en 1985. Dicho escrito se publicó en 1987 y se tradujo al español como *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de la mujer en el tercer mundo*. En el citado contexto, el concepto se determinó como estrategia impulsada por las mujeres del Sur.

El concepto siguió su andadura en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing. En dicha ocasión, por primera vez, se relacionó

el impulso de las mujeres con la construcción social, sin condiciones y sin poner en tela de juicio sus capacidades. De este modo se reforzó la participación social de las mujeres. De esta cita en adelante, el concepto de empoderamiento, o *empowerment*, junto con el de transversalidad o *mainstreaming* fueron dos estrategias esenciales recomendadas a los gobiernos para el trabajo que tiene como objetivo la igualdad entre mujeres y hombres.

Si entre los diferentes autores se difunde el uso de término después de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995), en lo que se refiere a los movimientos feministas, éste empieza a emplearse paulatinamente en la década de los sesenta. Las autoras Maxine Molyneux, Carolyn Moser eta Kate Young, entre otras, trabajaron en torno al empoderamiento haciendo una diferenciación entre intereses y necesidades prácticas y estratégicas. De esta manera, señalan que los diferentes tipos de necesidades que tienen las mujeres están relacionadas directamente con el estatus que ocupan en la sociedad (Rowlands, 1997). Las necesidades prácticas suelen ser inmediatas y urgentes, y hacen referencia a las necesidades materiales y primarias; en la mayoría de las veces están relacionadas con la supervivencia. Las necesidades estratégicas, en cambio, son respondidas a largo plazo y posibilitan cambios indispensables en las relaciones de poder entre mujeres y hombres (León, 2001). Las necesidades prácticas las sufren algunas mujeres; las estratégicas, en cambio, todas las mujeres. La diferenciación entre ambas no siempre es evidente, dado que muchas de las veces podemos responder a las condiciones estratégicas de las mujeres una vez dando respuesta a las necesidades prácticas. De tal manera, trabajar en solucionar las estratégicas necesariamente toma en cuenta a las prácticas (León, 2001).

Desde el punto de vista analítico, existen al menos dos dimensiones diferentes de empoderamiento: el individual y el colectivo.

El empoderamiento individual o personal se puede definir de la siguiente manera: es un proceso personal en el cual cada mujer desarrolla instrumentos que la refuerzan y le brindan la posibilidad de defenderse y hacer frente a la opresión dejando de estar sometida (Lagarde, 2000). Se abre la posibilidad de que haga cosas por sí sola (León, 2001), y más aún, que sea capaz de deshacerse las consecuencias de la opresión sufrida (Rowlands, 2005), al mismo tiempo que desarrolla la confianza en sí misma. Muchas de las veces, las actividades que posibilitan el empoderamiento de las mujeres, aquellas que son impulsadas por diferentes instituciones, se desarrollan en términos individuales, identificando y poniendo el valor la autoconfianza personal antes que la cooperación, la cual pone en duda las estructuras de poder que oprimen a las mujeres (Oxaal y Baden, 1997).

Por otro lado, el empoderamiento colectivo se lleva a cabo cuando las personas consiguen de manera conjunta más efectividad de lo que lograrían de manera individual (Rowlands, 2005). Hay quien hace referencia a la idea de que en confianza y en alianza se hace frente al orden social antiguo y a la capacidad colectiva de construir la cotidianidad mediante modos de convivencia social, económica, política y cultural (Lagarde, 2000).

Los puntos de vista que se limitan al empoderamiento individual han recibido muchas críticas. Éstos no reconocen la relación entre las estructuras de

poder y las prácticas en la cotidianidad del colectivo y el individuo. Además, desconecta a las personas del contexto sociopolítico e histórico, de la solidaridad que presenta el empoderamiento, alejándose del significado de preocuparse por el prójimo (León, 2001).

Mientras que algunos autores defienden que el empoderamiento solamente puede darse a nivel individual, otros autores sostienen que es un primer paso esencial para lograr el empoderamiento colectivo, a pesar de que limitar el empoderamiento a ese ámbito no es suficiente (Rowlands, 2005). En general, si no se lleva a cabo el empoderamiento en un contexto donde haya ilusión, y si el proceso político no está relacionado con acciones colectivas, es muy difícil que tenga éxito, puesto que no se puede limitar el empoderamiento a sus acciones y olvidarnos del contexto histórico y político donde se quiere implementar. El empoderamiento incluye el cambio y las acciones colectivas (León, 2001).

Maidier Zilbeti Pérez

ENTRADA EN VIGOR

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la locución “vigor” (del latín *vigor, -ōris*) significa, para los efectos que aquí importan, “viveza o eficacia de las acciones en la ejecución de las cosas”, o bien, “fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas”. Por su parte, la locución «entrada» hace referencia a la “acción de entrar” y, a su vez, la locución “entrar” (del latín *intrāre*) significa “empezar o tener principio”, “formar parte de la composición de ciertas cosas”, o bien, “dar principio a la acción de algo”, por lo que hablar de la *entrada en vigor* de cualquier norma jurídica significa apelar al *principio a partir del cual una norma comienza a formar parte del orden jurídico adquiriendo fuerza para obligar a sus destinatarios y produciendo los efectos jurídicos a los que está llamada*.

Por lo que hace al derecho procesal constitucional —concretamente desde el punto de vista del juicio de amparo—, toma especial importancia este concepto debido a que, por regla general, cuando se promueve un amparo en contra de normas jurídicas autoaplicativas, es decir, normas que por su sola *entrada en vigor* comienzan a generar afectaciones a los derechos de los particulares aun sin existir actos de aplicación de las mismas, será la fecha de *entrada en vigor* el momento en que comience a computar el plazo para su impugnación.

Así, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de México ha establecido que “el juicio... contra una ley autoaplicativa puede interponerse... dentro de los treinta días hábiles contados desde que entra en vigor [por lo que] el cómputo del plazo señalado inicia desde el día de su vigencia a las cero horas, porque resultaría incongruente que si la ley de esta naturaleza causa un perjuicio desde la misma fecha en que su observancia es obligatoria, el plazo para promover el juicio empezara a contar hasta el día siguiente...” (Tesis: 2a./J. 26/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, p. 461).

Criterio diverso debe aplicarse en tratándose de la impugnación de normas generales vía acción de inconstitucionalidad, toda vez que, por regla ge-

neral, la también denominada acción abstracta de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo que establezca la norma procesal correspondiente, computando dicho plazo a partir de la fecha de publicación de la norma objeto de impugnación. Lo anterior es así debido a que en la acción abstracta, a diferencia de lo que acontece en el amparo, no resulta trascendente que la norma impugnada produzca ya los efectos jurídicos a los que está llamada, afectando derechos de los particulares, sino que lo que importa es que la norma ya haya sido promulgada de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica, es decir, con las normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

ENUNCIADOS DE LOS PRECEDENTES

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure expone en su *Curso de lingüística general* (1916) el concepto de “signo lingüístico”, constituido por dos elementos: el significante y el significado.

El significante corresponde al elemento empíricamente perceptible (grafema o fonema) que se lee o escucha. En general, y sin entrar en detalles técnicos, se puede decir que el significado corresponde al sentido que tiene el significante en una lengua determinada. La relación entre un significante y su significado no es necesaria, sino contingente, de lo cual da cuenta la multiplicidad de significantes que pueden expresar el mismo significado. Por ejemplo: “casa”, *house* (inglés) y *maison* (francés), son significantes diferentes que expresan el mismo significado.

De la misma manera que sucede con las letras (que aisladamente consideradas carecen de significado pero que al organizarse en significantes producen significados), los signos lingüísticos pueden organizarse en estructuras a una escala superior que producen nuevas unidades de significado. Al conjunto de significantes dispuestos secuencialmente conforme a las reglas sintácticas de una lengua determinada se les denota con la expresión “enunciado” y juegan un papel equivalente al significante de las palabras, en tanto que son empíricamente perceptibles. Al igual que ocurre con la dicotomía “significante-significado” a nivel de las palabras, los enunciados tienen un elemento de significación que es denotado por la expresión “proposición”. Una diferencia importante entre ambas dicotomías es que mientras los elementos constitutivos de los significantes (las letras) carecen de significado, los significantes, elementos constitutivos de los enunciados, sí poseen un significado que en algún sentido determina el significado o significados del enunciado en cuestión, es decir, a la o las proposiciones a él asociadas.

Como es ampliamente conocido, algunas palabras son polisémicas, es decir, tienen más de un significado. Por ejemplo, en el discurso jurídico, el significante “acción” puede tener como significados: *a)* el primer acto procesal por virtud del cual se inicia un proceso jurisdiccional (derecho procesal) o *b)* clase de título valor (derecho mercantil).

A pesar de que no exista una expresión equivalente a “sinonimia” a nivel de los enunciados, éstos presentan la misma propiedad que las palabras en el sentido de que un mismo enunciado puede tener asociadas varias proposiciones. Por ejemplo, el enunciado: “Juan fue detenido con un ladrillo” puede significar: 1. A Juan se le propinó un ladrillazo; 2. A Juan (trabajador de la construcción) se le impidió seguir su camino cuando portaba un ladrillo (material de construcción), y 3. A Juan se le aprehendió cuando llevaba un paquete de droga (significado que tiene “ladrillo” en el argot del crimen organizado). Como se puede observar, las propiedades semánticas de las palabras determinan el significado de las proposiciones. En el ejemplo anterior, tanto la polisemia de “ladrillo” como la de “detener” juegan un papel importante en las distintas proposiciones asociadas al mismo enunciado.

De igual manera que sucede con la dimensión multinivel que va de significantes a enunciados y de significados a proposiciones, los enunciados pueden organizarse en estructuras de nivel superior y constituir sistemas de enunciados. Por ejemplo, una novela es un sistema de enunciados con identidad propia. “Harry Potter” y “El Señor de los Anillos” son totalmente independientes, al igual que lo son el código civil y el código penal.

La dicotomía “empíricamente perceptible-significación” se repite en este nivel y es así que el mismo cuento de Harry Potter puede encontrarse traducido en diferentes idiomas. El elemento empírico puede ser denotado por la palabra “texto”, mientras que el de significación con “discurso”.

Con base en lo anterior es posible definir la expresión “argumentación” como un sistema de enunciados cuya propiedad distintiva respecto de otros sistemas de enunciados es que las proposiciones asociadas a los mismos juegan el papel de premisas de las que se sigue una conclusión.

También en este nivel se repite la dicotomía “empíricamente perceptible-significación”, como se pone de manifiesto cuando una sentencia judicial es traducida en diferentes idiomas. En este caso, el elemento empírico es denotado con la expresión “argumentación”, mientras que el de significación con el término “argumento”.

No todos los argumentos dentro del dominio jurisdiccional cumplen la misma función institucional. Si bien es cierto que toda decisión jurisdiccional resuelve un conflicto jurídico, algunas decisiones y los argumentos por los que se justifican tienen efectos más allá de la resolución del caso concreto y son vinculantes para otros órganos de impartición de justicia. Normalmente son emitidas por órganos de la más alta jerarquía, facultados para producir este tipo de argumentos. Llamaremos a éstos “argumentos institucionalmente vinculantes”, los cuales están presentes tanto en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como en el sistema anglosajón, con matices funcionales importantes. Mientras en el sistema romano-germánico el razonamiento parte de la interpretación de las normas para la resolución de un caso y, por tanto, para la producción de argumentos institucionalmente vinculantes, en el sistema anglosajón, el razonamiento parte de los hechos y busca fundamentar sus decisiones en argumentos institucionalmente vinculantes previamente emitidos. A pesar de sus aparentes diferencias, ambos sistemas toman en cuenta dos tipos de elementos para fundar sus decisiones,

pero atribuyéndoles pesos distintos como soportes de fundamentación. En el sistema romano-germánico se acentúa el peso de la ley, sus argumentos institucionalmente vinculantes, contenidos en la jurisprudencia, tienen un papel relativamente secundario en tanto son interpretación de la legislación. En el sistema anglosajón, el peso de fundamentación principal se encuentra en sus argumentos institucionalmente vinculantes denominados “precedentes”, y el derecho estatutario, equivalente a la legislación, tiene una importancia menor.

Con respecto a la dinámica de ambos sistemas, mientras el primero está condicionado a los cambios en la legislación, el segundo implica la adaptación de precedentes a casos nuevos o, en su caso, justificar las razones por las cuales en un caso específico existen hechos relevantes que hacen inaplicable un precedente, a pesar de las semejanzas del caso con los considerados en los precedentes. También es posible que ciertos precedentes sean declarados inaplicables al ser sustituidos por otros más acordes a la evolución social (*overruling*).

De lo anterior se desprende que el término “enunciados de los precedentes” denota a cada uno de los elementos constitutivos de una argumentación que contiene un argumento institucionalmente vinculante dentro de la tradición del derecho anglosajón. La determinación de su aplicación para casos posteriores al que les dio origen estará determinada, en buena medida, por las propiedades semánticas que se les atribuyan al determinar una proposición como su contenido semántico y la relación del mismo con las propiedades fácticas del caso en cuestión.

Enrique Cáceres Nieto

ENUNCIADOS DOGMÁTICOS

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen (1960) sostiene que las oraciones de la ciencia jurídica deben distinguirse, en cuanto *enunciados jurídicos*, de las *normas jurídicas* producidas por los órganos de derecho. Las *normas jurídicas* no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado de conocimiento.

Como resulta evidente, el célebre profesor vienés marca una clara distinción entre dos tipos de discurso: *a)* el derecho positivo y *b)* el de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. La descripción del primero constituye el objeto de estudio del segundo.

No obstante su indudable importancia en la historia de la filosofía jurídica, muchos avances han ocurrido en el campo de la metodología de la filosofía del derecho desde la fecha en que se escribió la paradigmática teoría pura. A continuación trataré de proporcionar una versión actualizada del pensamiento kelseniano, incorporando elementos de la filosofía analítica contemporánea.

Desde el lenguaje hablamos del mundo que nos rodea, para lo cual empleamos, de manera fundamental, enunciados mediante los que se expresan proposiciones descriptivas, cuya propiedad definitoria más relevante es poder ser determinadas como verdaderas o falsas (sobre la diferencia entre “enunciado” y “proposición” (véase enunciados de los precedentes). Al respecto, y en defensa de una teoría de la verdad por correspondencia, Tarsky establece

que una proposición “p” es verdadera, sí y solo si p. Por ejemplo, la proposición “la nieve es blanca” será verdadera sí y solo si es el caso que efectivamente la nieve es blanca.

Sin embargo, a través del lenguaje no solo podemos hablar del mundo natural, sino también del lenguaje mismo en un nivel diferente. Para referirnos al lenguaje *desde el cual se habla* de otro lenguaje empleamos la expresión “metalenguaje”, mientras que para el lenguaje *del cual se habla*, la expresión utilizada es “lenguaje objeto”. Una vez conscientes de esta diferencia, nuestra percepción discursiva del derecho, en una dimensión plana en la que todo es simplemente discurso, se revela como una dimensión multinivel. Desde esta nueva visión es posible ver distintos niveles de lenguaje en las más diversas manifestaciones jurídicas: la cita del pensamiento de un autor es metalingüística respecto de lo que el autor citado dijo; lo que se predica como la interpretación correcta de un artículo legal es metalingüístico respecto del precepto legal que es su lenguaje objeto; un contra-argumento, por definición, es una entidad metalingüística cuyo lenguaje objeto es el argumento refutado, etcétera.

Lenguaje objeto y metalenguaje pueden pertenecer a la misma clase lógica de proposiciones lingüísticas, pero no necesariamente. Por ejemplo, la descripción de un reporte de investigación constituye un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es también de índole descriptiva. En el caso del derecho, buena parte de lo que denotamos con la expresión “dogmática jurídica” es un metalenguaje descriptivo, cuyo lenguaje objeto es de un tipo lógico distinto: el derecho positivo, en tanto está constituido por normas, es fundamentalmente prescriptivo.

Con base en lo anterior, resulta claro que al menos parte del discurso de la dogmática, precisamente al que se refiere Kelsen cuando habla de proposiciones de la ciencia del derecho, constituye un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo. Si éste es el caso, en congruencia con lo dicho precedentemente, las proposiciones que describen al sistema normativo están sujetas a ser evaluadas como verdaderas o falsas.

El problema de las condiciones de verdad de dichas proposiciones es un tema complejo que no puede ser abordado en poco espacio, sin embargo, algunas reflexiones generales pueden ser esclarecedoras. Para algunos autores, como Alexy (1983), el criterio de evaluación de las proposiciones de la dogmática, a diferencia de las del discurso científico, no puede ser considerar si son verdaderas o falsas, sino correctas o incorrectas. No obstante las buenas razones que subyacen a esta propuesta y sin poder fundamentarlo más detalladamente, en este texto asumiré que las proposiciones de la dogmática pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y que una teoría consensual de la verdad, como la defendida por Alexy, permite reconducir los criterios de correcto-incorrecto a verdadero-falso. Por otra parte, el uso de estos términos es más congruente con la calificación de “ciencia” estipulada para la dogmática jurídica.

Otro problema que se nos presenta es el de las condiciones de verdad de las proposiciones dogmáticas, sobre todo si se pretende adoptar una teoría de la verdad por correspondencia. En el caso de “la nieve es blanca”, la contrastación de la proposición se hace directamente con el mundo natural.

Sin embargo ¿cuál sería el mundo de los hechos con el cual confrontar a las proposiciones de la dogmática, si las normas no son hechos, o al menos no el mismo sentido que la nieve, sino entidades lingüísticas? La respuesta es que las condiciones de verdad de las meta proposiciones dogmáticas son dadas por su relación con el lenguaje objeto, es decir, con el derecho positivo.

Por ejemplo, una norma jurídica que establezca: “a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión” tendrá un estatus lógico de proposición prescriptiva. El mismo enunciado encontrado en un libro de dogmática jurídica penal al decir: “en el sistema jurídico S se establece que: «a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión»”, contendrá una proposición descriptiva, que en este ejemplo sería verdadera. La diferencia funcional de las distintas proposiciones expresadas por el mismo enunciado en diferentes niveles de lenguaje se pone de manifiesto si imaginamos que ha ocurrido una reforma legislativa por la que la sanción por robo se ha incrementado de 15 a 20 años y el autor del tratado de dogmática no ha tenido tiempo de actualizar su obra en una nueva edición. En este supuesto, la proposición que era verdadera antes de la reforma, habrá pasado a ser falsa.

Desde luego que las proposiciones de la dogmática no se limitan a parafrasear al derecho positivo, sino que lo reelaboran y sistematizan mediante las reglas de procesamiento cognitivo propias de la profesión. Por otra parte, el discurso de la dogmática no se agota en proposiciones sino que incluye otros elementos, como son definiciones, redes semánticas y, en ocasiones, proposiciones prescriptivas (opiniones) que en estricto sentido no son parte de un discurso “científico”. Otra parte importante son las teorías conceptuales abstractas, no metalingüísticas respecto de ningún derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, de la teoría general del delito.

Con base en lo anterior, el término “enunciados dogmáticos” denota a la forma en que se expresan las proposiciones descriptivas en el metalenguaje de la dogmática jurídica y que son susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas (o si se prefiere correctas o incorrectas) a partir de lo establecido en el lenguaje objeto del derecho positivo.

Enrique Cáceres Nieto

EQUIDAD

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, “igual”; del griego *επιεικεία*, virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse como la “bondadosa templanza habitual”, la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita, o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus *Tria Praecepta Iuris* (tres principios del derecho), el *sum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria, aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables para decidir “de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador”.

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley o, mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra varias veces la palabra “equidad”, como en el art. 2o. que establece: “...garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones...”.

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del derecho común (es decir, aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término *equity* representa una particular fuente del derecho, inicialmente de carácter discrecional, que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *Common Law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *Common Law*.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la “equidad” como “una igualdad en las diferencias”, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias (véase equidad).

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de “género”, como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embar-

go, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción sociocultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años setentas el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: “una no nace mujer, se hace mujer”.

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de “masculinidad” y “feminidad”, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de éstos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo (véase igualdad de género).

María de la Concepción Vallarta Vázquez

ERGA OMNES

Las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esa generalidad conlleva profundas implicancias, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles; los otros suelen quedar cuestionados porque convierte a la sentencia en un formato legislativo.

El efecto jurídico tiene estas características:

a) *Son retroactivas (ex tunc)*. Es decir, que actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Debido a esta característica algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad

constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. “Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución «La justicia constitucional»*).

b) *Afectan derechos consolidados*. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo o “fuerza de ley”, como dice el Tribunal Constitucional alemán.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*. Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional, estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la norma fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera “situaciones jurídicas insoportables”, muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quieren correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El art. 140.7 reglamentario determina: “anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la

anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia”.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia, entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) *La sentencia cobra fuerza normativa (propriamente, es casi una ley)*. La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan total o parcialmente la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos, ha cambiado con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas.

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*. La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone, desde la decisión y sus fundamentos, la más pura y genuina interpretación de la norma fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere, desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes*, un alcance aproximado, que no tiene nuestro país, al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional*. Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y

uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia *erga omnes*, y al mismo tiempo refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizá esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un “legislador negativo” han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso en los modelos de sentencias es preciso reconocer la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastocan.

Oswaldo A. Gozáini

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado constitucional de derecho es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados. Suele ser identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las revoluciones francesa y americana.

El Estado de derecho, como concepto desprovisto de adjetivos, ha sido sometido a un constante proceso de perfeccionamiento. En sus orígenes, con esta categoría se intentaron plasmar los postulados racionalistas kantianos en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho (Bockenforde, 2000). Surge en el marco de la teoría del Estado del liberalismo alemán, como contrapunto a otras formas de Estado, específicamente contra el Estado absoluto y el Estado de policía. Su postulado esencial consistió en la eliminación de la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con los ciudadanos (Zagrebelsky, 1995). El Estado de derecho, entendido de tal manera, es tributario de la tradición constitucional liberal más conspicua; sin embargo, su escueta denotación inicial, sobre todo en lo referente a los contenidos a los que deberían sujetarse los actos del Estado, determinó, en opinión de Zagrebelsky, que tal denominación pudiera ser aplicada a cualquier forma de Estado en la que, en principio, estuviera excluida la arbitrariedad, vía la determinación de su actividad mediante ley, cualquiera que fuera el contenido de la misma. Esta idea de Estado de derecho coincide con el modelo que Ferrajoli denomina “Estado formal de derecho” consistente en “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legales establecidos” o “aquellos ordenamientos jurídicos modernos, incluso

los más anti liberales, en los que los poderes tienen una fuente y una forma legal” (Ferrajoli, 2001). Con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo cercenó la fuerza *jurígena* de la Constitución y le restó entonces capacidad como parámetro de control sobre los contenidos legislativos. Ferrajoli sintetiza este proceso con contundencia: en el Estado legislativo de derecho se produjo *la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo*. El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley.

Los trágicos sucesos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial evidenciaron las insuficiencias del modelo descrito asentado, por un lado, en criterios formales de validez del derecho y, por el otro, en una idea de democracia también formal o unidimensional. Los diseños institucionales europeos de la Segunda posguerra fueron concebidos y diseñados para robustecer los límites a las decisiones mayoritarias a través de diversas vías; por un lado, la asunción de un nuevo entendimiento de la Constitución como receptáculo de derechos que deberían operar como límites sustanciales a las decisiones mayoritarias; por otro lado, que tales Constituciones sean rígidas, es decir, inmunes a las reformas por medios ordinarios y, por último, el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, mediante los cuales se escrutaría ya no solo los aspectos formales del proceso de producción de las leyes, sino además el contenido de las mismas. En este escenario, la ley, como parámetro de control, cede su espacio a la Constitución y se subordina a las formas y contenidos establecidos en ella. Ferrajoli sintetiza los principales cambios en el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho. Primero, cambian las condiciones de validez de las leyes, pues ésta ya no se colma con cumplir los requerimientos de producción; en el nuevo modelo es preciso, además, la adecuación entre contenidos constitucionales y legales. En segundo lugar, transforma las finalidades de la ciencia jurídica, pues las divergencias entre Constitución y ley obligan al jurista no ya solo a desempeñar un papel meramente explicativo sino además, crítico. En tercer lugar, se modifica sustancialmente el rol del juez, quien en el nuevo modelo asume un papel central consistente en aplicar las normas que superen el escrutinio constitucional y en desaplicar o invalidar aquellas que no lo logren. Por último, nos dice Ferrajoli, se produce una profunda transformación en la naturaleza de la democracia, pues la subordinación de la ley

a la Constitución a través de límites formales, pero sobre todo sustanciales, implica la introducción de la dimensión sustancial de la democracia; para el modelo ya no solo es importante quién decide y cómo se decide, sino además qué se decide. En el Estado constitucional de derecho se actualiza la pérdida de centralidad del principio de legalidad y su reemplazo por el principio de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho implicaría entonces asumir ciertas ideas respecto a la Constitución y cómo debe ser preservada. En cuanto a lo primero, la Constitución se asume como suprema, es decir, como cúspide del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, posee carácter normativo, es decir, fuerza normativa, y deja así de ser entendida como un programa político; asimismo, goza de aplicabilidad directa, lo que implica asumir, parafraseando a Sagüés, que la Constitución ya no regirá con el permiso del legislador; establece derechos, civiles, políticos, pero también sociales, a esto se refiere Prieto Sanchís cuando apunta que las Constituciones del Estado constitucional se caracterizan por un *denso contenido normativo*; debe estar excluida del ámbito de las decisiones políticas ordinarias, es decir, debe estar dotada de algún grado de rigidez. Por último, el sistema debe establecer garantías judiciales para mantener la indemnidad de la Constitución. Esta última nota, es decir, la incorporación de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos, es determinante para la conformación del modelo Estado constitucional de derecho. En tal sentido, García Pelayo sostiene que el Estado constitucional de Derecho adquiere forma y entidad en varios países europeos de la Segunda posguerra con el establecimiento de tribunales constitucionales, es decir, con el desarrollo de una jurisdicción contencioso-constitucional que permitiera hacer operativos los postulados constitucionales (García Pelayo, *Obras completas*). Sintetizando lo dicho hasta el momento, en el Estado legal de derecho operó bajo el principio de legalidad que implicó la prevalencia de la ley por sobre los restantes actos estatales que debían adecuarse a sus contenidos. Esta adecuación sería garantizada por tribunales cuya función sería entonces garantizar la legalidad de los actos de la administración. En el Estado constitucional de derecho opera el principio de constitucionalidad, caracterizado por la primacía de la Constitución por sobre incluso la propia ley y por el funcionamiento de una jurisdicción constitucional que velaría por la conformidad de todos los actos del Estado, incluida la propia ley, con la Constitución (García Pelayo, 1991).

Así, la justicia constitucional es un elemento constituyente del Estado constitucional de derecho. Sentadas estas ideas, es necesario aclarar que el modelo aquí descrito, no tiene por preferido un modelo específico de justicia o jurisdicción constitucional, es decir, no establece que el modelo que mejor cumple con esta garantía es el europeo, caracterizado por la existencia de tribunales constitucionales o el llamado americano, caracterizado por la inexistencia de la nota de concentración y por la facultad de todos los jueces de realizar dicha labor. Una hojeada a los diversos sistemas jurídicos que han desarrollado mecanismos de garantía jurisdiccional nos permite apreciar la diversidad de sistemas y mecanismos de control existentes, aunque todos compartan la misma finalidad. García Pelayo ofrece una nómina de las diversas

formas de articular la jurisdicción constitucional y los órganos encargados de ejercerla: 1. Jurisdicción constitucional descentralizada y no especializada: cualquier juez puede realizar el control de constitucionalidad; 2. Jurisdicción descentralizada y especializada: solo un órgano especializado puede juzgar la adecuación de los actos con la Constitución federal, y otros tribunales superiores locales pueden ejercer el control en relación con las Constituciones que rigen en sus ámbitos, como es el caso de Alemania; 3. Jurisdicción centralizada y no especializada: solo un tribunal no especializado entiende en la materia de constitucionalidad; 4. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: este modelo se presenta cuando el control de constitucionalidad es encomendado a una sala de una corte o tribunal supremo, y 5. Jurisdicción especializada y centralizada, se presenta cuando un tribunal ejerce el control constitucional de manera única y para todo el país (García Pelayo, 1991). La categorización realizada por García Pelayo, así como la distinción entre modelos europeo y americano, ha perdido algo de su fuerza explicativa, pues el desarrollo de los diseños originarios y la expansión de la justicia constitucional han generado que las notas primigenias u originarias de cada modelo se combinen, generando modelos mixtos más complejos y por tanto de difícil clasificación. Más allá de los diseños y clasificaciones, lo esencial es comprender que la garantía jurisdiccional de la Constitución es una nota entitativa del modelo llamado Estado constitucional de derecho, pues permite actualizar el principio de constitucionalidad bajo el cual opera.

En la actualidad, nuestro modelo de Estado enfrenta colosales desafíos. El debilitamiento de la soberanía estatal se manifiesta en diversos frentes. Por un lado, la pérdida de eficacia de los contenidos constitucionales generada por el influjo de la política y la economía ha motivado, en opinión de Ferrajoli, la necesidad de pensar en términos constitucionales pero fuera del marco del Estado-nación. El camino parece ser el de la generación de un constitucionalismo regional o mundial. En esta senda, los sistemas regionales de protección de derechos humanos que establecen un *corpus iuris* en la materia y jurisdicciones transnacionales establecen límites para la actuación estatal, al tiempo que potencian los contenidos sustantivos del Estado constitucional.

Juan Manuel Acuña

ESTADO LAICO

La característica principal de esta forma de organización estatal —indispensable para la existencia de la democracia— se sintetiza en la siguiente idea: separar el Estado de la Iglesia, o el poder político del poder religioso. Se trata de una separación que en los hechos puede adquirir diversas modalidades pero que solo se verifica cuando ambas esferas mantienen una recíproca autonomía. En el plano teórico son útiles algunas tesis de John Locke para entender el sentido de esta emancipación simultánea: es menester “distinguir el interés de la sociedad civil y de la religión y (deben) establecerse las fronteras que separan a la Iglesia y al Estado” porque “si esta separación no se lleva a cabo, es imposible resolver los conflictos entre las personas que desean, o que fingen desear, la salvación del alma y la del Estado”.

La separación es sana para las dos entidades involucradas: el Estado, separado de la Iglesia, cuenta con la autonomía necesaria para fundar sus mandatos en fuentes de legitimidad políticas; la Iglesia, separadas del Estado, siempre que respete los derechos de las personas y las normas de interés público, puede delinear las reglas que moldean las conductas de sus fieles en un ámbito de autonomía. Desde esta perspectiva, el principio de la separación entre el estado (el poder político) y la Iglesia (el poder religioso) es valioso en las dos direcciones y debería ser salvaguardado por ambas instancias. Además, en contextos de pluralidad religiosa —en los que existen diversas religiones y/o iglesias— la separación es condición de no discriminación porque otorga legitimidad a todas las manifestaciones religiosas en igualdad de condiciones, e impone al Estado el deber de velar por su convivencia pacífica. En un Estado laico, entonces, ninguna iglesia o religión debe tener una posición privilegiada ni recibir un trato especial.

Los ejes cardinales del Estado laico pueden, entonces, sintetizarse de la siguiente manera: el Estado no debe discriminar ni privilegiar a ninguna expresión religiosa, sino que debe generar las condiciones de coexistencia pacífica entre todas las religiones e Iglesia; ninguna religión o Iglesia debe recibir un trato privilegiado; ninguna religión o Iglesia debe imponer sus dogmas o normas a la colectividad política (pecado y delito deben distinguirse, decía Beccaria); todas las religiones y la Iglesia deben someterse a las normas constitucionales y legales vigentes; el Estado debe contener las pulsiones hegemónicas de esta o aquella religión o Iglesia en donde las mismas existan.

Pierluigi Chiassoni ofrece una puntualización de estas premisas partiendo de la tesis de que en un Estado laico las asociaciones religiosas deben ser consideradas asociaciones privadas como cualquier otra. Esto se traduce en los siguientes principios propios del Estado laico:

1. Principio de la neutralidad negativa del Estado (principio de no-intervención negativa) que implica que, salvo algunos casos extremos, el Estado no debe prohibir actos de culto, individuales o de grupo, en aras de garantizar la libertad religiosa de las personas; 2. Principio de la neutralidad positiva del Estado (principio de no-intervención positiva) que “impone al Estado omitir cualquier ayuda o subvención, directa o indirecta a favor de las religiones y sus organizaciones”;

3. Principio de la libertad de apostasía que “establece la igual dignidad jurídica del ateísmo”;

4. Principio de neutralidad de las leyes civiles frente a las normas morales religiosas que “impone la separación entre derecho y normas éticas normativas religiosas”.

Teóricamente resulta atinado afirmar que cuando estos cuatro principios se encuentran debidamente garantizados estamos ante un Estado laico en sentido pleno. Un Estado que no prohíbe ni persigue a las religiones (garantizando así el derecho fundamental a la libertad religiosa); que no subvenciona ni ofrece tratos preferenciales a las iglesias (entiéndase: a ninguna de ellas); que respeta, en igualdad de condiciones, a los creyentes de las diferentes religiones y a los no creyentes (agnósticos, ateos, apóstatas, etcétera) y que garantiza la laicidad del derecho, es un Estado laico. Sin embargo, como suele suceder

con todos los modelos teóricos, la distancia entre los principios teóricos y la realidad práctica es inevitable, por lo que existen Estados modernos, constitucionales y más o menos democráticos que no observan todos los principios a cabalidad.

Esto es interesante si miramos, por ejemplo, a los Estados latinoamericanos porque existen importantes diferencias en la manera en que las Constituciones de los países de la región regulan las relaciones entre el Estado y las Iglesias o religiones. El art. 2o. de la Constitución argentina, por ejemplo, señala que “El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico, romano.” Algo similar sucede en Perú, en donde la Constitución fue promulgada “invocando a Dios Todopoderoso”, y también otorga un lugar especial a la religión católica en su art. 50: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Sin embargo, lo cierto es que ambas Constituciones reconocen legitimidad a otras religiones y respetan la libertad de conciencia y religión.

Estas normas contrastan de manera significativa con lo que señala la Constitución mexicana en su art. 40: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...”. Esta disposición debe leerse de manera complementaria con el art. 24 que garantiza la “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”; con el art. 3o. que garantiza la laicidad de la educación pública, y con el art. 130 que establece las reglas y límites que materializan el “principios histórico de la separación del Estado y las iglesias” en México. El arreglo mexicano se encuentra más próximo al colombiano, en donde, según el art. 19 constitucional, “se garantiza la libertad de cultos”; “toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” y “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.” El Tribunal Constitucional de ese país ha ofrecido una clasificación de los Estados en esta materia útil e interesante:

1. Estados confesionales sin tolerancia religiosa son aquellos que establecen una religión oficial, cuyos contenidos son jurídicamente obligatorios. Prohíben o discriminan las religiones diferentes a la oficial, como son los Estados cristianos medievales, las Monarquías absolutas y algunos países musulmanes.

2. Estados confesionales con tolerancia o libertad religiosas, en los cuales existe una religión oficial pero no se rechazan las demás religiones. La existencia de una religión oficial no implica que sus contenidos normativos se vuelvan mandatos jurídicos obligatorios para todos. Existen dos variantes: *a)* las religiones diversas a la oficial son toleradas sin plena libertad de ejercicio, como el Estatuto Albertino Italiano de 1870 establecía que la religión católica era “la única religión del Estado. Los demás cultos ahora existentes son tolerados conforme a las leyes” y *b)* el carácter oficial de una religión coexiste con una plena libertad religiosa y ausencia de discriminación, como en Inglaterra la religión anglicana tiene carácter oficial pero hay plena libertad religiosa. Israel es una nación religiosa tolerante, pues si bien el judaísmo es su religión oficial, en principio se protege la libertad religiosa de todas las confesiones.

3. Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada en los cuales si bien el Estado no necesariamente establece una religión oficial, procura un régimen jurídico que reconozca el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas a las cuales les confiere cierta preeminencia, como ejemplos tenemos los actuales ordenamientos constitucionales en España e Italia, pues aunque hay plena libertad religiosa y no se establece una religión oficial, se reconocen prerrogativas al catolicismo.

4. Estados laicos con plena libertad religiosa. No hay una religión oficial y los sistemas jurídicos no tienen influjo alguno de instituciones propias de alguna confesión. Existe entonces una estricta separación entre la Iglesia y el Estado porque la propia consagración de la normativa constitucional de naturaleza axiológica y principialista establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas. Se reconoce el hecho religioso y se protege la libertad religiosa, pero desde un principio de neutralidad positiva y negativa por parte del Estado, por ejemplo, Estados Unidos, Francia y Turquía.

5. Estados ateos que toleran las prácticas religiosas que no se oponen con las seculares u oficiales, pero no garantizan jurídicamente la libertad religiosa ni la libertad de cultos. Se pueden presentar diversos grados de hostilidad hacia los fenómenos religiosos.

Como puede observarse, solo la modalidad del “Estado laico” reúne los principios teóricos propuestos por Chiassoni, y es el único arreglo que ofrece de manera simultánea: *a)* libertad de conciencia y libertad religiosa; *b)* reconocimiento igualitario a todas las confesiones religiosas; *c)* por lo mismo, garantías de no discriminación por motivos de creencias, y *d)* laicidad del derecho. Se trata del arreglo idóneo para reconocer carta de identidad a la diversidad y a la pluralidad características de nuestras sociedades y para asentar las instituciones que permiten la convivencia pacífica. Por lo mismo, se dice que la laicidad es una condición necesaria —que no suficiente— para la existencia de una verdadera democracia.

Pedro Salazar Ugarte

ESTÁNDAR DE RACIONALIDAD

La expresión estándar de racionalidad significa la existencia de un parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez.

No debe confundirse con el término ponderación, pues mientras que éste se refiere al balance de normas para llegar a una *conclusión correcta*, estándar de racionalidad hace referencia al nivel de deferencia o acatamiento que se utilizará para advertir la validez de una norma. Al utilizar un estándar de racionalidad se asume, *a priori*, una posición con respecto a la constitucionalidad de una norma.

En revisión constitucional existen dos posiciones o metodologías jurídicas extremas: el examen de racionalidad (*rational basis test*) y el escrutinio estricto (*strict scrutiny*). El examen de racionalidad surgió originalmente como un examen de medios-fines, utilizado por primera vez por la Suprema Corte de

los Estados Unidos en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819. No obstante, la actual forma del examen de racionalidad apareció en 1938 en el caso *United States vs. Calonene products CO.*, en el que el examen de racionalidad se separó del escrutinio estricto.

El examen de racionalidad (*rational basis test*) es, en el ámbito constitucional, el más bajo de los tres niveles de escrutinio aplicado por las cortes al considerar asuntos de constitucionalidad, incluyendo el debido proceso y la igual protección garantizados por la Cuarta Enmienda y la Quinta Enmienda. Cuando un tribunal concluye que no está en riesgo una libertad fundamental, se presume que la ley es constitucional, a menos que no pase el examen de racionalidad básica. Bajo este examen, el órgano jurisdiccional confirmará la decisión si está relacionada racionalmente a un propósito legítimo del gobierno. Es decir, la decisión en cuestión está racionalmente ligada a una razón gubernamental legítima que lo justifica. Quien controvierta la constitucionalidad del estatuto tiene la carga de probar que no existe un propósito legítimo, creíble o que la ley no se relaciona con éste. Tal examen o estándar es el más deferencial, o menos riguroso, de revisión en el análisis del debido proceso o de igual protección, y solo necesita un mínimo de escrutinio judicial. Por ejemplo, los tribunales aplican un examen de racionalidad para analizar la constitucionalidad de disposiciones que involucren discriminación por edad, por discapacidad o la regulación del Congreso sobre los extranjeros.

El escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se refiere al nivel más riguroso de revisión legal y constitucional. Con esta metodología, para determinar si una decisión aprueba el examen, ésta se considera inválida a menos que el gobierno pueda demostrar un interés obligado (necesario o ineludible) que le justifique. De pasar este examen es porque el órgano jurisdiccional considera que el gobierno tiene un interés legítimo para tomar o aplicar una decisión, aun cuando se crea que dicha decisión fue creada específicamente para alcanzar los objetivos del gobierno y que existen menos coercitivos para alcanzarlos. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la naturaleza del interés en juego determina el nivel de escrutinio aplicado. Cuando los tribunales emplean el examen de racionalidad, solo las decisiones más atroces —aquellas que no se relacionan racionalmente con el interés legítimo del gobierno— son echadas abajo.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

ESTATALIDAD ABIERTA

El término de “estatalidad abierta”, vinculado al concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), emerge hace cincuenta años, cuando Klaus Vogel lo utiliza para describir la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado. En este sentido, se refiere a la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirmara después Karl-Peter Sommermann. Este concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) tiene como contexto la atribución de una especial connotación a la decisión constitucional a favor de la apertura en

tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos. Más recientemente, **Mattias Wendel** definió a la permeabilidad constitucional como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.

En el ámbito latinoamericano es necesario introducir el concepto del Estado abierto en el sentido de examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración regional bajo una concepción multinivel. Gracias a la democratización, la permeabilidad constitucional fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, así como en las reformas constitucionales. Dicha opción constitucional abarca una doble vía: primera, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos establecidos en el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, segunda, para regular la participación en la integración. Ambos constituyen elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano, en las palabras de Jorge Carpizo.

La estatalidad abierta tiene sus rasgos característicos. Entre ellos cabe destacar que el proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y la internacionalización entendida como humanización. El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos. Es un proceso vinculado a la globalización, signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, a la constitucionalización y a la judicialización. Del mismo modo, el Estado abierto se conecta con la creciente interacción entre el derecho internacional, el derecho supranacional y el derecho constitucional. La Constitución no es la norma suprema única. En la doctrina se emplean distintos términos para describir la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno (acoplamiento por Armin von Bogdandy, trapecio en lugar de pirámide normativa por Flavia Piovesan, coordinación entre sistemas, por César Landa). La premisa válida es la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, de interconexión y de convergencia. Asimismo, el proceso de humanización se vincula con el rango constitucional

que se le asigna a los tratados de derechos humanos, que tienen primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional, mediante las cláusulas de prevalencia, así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto de estatalidad se diferencia de otros. En la doctrina se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío) y más bien limitado al campo de los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción hâberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. Recientemente se sostiene que el neoconstitucionalismo sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales, sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino. Pero la noción de Estado abierto implica la decisión constitucional de permitir que penetren otros órdenes en el orden interno, que no se limita a las cláusulas de apertura, sino que abarca también otras fórmulas de recepción constitucional.

Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo. Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”, “cláusula europea” o *bridging mechanism*.

En América Latina hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno. La noción del Estado abierto tiene un particular potencial e impacto si se le comprende como una condición esencial de la protección internacional y supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. El ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Por tanto, las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado-nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad, y debe recurrirse a nuevas aproximaciones doctrinales. El concepto de estatalidad abierta o Estado abierto adquiere un particular potencial bajo la perspectiva del *ius constitutionale commune*, por cuanto representa uno de sus objetivos. El Estado constitucional contemporáneo solo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente, lo cual implica limitaciones, particularmente en materia de derechos humanos, pero también en el ámbito de la integración económica regional.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA

La idea de establecer una Corte para proteger y hacer vigentes los derechos fundamentales en las Américas surge de la expansión de los medios de tutela nacionales hacia el derecho internacional de protección jurisdiccional subsidiaria y reforzada de los derechos humanos. Es en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) cuando se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en cuyo texto se consideró que la protección de esos derechos “debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. En consecuencia, encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Informe al Consejo Interamericano de Jurisconsultos del 26 de septiembre de 1949, consideró que la “falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia” constituía “un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte”. Que lo aconsejable sería que una Convención que contuviera normas de esta naturaleza precediera al Estatuto, y que el Consejo de Jurisconsultos debería proponer tal solución a la Décima Conferencia Interamericana.

La Décima Conferencia Internacional Americana (Caracas, Venezuela, 1954), en su Resolución XXIX “Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos”, remitió a la Undécima Conferencia la consideración sobre ese asunto para que tomara una decisión con base en los estudios que al respecto hubiera realizado el Consejo de la Organización de Estados Americanos.

La Conferencia encomendó al Consejo que continuara con dicha tarea sobre la base de los proyectos ya existentes y a la luz de sus propias experiencias. La Undécima Conferencia, sin embargo, nunca llegó a celebrarse.

Posteriormente, la Quinta Reunión de Consulta (1959), en la parte primera de la resolución sobre “Derechos Humanos”, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una “Corte Interamericana de los Derechos Humanos” y, al unísono, otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

Como se señaló, el Consejo de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que preveía la creación y funcionamiento de una Corte y una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el que fue sometido a consideración de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y luego enviado al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara. El Consejo recibió la directiva de escuchar previamente a la Comisión de Derechos Humanos y a otros órganos y entidades que estimara conveniente, para enseguida convocar a una Conferencia Especializada Interamericana.

El 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se crea una Corte Interamericana (Capítulo VII de la Parte II). No obstante, tuvieron que pasar cerca de diez años para que quedara formalmente instalada (3 de septiembre de 1979) en esa misma sede. Lo

que aconteció una vez que entró en vigor la Convención Americana (18 de julio de 1978), al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro.

Durante el Noveno periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada en La Paz, Bolivia, en 1979, aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 448) y entró en vigor hasta el 1o. de enero de 1980. Así queda definida la Corte como una “institución judicial autónoma”.

Este instrumento internacional en materia de derechos humanos ha sido publicado en los idiomas castellano, francés, inglés y portugués. Tiene carácter vinculante dentro de un escenario regional (Américas), pues está circunscrito a los miembros de dicha organización. Aunque solo 21 países de los 34 Estados miembros han ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. A través del mismo se regula la composición, funciones, sede, competencia y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este ordenamiento está compuesto por siete capítulos que contienen un total de 32 arts. El primer capítulo, relativo a las disposiciones generales, consta de tres arts. que comprenden la naturaleza y régimen jurídico, competencia y funciones, así como la sede de la Corte. El segundo capítulo corresponde a la composición de la Corte, y abarca de los arts. 4 a 11, referentes a la integración, mandato de los jueces, fecha de la elección de los jueces, candidatos, elección, procedimiento previo, votación, jueces *ad hoc* y juramento.

El tercer capítulo versa sobre la estructura de la Corte (arts. 12-14) y se ocupa de la presidencia, precedencia y secretaría de dicho órgano. Por su parte, el cuarto capítulo desarrolla, en los numerales 15 a 21, los derechos, deberes y responsabilidades, en particular, los temas de inmunidades y privilegios, disponibilidad, emolumentos, incompatibilidades, impedimentos, excusas e inhabilitación, responsabilidades y régimen disciplinario, renunciaciones e incapacidad.

En el capítulo quinto relativo, al funcionamiento de la Corte que comprende los arts. 22 a 26, se determinan las sesiones, quórum, audiencias, deliberaciones y decisiones, reglamento y normas de procedimiento, así como el presupuesto y régimen financiero.

En el sexto capítulo, atinente a las relaciones con Estados y organismos, los arts. 27 a 30 del Estatuto establecen los siguientes temas: relaciones con el país sede, con estados y organismos, relaciones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de cooperación, informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Por último, el capítulo séptimo, relativo a las disposiciones finales, contiene en los arts. 31 y 32 las reformas al Estatuto y la vigencia.

Jorge Meza Pérez

EUTANASIA

Comencemos que el concepto de eutanasia es un neologismo. Se encuentra por primera vez en la historia en la obra de Francis Bacon, titulada: *Historia*

vita et mortis (Serrano Ruiz-Calderón, J. M., *Eutanasia y vida dependiente*). El filósofo inglés la utilizó para referirse al homicidio compasivo, asistido médicamente, de los pacientes que sufrían gravemente. En nuestra lengua, la entrada del vocablo es bastante reciente. Data, según Juan Corominas (*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*), de 1925.

Es bien conocida la etimología griega de este término: *eu*, que significa bueno, y *thanatos*, que significa muerte. Sin embargo, su significado es sumamente equívoco porque se encuentra ideologizado. Para los antiguos, la “buena muerte” por antonomasia era la de Sócrates, quien sacrifica su vida por un bien superior: la verdad. Para los medievales, por otra parte, una muerte digna es la que corona una vida de logros. El medieval no quería morir repentinamente; antes bien, quería ir preparando su muerte en el continuo sacrificio por los ideales, lo que constituía un auténtico *ars mortis* (o arte de morir). Para nuestra cultura, en cambio, la muerte se ha convertido en un tabú, mientras menos se hable de ella, mejor. La reflexión sobre el propio fenecimiento se ha vuelto incómoda. “Así, por ejemplo, y respecto a la conciencia en el momento de la muerte, mientras que el ideal medieval fue la muerte consciente y el horror estaba representado por la muerte súbita, en el presente el ideal es la muerte indolora y, a ser posible, sin enterarse” (Corominas, Juan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*). La mejor muerte para nuestra cultura es la que llega repentinamente y de forma definitiva.

La “buena muerte”, en su acepción contemporánea, tiene que ver mucho con el concepto moderno de libertad. Si el único derecho absoluto es la libre voluntad, entonces, debe existir un derecho a decidir sobre la propia muerte en caso de necesidad. Es decir, la base fundamental de la eutanasia es el poder irrestricto de disponer de la propia vida. De ahí que algunos autores sustituyan el término eutanasia por el de “suicidio asistido” o “suicidio pusilánime”.

La actual utilización del término eutanasia es muy reducida. Es curioso que en ninguna de sus modernas acepciones “se remita a la culminación de la vida, a la imagen que el hombre deja en la memoria de los hombres, o incluso a la coherencia con algún valor libremente asumido” (*EVD*). Todo esto podría verse en la idea de buena muerte clásica, pero difícilmente en una eutanasia del presente.

Es difícil encontrar una definición contemporánea de eutanasia, debido a que se la ha intentado definir desde diversas ciencias, lo que trae como consecuencia un acento en tal o cual aspecto parcial. Analizaremos algunas definiciones que, a nuestro modo de ver, reúnen los elementos necesarios para una definición integral de la eutanasia.

La primera es la que da el profesor Jesús Ballesteros: “muerte provocada de modo activo o pasivo para evitar los sufrimientos del enfermo” (*Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida*). Enrique Sánchez nos dice que eutanasia son “aquellas intervenciones —mediante acciones u omisiones— que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de éste, bien al considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna” (*La eutanasia ante la moral y el derecho*). Ana María Marcos del Cano, por su parte, define la eutanasia como “la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a

quien, sufriendo de una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”. Mencionaremos, por último, la definición de Edmund D. Pellegrino, quien acentúa el lado activo de la eutanasia y la inclusión expresa del personal médico: “la muerte intencional de un paciente por un médico, con el consentimiento del paciente, sin el consentimiento por ser éste imposible, o cuando el consentimiento es posible pero no se solicita” (*Doctor must not kill, The Journal of Clinical Ethics*).

Sergio Cotta, en su artículo *Aborto ed Eutanasia: un confronto*, exige de una definición de eutanasia cuatro condiciones: 1. Que sea decidida voluntariamente por el sujeto; 2. Que sea reclamada de un tercero; 3. Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, y 4. Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antiodoríficas y no curativas (*Dirritto e corporeità*).

Destaca de este bloque de definiciones, por un lado, el carácter voluntario de la eutanasia y, por otro, su carácter de pasiva o activa. En el caso de la voluntariedad, ésta puede ser bien la de la propia persona que sufre o la del un tercero, normalmente un pariente cercano, para el caso de que el propio afectado no pueda ejercerla. Hay, como se ve, una sustitución de la voluntad. De ahí que también se distinga entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. En el caso de la actividad o pasividad del homicidio compasivo se hace referencia a los actos positivos que el personal médico realiza para acarrear la muerte, o las omisiones, causándole igualmente la muerte.

De lo anterior podemos deducir cuatro tipos de eutanasia: la activa voluntaria, la activa involuntaria, la pasiva voluntaria y la pasiva involuntaria.

José Luis Soberanes Fernández

EXCEPCIÓN/CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Cuando en el curso de un proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, duda de la constitucionalidad (o estima inconstitucional de conformidad con el ordenamiento) de una norma aplicable al caso pendiente (y/o de cuya validez dependa la resolución final y/o dependa la definición del proceso) podrá suspender el juicio y proponer la correspondiente excepción/cuestión de inconstitucionalidad a la corte o al tribunal constitucional. Técnicamente, por tanto, el juez *ad quo* individualiza una cuestión prejudicial (de constitucionalidad) que no puede resolver *incidenter tantum*, por lo que se encuentra obligado a la suspensión del procedimiento en espera de la resolución del juez competente, en este caso, de la corte o del tribunal constitucional. Consecuentemente, en primera instancia, la excepción/cuestión de inconstitucionalidad se identifica como una vía de acceso a aquellos órganos de justicia constitucional establecidos *ad hoc*, en contraposición a la vía directa a través del recurso interpuesto por órganos específicamente establecidos por la ley o la Constitución. Mientras estos últimos impugnan una disposición “sobre la carta” (en los Estados Unidos se diría *on its face*), la ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicabilidad de la norma al interior de un proceso ordinario dirigido a la solución de un caso concreto.

Para la doctrina, este sistema representa un verdadero y propio modelo híbrido de control de constitucionalidad, definido como incidental, que vincula el elemento de la concentración del control con el de la difusión de la iniciativa. El *nomen* elegido, no obstante, puede generar desconcierto sobre la clasificación de los ordenamientos. De hecho, el carácter incidental se ha reconocido inicialmente a los sistemas de control difuso, como el estadounidense, en donde el juez es técnicamente competente para resolver la cuestión *incidenter tantum* (Calamandrei). Al interior de esta modalidad se encuentran las experiencias italiana, alemana y española, a las que se han agregado recientemente casi todos los países de Europa del este y muchos de América Latina, hasta acabar con la reforma constitucional francesa de 2008, que ha introducido la cuestión incidental en el contexto de violaciones a los derechos y libertades constitucionales elevadas por la casación y el Consejo de Estado. Empero, la doctrina comparada se muestra crítica respecto a los modelos tradicionales, ya que, de hecho, tiende a descubrir en el funcionamiento real de los sistemas incidentales un elemento distintivo adicional respecto a las diferentes vías de acceso, que no puede caracterizar en sí mismo un modelo autónomo en función de que ningún ordenamiento con control concentrado lo prevé como el único instrumento de acceso al órgano de justicia constitucional.

Silvia Bagni
(traducción de César Astudillo)

EXTRANJERÍA

La delimitación de los derechos y obligaciones de los extranjeros por parte del legislador nacional aparece condicionada por las normas constitucionales y por los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Limitaciones que se suman a las obligaciones que establece el derecho internacional, como las que se encuentran en la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Migrantes Trabajadores y sus Familias. Sería necesario incorporar al análisis el derecho de la Unión Europea y sus interacciones con el Convenio Europeo para completar el marco constitucional de la extranjería en los Estados miembros de esta organización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema de la extranjería en dos opiniones consultivas; la primera, sobre el derecho a la información acerca de la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC 16/99, del 1 de octubre de 1999), y la segunda sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003). En vía contenciosa, podemos destacar la sentencia Vélez Loor contra Panamá, del 23 de noviembre de 2010, en la que se analizan las obligaciones que se derivan del Convenio Americano respecto de la privación de libertad de las personas en situación migratoria irregular. En las reparaciones de esta sentencia se incluyen medidas generales, siguiendo la práctica habitual de la Corte Interamericana. La Corte obliga a

Panamá a disponer de establecimientos no penitenciarios con capacidad suficiente para alojar a las personas que son detenidas por cuestiones migratorias. En la sentencia se recuerda asimismo la obligación del Estado de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales y el deber de los órganos jurisdiccionales de controlar la convencionalidad de las normas internas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una amplia jurisprudencia en materia de extranjería, que va más allá de las disposiciones del Convenio Europeo sobre la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4) y las garantías de procedimiento en caso de expulsión (artículo 1 del Protocolo 7). El Tribunal de Estrasburgo ha deducido del artículo 3 del Convenio (prohibición de tortura) prohibiciones a la expulsión respecto de personas que pueden sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen (pueden citarse como muestra de algunos de los problemas que plantea esta jurisprudencia las sentencias H. L. R. contra Francia, del 29 de abril de 1997, y Saadi contra Italia, del 28 de febrero de 2008), o que padecen una enfermedad grave (sentencia D. contra el Reino Unido, del 2 de mayo de 1997). También ha fijado a partir del artículo 8 del Convenio (vida privada y familiar) límites a la expulsión de quienes tienen fuertes vínculos personales y familiares en el país de acogida (sentencia Boultif contra Suiza, del 2 de agosto de 2001). Asimismo, hay jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) en relación con las condiciones que deben cumplir las privaciones de libertad en el ámbito de la política migratoria (sentencia Chahal contra el Reino Unido, del 15 de noviembre de 1996). El Tribunal Europeo ha aplicado el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) en varios casos relacionados con la extranjería (a título de ejemplo pueden citarse las sentencias Gebremedhin contra Francia, del 26 de abril de 2007, y Hirsi Jamaa contra Italia, del 23 de febrero de 2012). Por el contrario, el Tribunal Europeo ha rechazado, de forma controvertida, la aplicación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) a los procedimientos migratorios (sentencia Maaouia contra Francia, del 5 de octubre de 2000).

En el plano más procesal, puede destacarse que el Tribunal Europeo ha dictado medidas cautelares en relación con el principio de no devolución, ha incluido medidas generales en la parte resolutive de algunas sentencias, señalando al Estado infractor la necesidad de reformas legislativas o cambios en la práctica administrativa (Aquad contra Bulgaria, del 11 de octubre de 2011), y ha comenzado a emplear la técnica de los casos piloto (Kurić y otros contra Eslovenia, del 26 de junio de 2012, en relación con la concesión de permisos de residencia en el contexto de descomposición de la antigua República de Yugoslavia).

Las Constituciones incorporan disposiciones relacionadas con la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de nacionales de otros Estados. En algunos casos son simples referencias puntuales, mientras que otras veces se dedican capítulos o preceptos específicos a los derechos y obligaciones de los extranjeros. Las cláusulas más habituales en las Constituciones latinoamericanas son las relacionadas con el reconocimiento del derecho de asilo, la equiparación con los nacionales en la garantía de algunos

derechos básicos (vida, prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, libertades de pensamiento y expresión, intimidad) y la configuración legislativa del ejercicio de la libertad de circulación y residencia. El desarrollo normativo de las condiciones de entrada, estancia, residencia y salida puede ser objeto de reserva de ley y, en el caso de Estados centralizados, habrá que tener en cuenta las normas de distribución de competencias.

Hay discrepancia entre los textos constitucionales en materia de participación política. En algunas Constituciones se habilita a los extranjeros para ejercer el derecho de sufragio, concretando en algunos casos los requisitos exigibles (cinco años de residencia legal en Ecuador, radicación definitiva en Paraguay, diez años de residencia en Venezuela, residencia habitual de quince años en Uruguay, reciprocidad en la Constitución española) y el tipo de elecciones en el que pueden participar los extranjeros (las Constituciones española y paraguaya limitan, por ejemplo, la participación a las elecciones municipales, mientras que la venezolana lo amplía a las parroquiales y estatales). En otras Constituciones, por el contrario, se establecen cláusulas que prohíben la participación política de los extranjeros (Constituciones de Brasil, México o Nicaragua).

Puede ser preciso acudir a la jurisprudencia para completar el régimen constitucional de la extranjería respecto de cuestiones que no suelen ser expresamente reguladas. Como ejemplo de los temas que las Constituciones no aclaran y sobre los que se han pronunciado algunos tribunales constitucionales o supremos podemos citar los relacionados con los límites en el ejercicio por parte de los extranjeros en situación irregular de algunos derechos (reunión, asociación o sindicación, asistencia jurídica gratuita, educación y asistencia sanitaria) o con las garantías de procedimiento que deben regir la expulsión (presupuestos y límites temporales a la detención y al internamiento, audiencia del interesado en el procedimiento de expulsión —que aparece exigida expresamente en la Constitución mexicana— y sistema de recursos).

Ignacio García Vitoria

F



FACULTAD DE INVESTIGACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La expresión “facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” tiene diversas significaciones. Por un lado, puede entenderse como un mecanismo de control de la constitucionalidad porque vigila que los actos de autoridad se ajusten al texto constitucional; formalmente es judicial ya que los conflictos que se dirimen son resueltos por un órgano calificado para realizarlo, con las características de imparcialidad, objetividad e independencia, es decir, por un órgano judicial y jurisdiccional. De la misma forma, puede entenderse como un procedimiento administrativo porque el resultado no culmina en una resolución judicial, sino en un mero informe con “peso moral especial”. Las resoluciones judiciales forman parte de los actos de los órganos jurisdiccionales y deben diferenciarse de los actos de ejecución y de los actos de administración que resuelven de manera definitiva una controversia, y que pueden ser estimatorios cuando le otorgan la razón al demandante, ya sea un particular o una autoridad, es decir, la pretensión se estima y con ello se validan las peticiones que se solicitan, y desestimatorias o absolutorias, en el supuesto de que se consideren infundadas las pretensiones que hace valer el actor o la autoridad, pero también pueden ser mixtas, en donde se reconocen parcialmente las pretensiones de ambas partes.

En este procedimiento, el desarrollo y la culminación de la investigación no se concluye con una resolución judicial en los términos vertidos, sino que se integra un informe con todas las actuaciones realizadas, pero a manera de recomendación, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este proceso solo se limitaba a pronunciarse sobre la suficiencia de la investigación; determinar si existieron violaciones graves a las garantías individuales; señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones, y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que el ministro o ministros dictaminadores consideraran necesarios.

La facultad investigatoria se estableció como un procedimiento de naturaleza extraordinaria, por virtud del cual se otorgaban competencias a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuyo objetivo era determinar la existencia de una violación “grave” a las garantías individuales o al voto público, entendido este último como un verdadero derecho fundamental y no con aquella imprecisión que la propia historia constitucional otorgaba al concepto de “garantías individuales” al entender que su referencia correspondía a los derechos humanos, en su caso, derechos fundamentales.

El antecedente más remoto de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia se registró el 24 de junio de 1879, cuando algunos marinos del barco *Libertad* se sublevaron en Veracruz contra el gobierno de la República. Luis Mier y Terán, entonces gobernador de la entidad y teniendo conocimiento de dicho pronunciamiento, avisó a Porfirio Díaz, quien era presidente de la República, para informarle lo sucedido, y en respuesta recibió la orden de matar a los insurrectos. El gobernador comenzó las ejecuciones la madrugada del 25 de junio; ante esto, el juez de distrito local, Rafael de Zayas Enríquez, se trasladó a las instalaciones del Batallón 23, donde encontró que nueve de los doce detenidos ya habían sido fusilados. Después de aquel acontecimiento, el

juez declaró que los restantes se encontrarían bajo la protección y amparo de la justicia federal.

Los anteriores acontecimientos generaron un escándalo público, y con ello la posibilidad de que sin que mediara procedimiento alguno se generaría un procedimiento extraordinario que permitiera la protección por parte de la justicia federal de las personas que hubieran sufrido alguna violación grave a sus derechos humanos.

La facultad de investigación se incluyó en el texto constitucional de 1917 y, a decir de diversos especialistas en la materia, de manera imprevista, fue presentado por Carranza el proyecto constitucional. A través de dicho procedimiento se otorgaban atribuciones indagatorias, destinadas a garantizar no solo la vigencia eficaz de los derechos fundamentales del gobernado en general, sino además los derechos político-electorales de los ciudadanos en particular, con lo cual se garantizaba el Estado de derecho, pues contemplaba la posibilidad de su procedencia por violaciones graves a los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados por una autoridad, en este procedimiento, se contemplaba una investigación documental que, a la postre, llegaría a producir “una opinión autorizada con un peso moral especial”, por tratarse de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien emitía dicho dictamen, aunque carecía de algún tipo de coerción.

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez la facultad de investigación, señalando que la Suprema Corte podía nombrar a alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera al Ejecutivo Federal, o alguna de las cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.

En 1977 se eliminó del texto constitucional lo referente a la violación del voto público y se creó uno especial para regularlo, es decir, la reforma de ese año dividió el artículo en dos partes, para formar dos párrafos, el segundo y el tercero; estableciendo de manera inmediata violaciones a las garantías individuales, en el segundo y cambiando de lugar su intervención respecto a la violación del voto público, que se incluyó en el tercer párrafo, indicando que la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyeran la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se tendrían que hacer llegar oportunamente a los órganos competentes. En virtud de la evolución jurídica y política de la materia electoral y con la creación del Tribunal Electoral como un órgano especializado e independiente y su inclusión al Poder Judicial de la Federación, hoy los asuntos de esta naturaleza son resueltos por un órgano cualificado para ello, como única y última instancia.

La facultad de investigación permitía que los comisionados que realizaban dicha actividad fueran nombrados por el Pleno de la Corte en un procedimiento que tenía eficacia inmediata, por lo que la Suprema Corte estimó que no existía la necesidad de que se detallara en una ley o reglamento y, en ausencia de disposición normativa emitida por el órgano legislativo, expidió un acuerdo que indicaba cuál sería el procedimiento para la tramitación de los asuntos sometidos a su competencia.

Este procedimiento no tiene carácter jurisdiccional, ya que toda investigación se limitaba exclusivamente a los hechos consumados determinados por el Pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación. Las investigaciones podrían durar hasta seis meses, correspondiendo al Pleno decidir si dicho plazo podría ser ampliado cuando la investigación así lo requiriera, asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran. Dentro de los quince días siguientes a la designación de la Comisión investigadora, ésta debía elaborar el protocolo de investigación, y lo haría del conocimiento del Pleno, el cual tenía las facultades de modificarlo en cualquier momento.

El ejercicio de la atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar este tipo de violaciones solo podía originarse en dos supuestos: *a)* por solicitud del presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado y *b)* cuando la Suprema Corte lo juzgara conveniente. La distinción con los sujetos anteriores, que pueden solicitar su ejercicio, radica principalmente en que al surtir la primera hipótesis, la actuación es obligatoria, mientras que en el segundo supuesto constituía una facultad discrecional.

En noviembre de 2007, después diversas críticas a la disposición contemplada en el art. 97 constitucional correspondiente a las violaciones graves del voto público, se suprimió el párrafo tercero, dejando sin esa facultad a la Corte. En 2011, con la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio, la facultad que aún se contemplaba por violaciones graves a los derechos humanos, y con la finalidad de fortalecer el sistema de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dejando sin esta atribución al tribunal constitucional.

Fabiola Martínez Ramírez

FEDERALISMO

El tema del federalismo, como una forma que puede adoptar el Estado, ha sido objeto de incontables estudios. Desde los bien conocidos documentos de *El Federalista*, escritos por Hamilton, Madison y Jay, hasta la fecha se ha producido gran cantidad de trabajos que, desde diversas perspectivas y teniendo en mente distintos objetivos, han tratado de dar luz acerca de la naturaleza y el funcionamiento de dicha forma estatal, bajo la cual viven en la actualidad por lo menos 25 países.

Sin embargo, a pesar de la abundancia de los trabajos sobre este tema, no existe en la literatura una definición de federalismo que a todos satisfaga

y que a la experiencia de todos los sistemas federales corresponda. Algunas definiciones, por ejemplo, se han desarrollado en un terreno estrictamente institucional. Tal sería el caso de la definición de K. C. Wheare, para quien hablar de una Federación significa aludir a un tipo de organización política en el cual dos niveles de gobierno, el federal y el regional, son independientes uno del otro pero operan de manera coordinada. En esa misma perspectiva podríamos ubicar a Preston King, para quien una Federación es un Estado soberano que se distingue de otros Estados por el solo hecho de que su gobierno central incorpora, a nivel constitucional, a unidades regionales dentro de su proceso de toma de decisiones. Por su parte, Carl Friedrich estima que solamente es posible hablar de federalismo cuando un conjunto de agrupaciones políticas coexisten e interactúan como entidades autónomas, unidas en un orden común que también tiene su propia autonomía.

Otros autores, como W. S. Livingston, han intentado enfatizar la base social o material del federalismo como una variable básica de la que depende cierto tipo de estructura institucional. Así, para este autor, “la esencia del federalismo” se encuentra no en la estructura institucional o constitucional, sino en la sociedad misma. Una organización de tipo federal es un instrumento por medio del cual las cualidades federales de una sociedad son articuladas y protegidas. A su vez —según King— una sociedad tiene la calidad de federal cuando la diversidad (económica, religiosa, racial, histórica) de la población están agrupadas territorialmente.

No pretendemos en este comentario resolver la cuestión relativa a la definición de lo que es el federalismo. Los problemas semánticos de tal definición, que por lo demás son bastante comunes en la definición de los conceptos básicos de las ciencias sociales, ya han sido ampliamente expuestos por King. Sin embargo, podemos intentar construir un concepto de federalismo que nos permita apreciar una lógica común, compartida por ciertos Estados, que a la vez sirva para distinguirlos de otras formas de organización política.

Para delimitar el concepto de federalismo, en primer lugar, hemos de decir que no vamos a aludir a una connotación ideológica o filosófica, es decir, como una serie de principios cuya adopción se recomienda y prescribe como la forma ideal de organizar políticamente a una sociedad. Tampoco hemos de adoptar una noción sociológica de federalismo que, como la de Livingston, ponga el acento en la diversidad social como la variable independiente. Al desechar estas dos perspectivas no queremos negar su importancia para explicar el surgimiento, el funcionamiento y la conservación de un Estado federal.

En cambio, en el presente comentario nos limitamos a afirmar que, desde una perspectiva político-institucional y como forma que puede adoptar un Estado, el federalismo se puede caracterizar a través de las siguientes notas:

- a) La existencia de órganos de poder federales (o centrales) y órganos de poder locales (o regionales) con autonomía garantizada por la Constitución.
- b) La división constitucional de competencias entre los órganos centrales y los órganos locales.

c) La existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.

José Ma. Serna de la Garza

FUEROS ARAGONESES

El derecho de la Alta Edad Media en los reinos de la Península ibérica fue recogido parcialmente en textos que reciben la genérica denominación de *Fueros*. La palabra romance “fuero” deriva de latín *forum*, que significa foro y hace referencia al compilado de normas que implican privilegios y exenciones otorgados a una población, mismos que representan, en general, mayor beneficio respecto de otras localidades o respecto de las leyes generales del reino, y tienen su origen en la costumbre o en las decisiones judiciales. Regularmente dichas exenciones son de naturaleza fiscal o militar, y los privilegios se relacionan con condiciones de autogobierno, condición privada de los vecinos o con privilegios para regular la materia criminal y procesal. Los fueros aragoneses reflejan esencialmente una garantía de libertad de la población frente a la autoridad regia, y son fruto de la actividad que en conjunto realizaron el rey y los estamentos representados en las Cortes.

Desde el punto de vista del desarrollo del ordenamiento foral en la península, podemos hablar de tres etapas, es decir, la *formación* de fueros “breves” (siglos X y XII); la *difusión* de fueros que da lugar al fenómeno de las “familias de fueros”, periodo que, a su vez, marca la etapa de plenitud del ordenamiento foral (siglos XI y XII), y finalmente el fenómeno de *recolección* por escrito de los fueros (aunque existen algunos fueros breves escritos), dando espacio a los llamados “fueros extensos” (siglo XIII), que se distinguen de los breves no solo por la extensión, sino porque intentan agotar toda la problemática jurídica de una localidad al regular no solo las cuestiones de gobierno y administración de la localidad, sino también de todas aquéllas relativas al derecho privado, criminal y procesal.

Desde el punto de vista de los contenidos esenciales de los fueros en el derecho alto medieval aragonés (siguiendo la propuesta del historiador del derecho español Sánchez-Arcilla Bernal) se pueden clasificar en los *fueros nobiliarios* (Fueros de Sobrarbe y Buenos Fueros de los infanzones de Aragón), los *fueros burgueses* (como el Fuero de Jaca de 1603 o 1604, que es uno de los más emblemáticos y trascendentes fueros del reino de Aragón, y que será base importante de los Fueros de Aragón de 1247), y los *fueros de frontera* (Fuero de Zaragoza).

Atendiendo a los grandes fenómenos históricos, podemos relacionar los fueros, por una parte, con la *reconquista* (expulsión de los musulmanes de los reinos peninsulares), pues tras ella, y con la respectiva misión de *repoblación* de los territorios recuperados, los fueros concedidos a la población que habría de habitar esos territorios (junto con las Cartas de población) se convirtieron en uno de los principales instrumentos normativos de la época. Por otra parte, la historia de los fueros guarda estrecha relación con el fenómeno histórico-jurídico de la *recepción del derecho romano justiniano*, que de fondo implicaba la necesidad

de evitar la dispersión del derecho y con ello facilitar la labor jurisdiccional. En esta última etapa es donde ubicamos a los Fueros de Aragón, conocidos también como Código de Huesca o Compilación de Huesca, por ser promulgados solemnemente en una curia celebrada en Huesca el 6 de enero de 1247.

Dichos Fueros de Aragón de 1247 son el resultado de la labor recopiladora y de sistematización desarrollada por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas, por encomienda de Jaime I, esto con la intención de terminar con el grado de inseguridad jurídica que había provocado la labor de los prácticos del derecho que, desde inicios de siglo XIII, habían realizado sus prácticas con base en colecciones privadas que contenían ese derecho foral aragonés dispersos de los siglos anteriores y sobre las que se hacían interpretaciones conforme a las necesidades de la época. Debido a este problema de seguridad jurídica se solicitó la intervención del rey para que se procediera a ordenar en texto oficial el derecho del reino, dejando sin valor oficial al resto de las colecciones privadas una vez promulgados dichos Fueros de Aragón. Aunque no hay unanimidad entre los historiadores del derecho español a la hora de reconocer la autoría de dichos fueros, no se niega como trascendente la labor de Vidal de Canellas al proyectar el fuero a la luz de formación romanista para la práctica, como queda demostrado en la obra que el obispo redactó como complemento y aclaración de los Fueros de Aragón, conocida como *Vidal Mayor*, facilitando con ello la penetración, indirecta, del *ius commune* en Aragón (de ahí deriva la idea de acudir al sentido natural o la equidad para resolver los pleitos en caso de que en el derecho recogido no se encontrara respuesta). Sobre esta obra tampoco existe unanimidad doctrinal a la hora de reconocer el grado de reconocimiento oficial que ha tenido.

Los Fueros de Aragón se redactaron originalmente en latín y fueron organizados en ocho tomos que abarcan principalmente temas de derecho privado, penal y procesal, tomando como modelo para su estructura una *summa* del Código de Justiniano. Sin embargo, tras su promulgación, se fueron agregando nuevos libros que contenían “fueros” derivados de la actividad conjunta del rey y del reino reunidos en Cortes (de ahí la característica de “paccionados”), de esta forma se incrementó hasta 12 tomos.

Esa actividad conjunta (del rey y los estamentos) pronto se identificó como una pugna que derivó en grandes limitaciones impuestas al poder regio. En ello jugó un papel fundamental la figura del “Justicia Mayor”, una institución en principio creada para resolver los pleitos entre el rey y los nobles o entre éstos, era un juez privativo, nobiliario. Su naturaleza cambió con las Cortes de Zaragoza de 1283 al comenzar a conocer de los pleitos de los habitantes de las ciudades, representando los intereses del reino contra los abusos de la Monarquía. Su fuerza radicaba en su independencia judicial, la cual estaba basada en su inamovilidad. Por otra parte (como señala, entre otros, el historiador del derecho español, Gacto Fernández), ejercía “la función de juez de contrafueros, con facultades para juzgar los agravios al derecho tradicional aragonés del que era su más potente instrumento defensivo”. El trabajo de reflexión y argumentación del Justicia Mayor o de sus lugartenientes para aclarar el sentido real de los fueros se refleja en las llamadas *Observancias*, las que se han considerado trascendentes no solo por la misión de protección fo-

ral, sino porque a través de ellas se completa el derecho tradicional (contenido en los fueros) con el derecho común, lo que constituye, en opinión de muchos historiadores, otra manera indirecta de romanizar el derecho aragonés, concluyendo (como señala Sánchez-Arcilla Bernal) que “a partir del siglo XV la vida jurídica aragonesa se puede decir que se encuentra totalmente romanizada”. Este control ejercido por el Justicia Mayor fue eficaz hasta finales del siglo XVI en que dicha institución quedó bajo el control del rey (Felipe II), quien adquiere el derecho de nombrar al titular de dicha función. En el siglo XVIII fue suprimida esta institución por Felipe V, sin embargo, se recupera en 1982, estando vigente hasta nuestros días a través del Estatuto de Autonomía de Aragón y reconocida por la propia Constitución Española de 1978.

En este contexto, los Fueros Aragoneses contienen un derecho que, de alguna manera, es un símbolo de identidad de la comunidad aragonesa desde la Alta Edad Media hasta nuestros días, pues en la actualidad el derecho civil aragonés mantiene raíces en los Fueros, lo cual implica una continuidad histórica, avalada no solo por la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, promulgada en 1967, sino por la propia Constitución Española de 1978, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios federales.

*Amelia Gascón Cervantes
María Dolores Madrid Cruz*

FUNDAMENTACIÓN DEFINITORIA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación definitoria” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen” (véase fundamentación empírica). Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación empírica y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal.

La fundamentación definitoria se basa en el concepto de “juego de lenguaje” desarrollado por Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* (1953).

La influencia de este concepto wittgensteiniano en el pensamiento de Alexy es de gran trascendencia, lo que reconoce expresamente el autor en un epígrafe dedicado al tema en su *Teoría de la argumentación jurídica* (1983).

Con respecto a este concepto cabe decir que para (el segundo) Wittgenstein, el significado de una proposición es determinado por su uso dentro de cierto contexto, el cual es un reflejo de la forma de vida de los hablantes, es decir, de la manera en que se representan el mundo. A estos contextos, que constituyen una praxis vital común, es a lo que este filósofo se refiere con la expresión “juego de lenguaje”.

Los juegos de lenguaje son múltiples y no existe entre ellos una propiedad o conjunto de propiedades comunes que los caracterice, sino que más bien están relacionados como por “un aire de familia”. Algunos ejemplos de esta diversidad de juegos, citados por el propio Alexy, son: “ordenar y actuar según ordenes”, “describir un objeto”, “relatar un suceso”, etcétera.

Una propiedad relevante del concepto de juego de lenguaje es que no se restringe a los intercambios meramente lingüísticos o proposicionales, sino

que se refiere a la totalidad de las actividades realizadas por los hablantes al momento de participar en el juego. Es decir, que hablar y actuar están estrechamente unidos.

Del hecho de que los juegos de lenguaje estén guiados por reglas no se sigue que dichas reglas determinen todo lo que puede ocurrir durante la actividad que tiene lugar durante el juego. Siempre hay espacios que deben llenar los jugadores durante el juego mismo. Por ejemplo, cuando una norma jurídica autoriza a la policía a irrumpir en un sitio donde podría estarse cometiendo un crimen no indica la fuerza con la que se deberá golpear la puerta para derribarla. En algún sentido, el juego se juega respetando las reglas, pero también haciendo camino al andar.

Para que cierto tipo de reglas y las razones que con base en ellas se puedan esgrimir tengan sentido es necesario considerarlas dentro del contexto natural al que pertenecen. Descontextualizar una regla es privarla de su sentido.

En conexión directa con el concepto de juego se encuentra el concepto de regla, y aquí, al igual que sucede con los juegos de lenguaje, no es posible encontrar un rasgo común y necesario que defina a todas las reglas, sino también una relación “de aire de un familia”. Por ejemplo, entre las reglas de la sintaxis, las reglas del ajedrez, las reglas de la política y las reglas jurídicas.

Del concepto de juego de lenguaje, Alexy destaca cuatro puntos fundamentales para su teoría del discurso práctico racional, del cual la argumentación jurídica es un caso:

1. El uso descriptivo característico de las ciencias no es el único juego de lenguaje posible, lo que excluye que para considerar racional al lenguaje normativo deba reducirse a lenguaje descriptivo. En este sentido, ambos juegos tienen el mismo nivel de importancia.

2. La lógica de los juegos del lenguaje solo puede ser comprendida si al lado de la dimensión estrictamente lingüística se considera a la totalidad de las actividades que despliegan los hablantes durante el juego (por ejemplo, la comunicación no verbal), es decir, concibe que el juego es una acción comunicativa a la manera de Habermas.

3. En tanto juegos del lenguaje, tanto el discurso moral como el jurídico son guiados por reglas.

4. Las representaciones del mundo y formas de vida en que se basan los juegos de lenguaje no son fundamentables, ni criticables, simplemente son.

Según Alexy, lo único importante en la fundamentación definitoria es que la presentación explícita de las reglas que definen al juego sea la motivación para las decisiones tomadas por parte de “los jugadores”. Esta propiedad hace que no sea excluyente de los demás modos de fundamentación, como sucede, por ejemplo, con la fundamentación empírica que implica que el juego sea efectivamente jugado en los hechos.

Con respecto a las debilidades de la fundamentación definitoria, señala Alexy, podría criticarse su estatus de fundamentación, toda vez que no implica aducir razones en favor del juego de lenguaje, sino que simplemente se limita a explicarlo y presentarlo. En este sentido, pareciera que encierra cierto grado de arbitrariedad, lo cual es opuesto a la razón.

Sin embargo, y en defensa de este modo de fundamentación, Alexy señala que el hecho de presentar de manera completa y explícita al sistema de reglas que caracteriza a un juego de lenguaje constituye una base para la decisión acerca de si seguir el juego o no.

Por otra parte, la fundamentación definatoria tiene la ventaja de hacer posible la construcción de sistemas de reglas totalmente nuevos, propiedad fundamental del juego de lenguaje que es el derecho.

Como sucede con los demás modos de fundamentación dirigidos a evitar el trilema de Münchhausen, la fundamentación definatoria es parte de los elementos constitutivos de la teoría del discurso racional que sirve de base para la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

Enrique Cáceres Nieto

FUNDAMENTACIÓN EMPÍRICA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación empírica” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen”. Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación definatoria y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal:

El contexto problemático y teórico en que se expone dicho concepto es el siguiente:

Inspirado en las teorías de ética analítica de Hare, Toulmin, Baier, así como en la teoría de la deliberación de la escuela de *Erlangen*, la teoría de la argumentación de Perelman, pero sobre todo en la teoría consensual de la verdad de Habermas, Alexy desarrolla una teoría de la argumentación jurídica como un caso del discurso práctico general, es decir, del discurso moral.

Junto con Habermas suscribe la tesis de que al igual que los problemas teóricos, los problemas prácticos (los problemas morales) también pueden decidirse de manera racional. Sin embargo, para que ello sea posible es necesario contar con un criterio de validez diferente al del discurso teórico. Mientras que para éste es la verdad, el criterio de validez de la razón práctica es el de corrección: todo argumento práctico se esgrime con la pretensión de ser correcto.

Inspirado en el concepto de acción comunicativa de Habermas, Alexy conceptualiza a la “argumentación” no como un sistema de proposiciones lingüísticas, sino como a un proceso de interacción comunicativa entre entes racionales.

Una propiedad esencial de la argumentación entendida como proceso racional estriba en la necesidad de la fundamentación de sus proposiciones normativas, entendiendo por tales a aquellas que expresan juicios de valor o de deber tales como: “A ha obrado mal”.

Inspirado en Hare y Toulmin, Alexy considera que quien aduce a favor de una proposición normativa N (“A ha actuado mal”), una razón G (por ejemplo, “A ha insultado a B”), presupone una regla R (por ejemplo, “es malo atentar contra la dignidad de los demás”), de la que, conjuntamente con G, se infiere lógicamente N. En esta caso, N queda fundamentada en G y R.

Sin embargo, una de las propiedades del discurso racional es que ninguna fundamentación tiene garantías absolutas y siempre está abierta a debate, lo que significa que cualquier fundamentación puede ser objetada.

Cuando una fundamentación es objetada, quien desee defender su argumento original se verá obligado a presentar una fundamentación de segundo nivel con respecto a la primera fundamentación. En congruencia con lo dicho, esta segunda fundamentación también podrá ser objetada, lo que implicará la necesidad de una nueva fundamentación, y así sucesivamente. Esta situación parece llevar a un indeseable callejón sin salida en el que: *a)* se cae en un regreso al infinito; *b)* hay que abandonar la fundamentación para adoptar una decisión sin fundamento, o *c)* se incurre en una circularidad. A este aparente callejón sin salida es a lo que Alexy, citando a Albert, se refiere como el “trilema de Münchhausen”.

Para Alexy, la aparente paradoja que el trilema implica puede evitarse si se encuentran reglas del discurso, es decir, reglas que, a diferencia de la lógica, no se dirijan únicamente a las proposiciones lingüísticas, sino a reglas sobre la actividad de fundamentación, es decir, sobre el comportamiento de los hablantes. Según este autor, para la posibilidad de encontrar dichas reglas se ofrecen cuatro vías: 1. Considerar a las reglas del discurso como reglas técnicas, es decir, orientadas a fines; 2. Como reglas que definen un juego de lenguaje; 3. Como reglas de fundamentación pragmático-trascendental que determinan las condiciones de posibilidad de la comunicación lingüística y, finalmente, 4. Como reglas de fundamentación empírica.

Cada una de estas vías presenta diferentes inconvenientes y ventajas que finalmente Alexy termina integrando en una versión de fundamentación pragmático-trascendental.

La fundamentación empírica consiste en considerar a las reglas del discurso como aquellas que efectivamente se siguen en los hechos por parte de una comunidad lingüística, como consecuencia de seguir convicciones normativas realmente existentes.

El problema de esta vía es que del hecho de que en una determinada comunidad se sigan ciertas prácticas lingüísticas, no significa necesariamente que dichas prácticas sean racionales.

Por otra parte, en favor de esta vía se encuentra la presunción de una mínima racionalidad de las prácticas comunicativas por el hecho de haber persistido en la comunidad. Por otra parte, el análisis empírico de dichas prácticas puede revelar contradicciones e incompatibilidades entre las convenciones normativas que las soportan, lo que puede llevar a que ciertas prácticas sean abandonadas después de un ejercicio de fundamentación que las haga ver como irracionales.

En este sentido, dice Alexy, una fundamentación empírica es siempre provisional y depende de las correcciones que tengan lugar mediante otros modos de fundamentación dentro de la propia comunidad.

Enrique Cáceres Nieto



G

GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica significa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige un Estado, la cual debe contener normas que tengan permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

I. *Elementos.* a) La certeza jurídica: significa la existencia de un conocimiento seguro, claro y evidente de las normas jurídicas existentes; b) la eficacia del derecho: significa que las normas jurídicas tengan la capacidad de producir un buen efecto, y c) la ausencia de arbitrariedad: significa que al aplicar las normas jurídicas prevalezca la justicia.

II. *La seguridad jurídica como principio, como valor y como derecho fundamental.* a) Como principio. Es un derecho universalmente reconocido y que se entiende como certeza práctica del derecho; b) como valor. Es un valor ético, desde dos vertientes, vinculados al valor de la justicia y al valor de la dignidad personal, y c) como derecho fundamental. Si bien la seguridad jurídica no es un derecho fundamental, tiene la calidad de derecho humano y, en cada país, de derecho constitucional.

III. *Titulares activos del derecho a la seguridad jurídica.* a) Los ciudadanos. En la realidad, los ciudadanos son los más inseguros, dada la inestabilidad jurídica (normas promulgadas por sorpresa y en función de la conveniencia de grupos de interés, de presión y de poder). Por consiguiente, los ciudadanos son los primeros titulares del derecho en exigir la seguridad jurídica, ya sea en forma individual o en forma colectiva, haciendo para ello uso del derecho de petición, libertad de expresión y opinión, o de los derechos de reunión, manifestación y de protesta; b) los partidos políticos. Si en un país existen verdaderos partidos políticos, éstos garantizan un adecuado funcionamiento de la democracia, por consiguiente, garantizar no solamente su existencia sino también su participación política. Lastimosamente, en el caso de Perú y algunos países sudamericanos, actualmente no existen verdaderos partidos, sino simplemente agrupaciones y alianzas electoreras, y c) las organizaciones de la sociedad civil. En la llamada sociedad civil se ubican las organizaciones sindicales, universidades, colegios profesionales, ONG, etcétera. Ellas requieren, de seguridad jurídica en el caso de sus actuaciones, reclamos, etcétera.

IV. *Quiénes deben dar seguridad jurídica.* Están obligados a dar seguridad jurídica: a) el Poder Legislativo. Este organismo llamado al realizar su función legisferante debe garantizar que las normas legales que elabore y apruebe sean con pleno respeto de las normas constitucionales. Lastimosamente esto no ocurre en el Perú, entre otras razones, porque desde hace veinte años viene funcionando un sistema unicameral. El Poder Legislativo tiene también la obligación de dar seguridad jurídica en su tarea de fiscalización de los otros poderes y demás órganos del Estado; b) el Poder Ejecutivo. Está obligado a dar seguridad jurídica, tanto al momento de promulgar las leyes provenientes del Legislativo, así como en su tarea legislativa de expedir decretos legislativos y decretos de urgencia, y c) el Poder Judicial, al realizar su labor jurisdiccional, en las diferentes especialidades y en todas sus instancias, al administrar justicia, debe aplicar correctamente las normas y valorar adecuadamente las pruebas ofrecidas por las partes litigantes. Por cierto que no solamente se le

puede exigir seguridad jurídica a los órganos centrales del Estado y a los órganos descentralizados (gobiernos regionales y municipales), sino también a los denominados órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Jurado Electoral, etcétera).

V. *La seguridad jurídica en el derecho comparado*. Es sabido que la mayor parte de las Constituciones europeas tienen consignado en sus normas constitucionales la garantía de la seguridad jurídica, pero en particular debemos señalar el caso de España, que en su art. 9o., inciso 3, establece como un derecho específico la seguridad jurídica. Y en el caso de Suecia, en la teoría y en la práctica, funciona el siguiente lema: “Aquí la ley se cumple y se la respeta”.

Nuestra necesaria reflexión es la siguiente: la seguridad jurídica es la base para la seguridad democrática.

VI. La seguridad democrática. Como todo tipo de seguridad, debemos entender que la seguridad jurídica implica riesgos especiales y de mayor nivel que cualquier otro tipo de seguridad.

a) Elementos de la seguridad democrática. Los podemos extraer de los primeros arts. de la Carta Democrática Interamericana que fue suscrita el 11 de setiembre de 2001 en Lima, y contiene los siguientes principios:

— Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

— La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los países de América.

— El ejercicio efectivo de la democracia representativa es base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales.

— Se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética responsable de la ciudadanía.

b) Titulares del derecho a la seguridad democrática. Son los siguientes:

1. La región interamericana.
2. Los Estados.
3. Las regiones nacionales, los Estados federados, las provincias y los pueblos.
4. Los partidos y organizaciones políticas de oposición.
5. Las organizaciones sindicales.
6. Las etnias y las comunidades campesinas.
7. La ciudadanía.

Victor Julio Ortecho Villena

GARANTÍAS PROCESALES ELECTORALES

Todos los procesos de control constitucional deben de cubrir diversos requisitos indispensables que constituyen formalidades esenciales, de tal manera que den protección a los intereses adjetivos de las partes. En sentido estricto, se considera que solo los procesos jurisdiccionales forman parte del derecho procesal electoral, sin embargo, no podemos soslayar los procedimientos formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales, donde conoce de las mismas la autoridad administrativa electoral y no la jurisdiccional.

En materia electoral se distinguen las garantías constitucionales electorales referidas a los derechos sustantivos y las relativas a los derechos procesales. Las Constituciones, de forma general, regulan como derechos sustantivos: las diversas modalidades y características del voto o sufragio; las formas de participación directa o semidirecta; los derechos y deberes políticos; el régimen de los partidos políticos, incluido su financiamiento; así como los requisitos y modalidades para ejercer los cargos públicos.

El estudio de los medios de impugnación es analizado en una disciplina que se ha dado en llamar derecho procesal electoral, que cada vez adquiere mayor autonomía respecto del derecho sustantivo. Asimismo, es de advertir que cada vez aumenta la tendencia hacia la judicialización de las controversias electorales, por ello es relevante el análisis de los elementos mínimos para garantizar un acceso a la justicia electoral y a la tutela judicial efectiva.

Dentro de las garantías procesales electorales encontramos la regulación de las diferentes formas para impugnar o inconformarse con diversos actos vinculados con la materia electoral, dentro de los cuales se podrían considerar, como requisitos mínimos, los siguientes:

1. La existencia de un medio de impugnación para resolver una controversia en materia electoral, bien sea relacionado con el desarrollo de un proceso electoral o con los derechos políticos de un sujeto que se considere afectado. La existencia de medios eficaces de garantía de los derechos constitucionales vinculados a la materia electoral, que incluso algunos forman parte de los derechos humanos. Parte de la premisa de que todo acto es impugnabile salvo cuando la misma ley expresamente refiera lo contrario, lo cual, esto último, siempre será la excepción.

2. Publicidad del proceso. Este requisito consiste en que las partes, así como los terceros interesados, puedan tener acceso a las actuaciones judiciales para procurar una mejor defensa de sus derechos. Cada una de las actuaciones en el proceso son hechas no solo del conocimiento de las partes que intervienen, sino del público en general, se enlistan y fijan en los correspondientes estrados del acceso al público.

3. Celeridad en el proceso, es decir, que éste se lleve a cabo sin dilaciones. Dada la naturaleza de la materia electoral, y atendiendo a que los procesos electorales tienen fechas establecidas, es necesario que exista una celeridad en la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse. Asimismo, antes de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales o antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, por lo que los plazos para resolver son fatales sin dilación alguna y sin que exista suspensión de alguna naturaleza.

4. El proceso se inicia a instancia de parte. El juzgador en materia electoral, aun frente a una ley, acto o resolución flagrantemente inconstitucional, nunca podrá oficiosamente pronunciarse. Para que se inicie la función jurisdiccional forzosamente debe existir el ejercicio de la correspondiente acción, a cargo de los sujetos legitimados por la misma Constitución y las leyes secundarias aplicables. Es importante prever en la legislación quiénes son los sujetos legitimados para promover los distintos medios de impugnación, ya sean los

ciudadanos cumpliendo determinados requisitos, los partidos y otras organizaciones políticas, candidatos.

5. Derecho a presentar pruebas y a la valoración de las mismas. Determinar los medios de prueba que pueden ofrecer las partes y, en su caso, la facultad del respectivo órgano electoral para ordenar la diligenciación de pruebas para mejor proveer los sistemas de valoración de pruebas, ya se trate del libre, tasado o mixto,

6. Garantía de audiencia. En materia electoral no puede pasar inadvertida esta garantía constitucional, plasmada en la mayoría de las Constituciones de los países para garantizar la defensa adecuada, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga *se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento*. Esta garantía incluye el derecho a conciliarse en temas que así lo permitan y no afecten el interés público, por lo que la justicia alternativa electoral (mediación, conciliación y arbitraje) debe estar presente en todo momento dentro o fuera (previo) del procedimiento contencioso.

En otras palabras, es la protección constitucional con que cuentan las partes para ser oídos y expresar o hacer valer sus razones, ya sea de manera verbal o por escrito.

7. La existencia de un tercero imparcial e independiente, establecido con anterioridad a la controversia que resuelva la misma, ya se trate de un órgano de control de naturaleza jurisdiccional, administrativa o política, o mixto.

8. La definición de la suplencia en la deficiencia de la queja o en la argumentación del respectivo medio de impugnación, cuando se trate de determinados supuestos, por ejemplo, de grupos vulnerables, por cuestiones de género, por tratarse de derechos ciudadanos, derechos comunitarios, etcétera.

9. Derecho a una resolución en plenitud de jurisdicción, implica la definición final y ulterior de una posible cadena impugnativa con la que concluya la controversia en forma definitiva y firme sin reenvío para efectos.

10. Derecho a la ejecución del fallo o sentencia, sin necesidad de implementar procedimientos ilegales posteriores al dictado de la sentencia favorable que hagan nugatorio el ejercicio del derecho.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

GARANTISMO JUDICIAL

El término garantismo judicial ha sido acuñado principalmente por Luigi Ferrajoli. Al impartir una conferencia en México, en el marco del Congreso *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, Ferrajoli sostuvo: “garantismo es una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco. Yo la utilicé por primera vez hace 30 o 40 años y ha permeado al léxico jurídico y político, primero en el idioma italiano, ahora también en el español”.

El vocablo “garantismo” se refiere “a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales”. El concepto garantista fue desarrollado dentro de la materia penal, por lo que inicialmente se desarrolla el concepto de “garantismo penal”. Éste surgió en Italia en la segunda mitad de los años setenta

como respuesta al estado de emergencia nacional que propició la reducción del sistema de garantías procesales. En este sentido, el concepto de garantismo se asocia a la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente al poder punitivo del Estado.

Al respecto, Adrián Rentería Díaz considera que el garantismo “...tiene su raíz en la preocupación de Ferrajoli por esclarecer algunos conceptos de la teoría del derecho, y del derecho penal en modo particular, y sentar las bases normativas para el funcionamiento de un sistema penal caracterizado por la tutela de los individuos involucrados, como inculpados, en un proceso penal. Podríamos referirnos a este tipo de garantismo, sin incurrir en excesos analíticos, como el garantismo penal ferrajoliano”.

En un sentido más amplio, Ferrajoli sostiene que el garantismo *no es más* que la otra cara del constitucionalismo y el fundamento del régimen democrático. Además, el mismo autor reconoce cuatro dimensiones del concepto: la dimensión política, civil, liberal y social; y cada una de ellas depende de la clase de derechos garantizados.

En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ferrajoli distingue tres acepciones aplicables al término.

a) *Designa un modelo normativo de derecho.* Precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del *Estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

b) *Teoría del derecho y crítica del derecho.* Designa una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho.

c) *Filosofía del derecho y crítica de la política.* Designa una *filosofía política* que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho.

Ferrajoli acota que si bien estas tres acepciones tienen una connotación penal, asimismo, tienen un alcance teórico y filosófico general. Así, esos elementos valen también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal.

Con respecto a la *triple acepción*, Gascón Abellán sostiene que la teoría general del garantismo puede ser mejor comprendida si es presentada como la conjunción de una cierta *tesis metodológica* en el análisis metajurídico y jurídico, y una cierta *doctrina de filosofía política*. La tesis metodológica es la que mantiene la separación entre el ser y el deber ser. La doctrina de filosofía política es la que entiende al Estado y al derecho como artificios o instrumentos para la tutela y garantía de los derechos naturales (vitales) de los individuos.

En *Epistemología jurídica y garantismo*, Ferrajoli distingue dos implicaciones del modelo garantista de juicio penal que siembran la semilla de lo que podría ser concebido como el *garantismo judicial*:

a) La primera implicación es que el nexo postulado por él, entre verdad, validez y justicia de los actos jurisdiccionales, representa el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado representativo de derecho.

b) La segunda implicación hace referencia a la legitimación del juicio y, consiguientemente, del Poder Judicial. Esta legitimación se funda sobre la aceptabilidad de las motivaciones de los jueces y depende enteramente de las garantías penales y procesales que son, ante todo, garantías de verdad.

Así, en *Democracia y garantismo*, el autor de este “neologismo” advierte que la fuente de legitimación del Poder Judicial se identifica completamente con el sistema de garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —primero entre todos el de estricta legalidad penal— dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos.

La universalidad de los derechos fundamentales y su carácter democrático consiste en el hecho de *garantizar a todos*, y no en el hecho de que sean *aceptados por todos*. Son establecidos precisamente porque no todos aceptan su carácter democrático y su rol de garantía de todos los seres humanos. En este sentido —sostiene Ferrajoli en *Garantismo y derecho penal*—, los derechos fundamentales son la base de la igualdad, y al reconocer que el garantismo puede designar las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad en la *implementación* del edificio constitucional, es plausible afirmar que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y, a la vez, una teoría jurídica normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía acerca de los fines y los fundamentos del derecho penal y al mismo tiempo una teoría del derecho penal mínimo. Una y otra sobre el deber ser y no el ser del derecho, que en gran parte reproduce los principios de justicia incorporados en las Constituciones.

Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, la teoría garantista de Ferrajoli se materializa en la instauración de los *jueces de control* dentro de la reforma que dio vida al nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Dicha reforma fue publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* en el decreto por el que se reforman los arts. 16 a 22; las fracs. XXI y XXIII del art. 73; la frac. VII del art. 115, y la frac. XIII del apartado B del art. 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La figura de los *jueces de control* se estimó necesaria para la vigilancia de las actuaciones ministeriales y policiacas durante la investigación de los delitos y para resolver las medidas provisionales que específicamente requieran de control judicial, sin detrimen-

to de que sigue siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación. Así, en consonancia con los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido que enuncia el art. 20 constitucional, corresponderá a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos. Esto es de suma importancia porque el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto, de otras dos reformas constitucionales, promulgadas en junio de 2011 en materia de amparo y derechos humanos. Gracias a la reforma a los arts. 94, 103 y 107 constitucionales publicadas el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo se actualizará, siendo más ágil y accesible para los individuos, y esto le permitirá recobrar su esencia, es decir, evitar los abusos de poder y garantizar el régimen de libertades. Del mismo modo, y estrechamente ligada con la anterior, es la reforma que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos arts. constitucionales, y que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

En conclusión, el garantismo judicial está fincado en la exigencia del respaldo argumentativo de las decisiones judiciales propio de un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde todas las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tomando en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El garantismo judicial coadyuva a que la ley fundamental se interprete de acuerdo con los principios constitucionales de libertad y de justicia, de tal manera que nada esté por encima de la protección a los derechos humanos.

Juan N. Silva Meza

GOVERNMENT AND OPPOSITION

El rasgo básico del funcionamiento de todo Estado contemporáneo se funda en las relaciones entre el gobierno y la oposición. El nexo de integración o de conflicto en una sociedad democrática no solamente se encuentra en el poder de la autoridad, sino también en el grado de legitimidad que se le otorga a la oposición, lo que ha permitido que los poderes constituidos históricamente se transformen en instituciones tolerantes y pluralistas.

Dicho proceso, iniciado en Europa a partir del siglo XV con la formación del Estado moderno, incorporó a la oposición política en el Parlamento a través de la instauración del Estado democrático-constitucional en el siglo XVIII, que asumió los valores de libertad e igualdad. En ese sentido, la oposición constituye la base que legitima a todo sistema que se precie de ser democrático, a pesar de que en el lenguaje político cotidiano y en los análisis políticos sobre coyunturas solamente se le ubique como el conjunto de fuerzas políticas y sociales externas al gobierno.

Por otra parte, la oposición política ha sido definida usualmente como un elemento funcional más del sistema, no solamente cuando aparece tratada en el contexto de tópicos globales, sino también cuando integra el objeto del estudio casuístico de los sistemas políticos de los países en los que ésta se ha convertido en pilar de la institucionalidad. Sin embargo, independientemente de que la oposición política sea un concepto que brota directamente de la acción política, puede señalarse que ella es producto del conflicto social y, por lo tanto, se encuentra estrechamente ligada a la teoría y praxis del Estado democrático, sistema que ante la evidencia del conflicto social históricamente ha reconocido su inevitabilidad, incorporándolo y regulándolo.

La traslación en el plano jurídico-político del reconocimiento del conflicto —que es un rasgo distintivo de los sistemas democráticos— se ha concretado en la institucionalización de la oposición. No obstante, aun cuando dicho reconocimiento atenúe el conflicto de intereses, también desnaturaliza su inicial fuerza contralora de los excesos del poder, sobre todo cuando los supuestos legitimadores de la democracia son soslayados por los mecanismos procedimentales del sistema representativo. Así, la oposición, desprovista de sustancia, coincide en la praxis política y, en los estudios teóricos, con el sistema de partidos o con su función en el Parlamento.

Pero convertir a la oposición en un elemento funcional al sistema hace perder de vista su sentido en relación con la autoridad. Antes bien, el proceso de retroalimentación del sistema podría conducir a la absorción de la oposición, a su disolución en el seno de la autoridad y, por consiguiente, a su inoperancia como oposición al poder. Estos supuestos son los que convalidan las tesis consensuales de la democracia, lo que es contrario a los principios históricos y doctrinales que dieron origen al sistema democrático: la tolerancia y el pluralismo.

Los rasgos básicos de la oposición política contemporánea son consecuencia de la praxis política liberal del poder que se ve imposibilitada, en el plano teórico y práctico, de abordar adecuadamente el hecho social de la oposición y que, de alguna manera, constituye un caso límite a su propia racionalidad formal y a su ciencia empírico-analítica, incapaz de analizar sustancialmente un fenómeno que explica su propia existencia política.

Dado que la oposición es siempre contraria al poder, de la praxis política han surgido dos tipos de oposición: una ideológica o contra el sistema, que niega los supuestos legitimadores del poder, y otra discrepante o en el sistema, que sobre la base de aceptar dichos supuestos discrepa del ejercicio práctico del mismo. Tales formas de oposición, como productos de la praxis política, se han configurado en un proceso histórico determinado. Al respecto, a partir de que el pueblo se convierte en sujeto de la historia, la oposición va adquiriendo un espacio propio en la praxis política. Esto significa que el binomio poder-oposición expresa históricamente el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad, conflicto que se origina a partir de una forma específica de legitimidad de la comunidad política y que en ningún caso se trata de una relación abstracta e intemporal.

Ahora bien, la fuente de interpretación de la relación dialéctica entre el poder y la oposición se remonta a la autoconciencia de legitimidad, en virtud

de la cual se transita desde una concepción de necesidad divina del poder a una concepción de necesidad antropológica. Efectivamente, con la aparición de las pretensiones de libertad e igualdad como derechos innatos del hombre, la categoría de legitimidad se funda en los pactos políticos entre el pueblo y su gobernante. Y si el poder se justifica social y políticamente en dichos pactos, lo mismo puede sostenerse respecto a la base legitimadora de la oposición.

Así, el antecedente de la oposición, como correlato del poder, se halla en la institucionalización del derecho de resistencia, cuyos principios rectores fueron deslegitimados posteriormente con las revoluciones burguesas al redefinirse el poder teórica y prácticamente. No obstante, la relación poder-oposición, basada en el secular conflicto de las sociedades clasistas, se presentaría posteriormente con nuevos atributos, como la lucha entre el individuo y el Estado, así como en el conflicto entre el Parlamento y el gobierno, lo que se reconduce o refleja en la dialéctica entre la autoridad y libertad. La oposición política, entonces, surge como una solución de coexistencia entre ambos extremos, entre la autoridad y la libertad, pero basada en la tolerancia y el pluralismo.

Sin embargo, las contradicciones ínsitas del proceso democrático han conllevado, de una parte, a la incorporación de la oposición discrepante a través de los partidos políticos y el Parlamento y, de otra, a la marginación de la vida política de algunos movimientos de oposición que pueden apelar incluso a la violencia, y que en el lenguaje contemporáneo son denominados como oposición extraparlamentaria. Con ello se someten nuevamente a debate los límites y las condiciones de posibilidad del régimen democrático constitucional. En todo caso, debe tenerse presente que la legitimidad de un poder democrático no se puede sustentar en sí mismo, sino en la existencia y operatividad a nivel real de la oposición.

César Landa Arroyo

H



HÁBEAS CORPUS O RECURSO EXTRAORDINARIO DE EXHIBICIÓN DE PERSONAS EN GUERRERO

El estado de Guerrero es el único en México en contar con un amparo hábeas corpus. Si bien Aguascalientes, Colima y Puebla contemplan figuras parecidas, éstas tienen un carácter administrativo, mientras que en el caso de Guerrero se trata de un mecanismo procesal ante autoridad jurisdiccional.

Esta figura, llamada recurso extraordinario de exhibición de personas, surge a partir de la reforma constitucional de 1990, misma que instaura el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, y ahí encontramos el primigenio (y único) antecedente de un sistema de control constitucional. En su momento fue una novedosa reforma constitucional que, adelantándose incluso a la reforma federal en el rubro, crea en Guerrero una comisión estatal de derechos humanos que viene a ejercer las facultades que hasta ese momento desarrollaba el visitador general de la Procuraduría General de Justicia. Lo relevante es que la iniciativa señalaba que “para complementar los medios tutelares de las garantías constitucionales, la enmienda previene que la Ley reglamente el recurso extraordinario de exhibición de personas para hacer que los juzgadores pongan fin en brevísimo lapso a las detenciones ilegales que lleven a cabo, en su caso, los agentes públicos”. Dicha iniciativa se concretó con la reforma al art. 76 bis, en el cual se señaló que “la ley que cree y organice la Comisión garantizará su autonomía técnica; establecerá el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas; regirá la prevención y castigo de la tortura cuando presuntamente sean responsables los servidores a que se refiere el párrafo anterior; definirá las prioridades para la protección de los derechos humanos tratándose de indígenas; internos en centros de readaptación social; menores de edad y mujeres de extrema ignorancia o pobreza; e incapacaces; y reglamentará el recurso extraordinario de exhibición de personas”.

Debe señalarse que en la exposición de motivos de la iniciativa se señaló que: “un segundo cambio, verdaderamente innovador, es el establecimiento del recurso extraordinario de exhibición de personas que aunque existió efímeramente en el siglo pasado en algún ordenamiento mexicano, y que es conocido como hábeas corpus, prácticamente no se ha consagrado en la ley federal o local alguna en México, y que se encamina a que cualquier persona lo plantee ante un Juez de Primera Instancia para que otra pueda recuperar su libertad si fue detenido ilícitamente, y de manera inmediata, sin prejuzgar su responsabilidad penal o administrativa. Con este recurso se pretende combatir a fondo una de las prácticas que todavía acaecen penosamente, a lo largo de los años, en la Entidad. El desacato al mandamiento judicial en este respecto, es causa de fincamiento de responsabilidad penal”. Y en el mismo documento se agregaba: “el amparo mexicano representa la mejor tradición de nuestro Derecho y encuentra sus orígenes en la legislación local de Yucatán a partir de los trabajos de Don Manuel Crescencio Rejón; su trascendencia innegable hace que con el esfuerzo unido de otro ilustre jurista, Don Mariano Otero, adopte su actual vigencia nacional. La vida de esta institución jurídica se ha fortalecido indudablemente y forma parte ya del ser nacional y de la

cultura de los mexicanos. // En el ámbito estatal no ha prosperado, sin embargo, hasta la fecha, una figura que a partir del Poder Judicial local, pudiera esgrimirse por los ciudadanos en defensa de sus garantías individuales. // En territorios como el del Estado de Guerrero, con una compleja orografía que dificulta las comunicaciones y el acceso fácil o rápido de las comunidades más alejadas a los centros urbanos en donde radican las autoridades estatales y federales, resulta aconsejable que independientemente del mandamiento constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, el ciudadano pueda contar con un *medio de defensa extraordinario y rápido, que brindando seguridad jurídica y constitucionalidad*, pueda hacerse valer ante el juez de primera instancia más próximo en el distrito judicial que corresponda. // Aunque el juicio de garantía, contra los actos de autoridad, contempla en una de sus modalidades la protección contra la incomunicación de un detenido, la institución universalmente conocida del habeas corpus, o exhibición de persona, como se le conoce en Hispanoamérica, no se encuentra contemplada en nuestro sistema jurídico, por lo que se ha estimado procedente incorporarla a nuestro régimen legal a través de esta iniciativa y en materia de defensa de los derechos humanos. // En efecto, el *recurso extraordinario de exhibición de persona* a que se refiere el título V de esta Iniciativa, formaba ya parte del proyecto de reformas y adiciones a la Constitución del Estado, que durante el primer año de esta administración se elaboró y turnó al Poder Revisor, *en materia de control de la constitucionalidad local* y que por razones de oportunidad no se hizo prosperar. // Maduro como está el Poder Judicial del Estado, se estima conveniente dotarlo de las facultades inherentes a este recurso extraordinario, que en mucho vendrá a enriquecer estos empeños legislativos, en materia de defensa de los derechos humanos. // Consiste el recurso, según su contenido tradicional, en que la autoridad judicial, en los términos del artículo 16 constitucional, requiera a la autoridad administrativa local que presumiblemente tenga detenida a una persona, por petición de algún interesado, que muestre o exhiba a la persona presuntamente detenida, para evitar que se le vulneren sus garantías y preservar su vida e integridad corporal y que en todo caso esté a disposición de autoridad competente. // El recurso no cuenta con mayor formalidad ni en su presentación y trámite, ni en su resolución, para dotarlo precisamente, de agilidad y eficacia. // El juez que decidiese hacer valer la exhibición de persona, ante la demanda de quien tenga interés legítimo, ordenaría el traslado del personal judicial competente a los lugares o instalaciones donde se presuma está detenida la persona para requerir que se la presenten. // La propia Ley, a través de esta iniciativa, previene que la resolución judicial correspondiente es inatacable, esto es uniuinstancial; que el recurso no prejuzga sobre la responsabilidad penal o administrativa del detenido y que si el juez actuante lo estima conveniente, podrá disponer la no incomunicación del detenido, el no traslado del mismo a otro lugar, o bien su traslado a un lugar que le brinde seguridad; el juez podrá cerciorarse del estado físico de la persona y disponer, en su caso, el auxilio médico que se necesitare. // No se trata de ninguna manera, con la implantación de este recurso extraordinario, de invadir esferas de competencia, ni sustituir autoridades; *es un esfuerzo de nuestro Estado, por ampliar los medios de defensa del ciudadanos y de contar con un medio*

de control de nuestra constitucionalidad local, en procura permanente de darle a la Carta Magna suriana, mayor eficacia y vigor...”.

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo-hábeas corpus, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales.

Las disposiciones relativas al recurso extraordinario de exhibición de persona entraron en vigor el 1o. de enero de 1991. Aunque ha sido prácticamente ignorado por la doctrina e incluso por el foro estatal, se han tramitado varios de estos recursos. De la práctica de este recurso extraordinario de exhibición de personas debe señalarse lo siguiente:

1. Los recursos se han promovido ante juzgados penales ubicados en municipios o regiones del estado donde no existen juzgados de distrito.

2. La tramitación del recurso extraordinario de exhibición de personas no se considera un juicio, por lo cual no se recoge en la estadística judicial, por ello no se cuenta con cifras sobre la tramitación del mismo a lo largo del estado.

3. Los profesionales jurídicos prefieren, en ocasiones por cuestiones económicas, tramitar un juicio de amparo que permite un mayor cobro por los servicios, que tramitar el recurso en la misma ciudad donde se encuentra en ocasiones detenida la persona.

David Cienfuegos Salgado

HÁBEAS DATA

El hábeas data es una garantía constitucional moderna que tiene su origen en Latinoamérica, cuyo nombre se compone de dos vocablos: del latín *habeas*, que significa tener), y inglés *data*, que significa información o datos, y está destinada a salvaguardar el derecho a la protección de datos personales ante un tribunal competente.

La Constitución brasileña de 1988 es la primera en introducir la acción de hábeas data, que se ocupa de garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso y rectificación de sus datos personales en posesión de terceros. Esta figura influyó en su entorno geográfico y se encuentra hoy en países como: Argentina, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, en 1999, Chile es el primero en emitir una ley de protección de datos, mientras que Argentina, con su ley de 2000, es el país que más ha desarrollado el derecho en América Latina.

La razón por la que surge en Latinoamérica se vincula con motivos de orden geopolítico, a sociedades que salían de regímenes militares a partir de la década de 1980 y relacionadas con el autoritarismo con el que se manejaba la información como instrumento de represión política. En este sentido, sur-

ge la acción de hábeas data con la finalidad de proporcionar al ciudadano la facultad de conocer directamente sus datos personales y, en caso de ser necesario, rectificar la información almacenada en bases de datos.

La acción de hábeas data se define como “el derecho que asiste a toda persona —identificada o identificable— a solicitar judicialmente la exhibición de los registros —públicos o privados— en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación... Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra *calificaciones sospechosas* incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados), que —sin darle derecho de contradecirlas— pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo” (Ekmekdjian y Pizzolo, 1996). La particularidad de esta acción es que garantiza la defensa del derecho a la protección de datos personales ante una autoridad judicial, y no ante una autoridad administrativa, como sucede en el caso de los países europeos.

Actualmente, el concepto de hábeas data, surgido en Europa, es una forma de denominar el derecho de autodeterminación informativa o el derecho a la protección de datos personales, sin embargo, su naturaleza es diversa debido a la autoridad garante. El hábeas data implica el ejercicio del derecho frente a una autoridad judicial, a través del proceso respectivo; mientras que la autodeterminación informativa o protección de datos es frente a una autoridad que forma parte de la administración pública, cuyas resoluciones pueden ser recurridas judicialmente.

Maria de los Ángeles Guzmán García

HOMINE LIBERO EXHIBENDO

El término *homine libero exhibendo* usualmente se refiere a un precedente de cualquier medio de preservación de los derechos de la persona frente al poder autoritario y, en particular, del juicio de amparo, aun cuando recientemente puede considerarse un referente de la doctrina alemana *Drittwirkung* de protección horizontal de los derechos fundamentales, esto porque su procedencia no fue para revisar actos de las autoridades romanas, sino para combatir la privación de la libertad efectuada con dolo por los particulares. Su connotación proviene de la antigua Roma y se le atribuye el carácter de interdicto exhibitorio, distinguiéndose de los interdictos prohibitorios y restitutorios. Como tal, fue establecido por el edicto del pretor a efecto de *proponitur tuendæ libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur á quoquam*. Se encuentra en la Ley I, libro XLIII, título XXIX, del Digesto, dedicado al derecho y al proceso privado: “Ley I. Dice el pretor: Exhibe al hombre libre que detienes con dolo malo. 1. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad: esto es, para que ninguno retenga los hombres libres”. Además de esta ley, las disposiciones sobre las que se sustentó fueron: “Ley II. No se diferencian mucho de los siervos aquellos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran. Ley III. A lo que también miro la Ley Favia: este interdicto no impidió la ejecución de la Ley Favia; porque también se podrá pedir por él, y esto no obstante, pro-

poner la acusación de la Ley Favia: al contrario, el que pide por la Ley Favia esto no obstante, podrá también usar de ese interdicto, y otro de la acción de la Ley Favia. Ley IV. Si alguno retuviese al hombre libre ignorando su estado, si lo retiene con dolo malo, se le precisará a que lo exhiba”.

Con base en el Digesto se deduce que el interdicto *homine libero exhibendo* consistió en un procedimiento para la defensa de las personas libres que eran detenidas con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal manera que se les exhibía (*quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) ante el pretor (*id est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem præbere*) a través de un procedimiento sumarísimo, el cual, bajo las condiciones y limitantes de la ley Favia, no se debía alargar ni aun con motivo del delito que importara este atentado, porque *neque hoc interdictum aufert legis Faviæ executionem*. Todo ofendido podía intentarlo (*nemo prohibendus est libertati favere*) sin que por esto el pretor dejara de tener facultad de elegir al que debía proseguirlo, cuando muchos lo intentaban. En otras palabras, cuando una persona era puesta en prisión, sin el debido fundamento, y más aún, de una manera arbitraria, en alguna de las cárceles particulares que tenían los grandes patricios, por sí o por intermedio de alguna otra persona, podía el afectado ocurrir ante el pretor para que éste expidiera un interdicto que obligaba a quien mantenía preso al solicitante a que le exhibiera el cuerpo del detenido, que quedaba bajo su jurisdicción, siendo el pretor quien resolvía sobre la justicia o injusticia del caso. El interdicto, en consecuencia, no se concedía en contra de las autoridades, sino en contra de los particulares. El procedimiento tenía tal eficacia que no se debía prolongar, ni aun con motivo de la averiguación del delito que importara ese atentado contra el hombre libre, porque desde el momento en que era protegida la libertad del solicitante del interdicto, la averiguación, respecto del procedimiento criminal que pudiera existir, se seguía por cuerda separada conforme a la antigua legislación romana.

Al constituirse los edictos de los pretores, en resoluciones que contenían las bases conforme a las cuales este funcionario dictaba sus decisiones en los casos concretos que se sometían a su conocimiento, y con esta facultad, suplían las lagunas u omisiones de la legislación; los edictos constituían una fuente sui géneris del derecho, junto con la ley, la costumbre, etcétera, y además se debe destacar, que el edicto que estableció el interdicto *homine libero exhibendo* fue de carácter perpetuo (*hoc interdictum perpetuum est*) y adquirió fuerza de derecho consuetudinario debido a la presencia constante de determinados principios que se transmitían obligatoriamente de un edicto a los sucesivos.

En cuanto a los interdictos, que se constituyeron en una petición dirigida al pretor para que ordenara a la contraparte a observar determinada conducta o abstenerse de cierta actividad, cabe precisar que aquéllos no se instituían en sentencia, sino en órdenes condicionales y administrativas, dirigidas a un ciudadano a petición de otro ciudadano. Por tanto, en el contexto de su desenvolvimiento histórico, los interdictos demostraron su aproximación respecto a la protección de los derechos personales, entre ellos los de carácter fundamental. Sin embargo, cabe destacar que el interdicto *homine libero exhibendo* no era un procedimiento que tuviera como finalidad defender una organización,

un régimen constitucional, sino exclusivamente reparar prisiones arbitrarias decretadas por particulares.

El interdicto *homine libero exhibendo* puede tener un rasgo de semejanza con el hábeas corpus, dado que éste también procedía contra particulares; sin embargo, también puede considerarse que no guarde dicha relación debido a que la acción derivada de este interdicto pertenecía al derecho civil, por lo que su naturaleza jurídica fue diferente a la institución de derecho público que estableció el pueblo inglés. También puede constituir un precedente para el amparo mexicano, en lo que concierne al amparo libertad; no obstante, similares reflexiones que para el hábeas corpus negarían tal precedencia. Pero, desde una perspectiva contemporánea, de acuerdo con la teoría *Drittwirkung* y la protección procesal horizontal de los derechos fundamentales, puede indicarse que el interdicto *homine libero exhibendo*, como proceso constitucional de la libertad remoto, es precedente del amparo contra particulares.

Juan Rivera Hernández

HORROR VACUI

El principio de conservación del derecho, contemplado desde un punto de vista teórico, coincide con una exigencia práctica: intentar, en la medida de lo “posible”, por vía interpretativa, huir del vacío que se provoca cuando una disposición legal es declarada inconstitucional.

Esta idea se eleva como particularmente útil, sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de un texto normativo es un suceso bastante grave por las consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con la Constitución (Monteleone, Girolamo, 1984), o, dicho de otra forma, cuando el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley expulsada del ordenamiento jurídico, y esa laguna genera una gran confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos (García de Enterría, Eduardo, 2006).

Con frecuencia, la anulación y la laguna que se crean pueden originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Ciertamente es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el inter legislativo, o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencia de los tribunales o cortes constitucionales.

De hecho, también con la intención de evitar las consecuencias que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad, y en cierto sentido como deducción ineludible del *horror vacui*, la práctica jurisprudencial de algunos sistemas de justicia constitucional, como el alemán, han implementado sentencias denominadas “exhortativas”, “apelatorias” o de “recomendación al

legislador”, según la terminología que se prefiera, las cuales atribuyen al juez constitucional la facultad de suspender, en algunos casos y por un tiempo determinado, la eficacia de sus decisiones, para dar tiempo al legislador de corregir la inconstitucionalidad detectada y evitar así la producción de vacíos en el sistema normativo. De esta forma se pone de manifiesto que los críticos de las sentencias interpretativas no han pensado en la grave responsabilidad que asumiría el órgano de control de constitucionalidad si fuera demasiado proclive a declarar inconstitucional cualquier norma.

Giovanni A. Figueroa Mejía

I



IGUALDAD DE GÉNERO

El tema de la “igualdad” se relaciona de manera estrecha con el concepto de justicia. Sin embargo, es el constitucionalismo moderno el que lo ha elevado a principio de derecho positivo que se encuentra consagrado en las grandes declaraciones de derechos y en todos los textos constitucionales. En la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776 se estipula: “Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes” (art. 1o.). Asimismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en Francia, se señala: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solamente pueden ser fundadas en la utilidad común” (art. 1o.).

Cabe señalar que la idea de igualdad del siglo XVIII se refería estrictamente a la mitad de la población: los varones. Fue hasta el siglo XX que se encuentran las primeras referencias a la igualdad entre mujeres y hombres, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que fue reformada en 1974 para incluir la disposición en el art. 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley...”. También se encuentra en la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la siguiente disposición: “Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos...” (art. 109).

Ahora bien, al referirnos a la idea de igualdad tenemos: la igual dignidad de toda persona, la igual participación, igualdad ante la ley, igualdad política, igualdad en las condiciones materiales de vida y la igualdad de oportunidades.

La igualdad de género parte del postulado de que todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la libertad de desarrollar sus habilidades personales y hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos o prejuicios. La igualdad de género implica que se han considerado los comportamientos, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, y que éstas han sido valoradas y favorecidas de la misma manera. Significa que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependerán del hecho de haber nacido mujer u hombre. De acuerdo con el art. 6o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de México, la “igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo”.

Asimismo, el art. 1o. de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) establece: “A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

IMPARCIALIDAD JUDICIAL

I. *El derecho a un juzgador independiente e imparcial como principio informador del Poder Judicial y derecho fundamental de los justiciables.* La “independencia” judicial surge con el Estado liberal, primer eslabón del Estado constitucional, en cuanto elemento que integra la división poderes y el Estado de derecho. El juez es “independiente” porque actúa de forma “imparcial”, sobreordenada a las partes, y con sumisión plena y exclusiva a la ley y no a la voluntad del Ejecutivo, del Parlamento o del rey. Hoy el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. El posterior art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 añade a esta misma garantía: por un tribunal competente y establecido por la ley. Una justicia imparcial es un ingrediente necesario e indefectible del derecho a un juicio equitativo o a un proceso justo, junto a otros que, pese a poder descomponerse, están muy interrelacionados entre sí. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar: un juez parcial no es un verdadero juez.

La independencia judicial abarca varias notas complementarias. Es pues sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico: la discreción judicial viene siempre condicionada y amparada por la predeterminación normativa. Y, por contrapartida, ausencia de sometimiento a las partes y a las presiones de cualquier poder, público o privado, externo al Poder Judicial, e incluso a cualquier otro órgano interno, pues ese poder se organiza de forma horizontal y difusa, y se armoniza y mantiene unido mediante un sistema judicial de recursos y no a través de instrucciones jerárquicas. Supone la exclusividad judicial, reserva o monopolio de jurisdicción. No es un privilegio del juzgador sino un postulado y principio que informa la organización moderna de la justicia, pero abarca la lucha por la inamovilidad de los jueces como garantía de su independencia personal de criterio. La predeterminación legal del juez o tribunal, de su composición o titulares, y de su competencia (juez ordinario predeterminado por la ley) son rasgos que, pese a que componen hoy un derecho independiente, tienden a entremezclarse.

“Independencia” e “imparcialidad” son conceptos próximos e interrelacionados tanto para las Constituciones y los tratados sobre derechos como para la doctrina científica y la jurisprudencia que tiende a confundirlos, o cuando menos a considerarlos fungibles; algunos autores creen incluso que la distinción es artificial o forzada. La imparcialidad supone una ausencia de prejuicio y la presencia de desinterés y neutralidad. La imparcialidad subjetiva está vinculada a la libre formación de la convicción del juez en su fuero interno ante un caso concreto. Mientras que la objetiva atiende a la confianza que el juzgador ofrezca al justiciable en función de la existencia de suficientes garantías que permitan rechazar cualquier duda legítima: la descontaminación del juzgador. La primera debe presumirse, salvo prueba en contrario de quien la arguye. La segunda debe llevar a revisar si el temor de contaminación

está objetivamente justificado. El buen enjuiciamiento sobre la tacha de parcialidad del juzgador debe ser concreto, entretreído de hechos y no abstracto o apriorístico.

El largo medio siglo de experiencias y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) revela muy diversos y variados escenarios reales de posibles conflictos: el juez que actúa como fiscal durante la instrucción, la acumulación de funciones juzgadoras e instructoras, el juez que ya ha expresado su opinión sobre la culpabilidad del sujeto o que incluso se había pronunciado al respecto en una resolución judicial, la presencia entre las deliberaciones del tribunal de sujetos distintos a los jueces, los vínculos o intereses comunes del juez con una de las partes (conflictos de intereses), las declaraciones públicas del juez ante los medios de comunicación, el desbordamiento de los tribunales militares o de las llamadas cortes de seguridad u orden público, o la discutible acumulación de funciones consultivas y jurisdiccionales, etcétera.

El TEDH y la cuarentena de tribunales constitucionales europeos que siguen su rastro incluyen también, entre la garantía la teoría de las apariencias, “un tribunal no debe sólo hacer justicia sino que debe verse que la hace”. La similitud de esta garantía en la familia de Estados constitucionales es indicio del rol que cumplen los derechos fundamentales como un emergente derecho común: una suerte de globalización de los derechos.

II. *La imparcialidad judicial en el constitucionalismo mexicano.* En la historia mexicana, la imparcialidad judicial tiene origen en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta Constitución liberal, que llegó a gozar de limitada eficacia en el territorio mexicano, disponía que los magistrados y jueces, al tomar posesión de sus plazas, debían jurar: “guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente justicia” (art. 279). Tras la independencia, el principio se asumió en el Acta Constitutiva de la Federación de 1824 (art. 18), anejo a la Constitución del mismo año. Sin embargo, no tuvo recepción expresa en los documentos constitucionales posteriores: los textos centralistas de 1836 y 1843, y la Constitución Federal de 1857. Mas la preocupación por la imparcialidad de los tribunales no pasó desapercibida a lo largo del siglo XIX, y diversos documentos emitidos por el gobierno en funciones declararon este principio como parte de las formas que debían regir los procedimientos judiciales.

El texto originario de la Constitución mexicana de 1917 no previó una disposición acerca de la “imparcialidad judicial”. No fue hasta la reforma constitucional de 1987 cuando el principio fue introducido expresamente en el segundo párrafo del art. 17: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”. En el debate en el Senado, se adujo que su justificación se encontraba en los modernos tratados internacionales que reconocen este derecho de los justiciables. El principio tiene otro fundamento introducido por la posterior reforma constitucional de diciembre de 1994. El art. 100, párrafo séptimo, establece una norma de principios para la carrera

judicial del Poder Judicial Federal, según la cual su desarrollo debe regirse por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, todos ellos imbricados entre sí.

Javier García Roca
Alfonso Herrera García

INAPLICACIÓN DE LEYES ELECTORALES

La inaplicación de leyes en materia electoral es un mecanismo de control de constitucionalidad a partir del acto concreto de aplicación, con el objeto de que las resoluciones de las autoridades electorales y de los partidos políticos se sustenten en disposiciones jurídicas acordes a las normas y principios constitucionales. Entre estos principios destacan aquellos que rigen a los procesos electorales, como son los de equidad, igualdad, pluralismo político, certeza y seguridad jurídica; así como los de autonomía, independencia, objetividad y legalidad, como ejes rectores de las actuaciones de las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales (Penagos, 2012).

Su fundamento lo encontramos en el art. 99, párrafo sexto, de la Constitución general de la República, en el que se otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de inaplicar leyes electorales al caso concreto, y es la jurisprudencia de su Sala Superior la que ha fijado las reglas para el uso efectivo de este medio de control.

I. *Antecedentes.* Con anterioridad a la reforma constitucional de 2007, los individuos no estaban legitimados para controvertir la inconstitucionalidad de leyes electorales con motivo de su aplicación en un caso concreto, en virtud de que el juicio de amparo, desde su origen, se previó como improcedente para resolver sobre la constitucionalidad de normas en la materia.

El primer antecedente que establece la posibilidad de revisar la regularidad constitucional de las leyes electorales es la reforma constitucional de 1996, a través de la cual, en el art. 105, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se previó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tribunal constitucional, con el objeto de resolver de manera abstracta las posibles contradicciones entre una ley electoral y una norma o principio constitucional.

Además, la acción de inconstitucionalidad en materia electoral solo puede ser promovida por los órganos del poder legitimados para ello, así como por los partidos políticos, con lo cual prevaleció la imposibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma electoral con motivo de su aplicación a un caso concreto. Fue hasta la reforma constitucional de 2007, que se estableció, en el art. 99, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene la facultad de resolver sobre la no aplicación de leyes electorales al caso concreto, que se estimen contrarias a la Constitución.

II. *Sujetos legitimados.* Con la reforma aludida, el constituyente colmó el vacío que estuvo presente en el constitucionalismo mexicano durante los siglos XIX y XX, pues a partir de ella todas las personas están legitimadas para

controvertir la constitucionalidad de una ley electoral, cuando les genere una afectación por su acto concreto de aplicación (Penagos, 2012).

III. *Competencia para inaplicar normas electorales*. Los órganos jurisdiccionales facultados para declarar la inaplicación de normas electorales son la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, según lo previsto en el ya indicado art. 99 constitucional, que en su párrafo sexto prevé: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio...”.

De esta disposición constitucional se advierte que las salas que integran ese tribunal están facultadas para la revisión de la constitucionalidad de normas electorales con motivo de su aplicación, y en el supuesto de resultar contrarias a la Constitución deberán inaplicarse con efectos *inter partes*, es decir, la resolución que se emita se limitará al caso concreto sobre el que verse la controversia.

Esta facultad de inaplicar normas electorales puede ejercerse al resolver cualquiera de los medios de impugnación en materia electoral, de manera que dicha atribución no está circunscrita a un juicio o recurso en específico, sino que las salas del Tribunal Electoral pueden realizar el análisis de la regularidad constitucional de preceptos electorales en los casos en que se hubieran aplicado de manera expresa o tácita, siempre que exista agravio al respecto (Penagos, 2013).

IV. *Recurso de reconsideración*. El art. 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prevé la procedencia del recurso de reconsideración en contra de las resoluciones de fondo que emitan las Salas Regionales cuando inapliquen una norma electoral; sin embargo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha ampliado los supuestos de procedencia con el objeto de privilegiar la revisión de la regularidad constitucional de las leyes de la materia y propiciar seguridad jurídica en la democracia electoral (Penagos, 2013).

En ese sentido, se ha sostenido que el recurso de reconsideración debe estimarse procedente contra sentencias en las que: *a*) expresa o implícitamente, se inapliquen leyes electorales (jurisprudencia 32/2009), normas partidistas (jurisprudencia 7/2012) o normas relacionadas con los usos y costumbres de las comunidades indígenas, de carácter electoral (tesis XXII/2011); *b*) se omita el estudio o se declaren inoperantes los agravios relacionados con la inconstitucionalidad de las normas controvertidas (jurisprudencia 10/2011); *c*) cuando se haya dejado de aplicar una norma estatutaria en contravención a los principios constitucionales de auto organización y autodeterminación de los partidos políticos (sentencia SUP-REC-35/2012); *d*) se realice una interpretación de un precepto constitucional, mediante el cual se oriente la aplicación o no de normas secundarias (sentencia SUP-REC-180/2012 y acumulados), o *e*) se ejerza control de convencionalidad tratándose de derechos humanos (jurisprudencia 28/2013).

Además, los criterios que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido al respecto han contribuido a la eficacia plena de esta facultad constitucional.

V. *Dualidad del control constitucional*. De lo anterior se advierte que el control de constitucionalidad de normas electorales puede llevarse a cabo a través de dos vías (Ferrerres, 2008): por medio de la acción de inconstitucionalidad, como control abstracto, y por la inaplicación de normas electorales, como control concreto. Esto recobra particular relevancia tratándose de la materia electoral, ya que la revisión de la regularidad constitucional de esas leyes le otorga certeza y seguridad jurídica al sistema democrático, al prever instrumentos jurisdiccionales para velar porque todas las normas en materia electoral sean acordes a los preceptos y principios constitucionales.

Pedro Esteban Penagos López

INCIDENTE

I. Del latín *incidere*, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. Los incidentes son procedimientos que se plantean dentro de un juicio y que tienen como finalidad resolver cuestiones adjetivas o procesales, aunque relacionadas con el asunto principal.

Los incidentes sobrevienen de manera accesoria dentro del proceso, y son planteados por las partes siempre que ocurran aspectos emergentes, es decir, anormales a la secuela del juicio.

Su utilidad radica en la oportunidad que tienen las partes de superar los problemas que saltan y que resulta necesario resolver para el dictado de la decisión final; tal vez por ello se pueden clasificar como un medio de impugnación que busca, en última instancia, regularizar el proceso que ha sido alterado.

II. Los incidentes pueden clasificarse, *atendiendo al momento procesal en que han de fallarse*, en aquellos que se resuelven mediante resolución interlocutoria, es decir, antes del dictado de la sentencia, y en aquellos que se resuelven de manera conjunta con la decisión final; los primeros, dada su especial naturaleza, requieren que su pronunciamiento incidental sea previo a la resolución final —por ejemplo, el incidente de falta de personalidad—; los segundos se resuelven de manera conjunta con la sentencia definitiva —por ejemplo, incidente de falsedad de firmas en el amparo directo—; por su parte, existen los que se plantean y se resuelven una vez dictada la decisión final del asunto, como ocurre con los incidentes de liquidación y ejecución de las sentencias, sin embargo, aquí no se abordan temas eminentemente procesales, pero sí accesorios, pues solo se desarrollarán de conformidad a lo ya dicho en el asunto principal, situación que no se puede desconocer.

Otra forma de clasificación es la que se refiere a *si paralizan o no el proceso*, éstos comprenden a los de previo y especial pronunciamiento y a aquellos que no paralizan el procedimiento; la presentación de los primeros ocasiona que se suspenda el curso del juicio en tanto no son resueltos por medio de una resolución interlocutoria, pues lo que se ventila la mayoría de las veces es justamente un presupuesto procesal, sin el cual el juicio puede ser inválido

y que de seguir el proceso haga inútil el desarrollo de todo el litigio —por ejemplo, incidente de incompetencia—; por su parte, los que no detienen el proceso hacen que ambas cuestiones —incidente y juicio— sigan su marcha de manera paralela y su resolución se deja hasta sentencia final. Existe otra categoría, no tan aceptada en la doctrina, que sostiene que hay incidentes que siendo de especial pronunciamiento no suspenden el procedimiento, sino que lo que ocurre es que se resuelven fuera del expediente principal y antes del dictado de la sentencia (José Ramón Cossío Díaz).

También podemos señalar a aquellos incidentes que se clasifican en *nomi-*
minados o innominados, entendiéndose por los primeros aquellos que tienen una denominación legal y en ocasiones una regulación especial —por ejemplo, el incidente de suspensión en la controversia constitucional— por su parte los segundos carecen de nomenclatura específica y con mayor razón de estatuto propio, pero que no impiden su ejercicio.

III. Por lo que respecta a los procesos constitucionales en México —controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad—, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realiza una regulación de los incidentes nominados e innominados que pueden plantearse en ese tipo de juicios y se refiere a ellos de manera escueta al señalar que son incidentes de especial pronunciamiento el de nulidad de notificaciones, de reposición de autos y de falsedad de documentos, los cuales deberán promoverse ante el ministro instructor antes del dictado de la sentencia y deberán ser sustanciados en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos, y dictará la resolución que corresponda.

Aunque la ley de referencia no hace alusión a que estos incidentes sean de previo pronunciamiento, es claro que al señalar que su sustanciación se realiza en una sola audiencia, en la que además debe pronunciarse resolución, de alguna forma sí requiere que se resuelvan antes de la sentencia final.

Otra interrogante que surge es si debe o no suspender el proceso de la controversia constitucional o la acción de inconstitucionalidad, pues, como ya mencionamos, no existe duda de que se debe resolverse por interlocutoria, pero qué pasa con la continuidad del proceso; al ser omisa la ley compartimos la idea de que queda al arbitrio del juzgador constitucional estimar cuándo se estaría en presencia de un incidente que por su especial naturaleza requiere que se suspenda el procedimiento (Cossío Díaz), pues puede ocurrir que lo que se ventile sea por ejemplo la nulidad de notificación de un tercero interesado y ello podría no ser razón suficiente para que no siguiera el proceso por sus diferentes etapas, siempre y cuando la cuestión incidental se resuelva antes del principal.

Por lo que tocante al juicio de amparo, la ley reglamentaria lo regula de manera expresa en su capítulo relativo los incidentes de nulidad de notificaciones y reposición de autos, sin que ello implique que no se pueda promover otro tipo de incidentes establecidos o no en la propia ley; por ejemplo, en el art. 122 se establece un trámite incidental cuando se objete de falso una prueba documental.

En la Ley de Amparo se establece una regulación distinta en torno al momento de su resolución, ya que se deja a consideración del órgano que conoce del juicio principal decidir si se resuelve de plano, amerita un especial pronunciamiento o si se resuelve junto con la definitiva, lo cual es acertado, pues cada caso puede presentar características diferentes que deberá valorar el juzgador y proveer lo que considere más conveniente con la finalidad de dar celeridad al juicio constitucional.

José Manuel Chavarrín Castillo

INCIDENTE DE FALSEDAD DE DOCUMENTOS

I. Es el procedimiento que se plantea dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que permite que las partes cuestionen los documentos aportados al expediente, por falsedad en la forma, y que se busca no sean tomados en cuenta por el ministro instructor por no ser pruebas fidedignas.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria) señala que deberán promoverse ante el ministro instructor a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de este incidente corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación el documento que se tilda de falso y debe hacerse antes de que se dicte sentencia o bien, si se trata de un documento aportado en la fase de ejecución de la sentencia, antes de que concluya éste (José Ramón Cossío Díaz).

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir si se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación y si amerita la interrupción del procedimiento; pues si la interlocutoria que va decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no interrumpe el desarrollo de las etapas procesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (Cossío).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria únicamente señala que se sustanciará en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y pronunciará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres

días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir con mayor regularidad en este incidente que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia con el ofrecimiento de los medios de convicción y los alegatos.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la falsedad cuestionada, que de declararse procedente tiene el efecto de dejar sin valor el documento y dictar lo que corresponda. Esta decisión puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye el de falsedad de documentos.

VII. Tratándose de este incidente dentro del amparo, de acuerdo con el art. 122 de la Ley de Amparo, es en la audiencia constitucional donde inicia y termina el procedimiento incidental, ya que si se objeta de falso un documento, se suspende la audiencia constitucional por un periodo de diez días para que en la nueva fecha las partes ofrezcan las pruebas, y una vez sustanciado se procesa con la audiencia constitucional, por lo que el procedimiento incidental es parte de la misma audiencia.

José Manuel Chavarrín Castillo

INCIDENTE DE NULIDAD DE NOTIFICACIONES

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad —adelante nos referiremos sobre el juicio de amparo— y que tiene como finalidad dejar sin efectos una notificación que no fue realizada conforme a las formalidades que establece la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria).

Para poder determinar cuándo una notificación debe o no ser declarada nula es preciso señalar sus formalidades, las cuales se encuentran previstas en los arts. 4o.-6o. de la Ley Reglamentaria; en principio, las notificaciones se practicarán al día siguiente de pronunciada la resolución o al auto, y se notifican bien sea por lista o por oficio en el domicilio de las partes por conducto del actuario, con la posibilidad de que se realicen a través del correo certificado con acuse de recibo o bien tratándose de cuestiones urgentes puede ordenarse que se practique vía telegráfica.

La práctica de la notificación deberá atenderse con la persona autorizada para ello; en el caso de aquéllas dirigidas al presidente de la República se entenderán con el secretario de Estado, jefe del Departamento Jurídico que corresponda el asunto o con el consejero jurídico, quienes, en términos del art. 11, son los que pueden representarlo en los juicios de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; sin embargo, el segundo párrafo del

art. 4o. señala que se pueden autorizar a personas distintas a los promoventes para que reciban notificaciones.

El actuario, al realizar una diligencia de notificación, deberá asentar en el acta el nombre de la persona con quien se entiende el acto, y si se niega a firmar o recibir, la notificación se tendrá por legalmente hecha. Así, cualquier notificación que se realice inobservando los anteriores requisitos es susceptible de ser declarada nula por medio de este incidente.

Vale la pena preguntarnos cuándo una notificación debe realizarse de manera personal, sin embargo, la Ley Reglamentaria es omisa en tal punto; para responder esta interrogante es preciso aplicar de manera supletoria, en términos del art. 2o. de la Ley Reglamentaria, el Código Federal de Procedimientos Civiles, mismo que señala, en el art. 309, que son personales las notificaciones por medio de las cuales se emplaza a juicio al demandado, o bien cuando se haya dejado de actuar más de seis meses, cuando sea ordenado expresamente en el auto a notificar y todas aquellas que se realicen al procurador general de la República, y en general todas las que la ley así lo disponga.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, es la propia Ley Reglamentaria la que señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al propio ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión y, una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación la notificación hecha de forma irregular; y se deberá hacer siempre y cuando no se haya dictado sentencia.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir si se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación; pues si la interlocutoria que va decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no transgrede el desarrollo de las etapas procesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (José Ramón Cossío Díaz).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente la Ley Reglamentaria tan sólo señala que se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y dictará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir que se requiera

de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia incidental.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la nulidad planteada que de declararse estimatoria deberá decretarse la nulidad de la notificación, y como consecuencia todo lo actuado a partir de ella, en caso contrario, se seguirá el proceso por sus etapas siguientes. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues de acuerdo al art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye, desde luego, el de nulidad de notificaciones.

VII. En el juicio de amparo, si se alega la nulidad de una notificación, la promoción del incidente, según el art. 68 de la Ley de Amparo, debe realizarse en la siguiente actuación que se comparezca, es decir, si se realiza después de la notificación tildada de inválida, alguna actuación de la parte afectada se convalida la notificación, lo que impediría solicitar su nulidad y se trata de un incidente que no suspende el procedimiento.

Su tramitación requiere que una vez presentado el incidente con las pruebas respectivas, el juzgador dará vista por el término de tres días a las partes para que aleguen lo que consideren conveniente u ofrezcan pruebas, transcurrido ese periodo, dentro de los tres días siguientes, se celebrará la audiencia en la que se recibirán y desahogarán las pruebas, se oirán los alegatos y se dictará la resolución correspondiente, que de resultar procedente se repondrá el procedimiento a partir de la actuación anulada.

José Manuel Chavarrín Castillo

INCIDENTE DE REPOSICIÓN DE AUTOS

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que tiene como objetivo reintegrar al expediente algún elemento que por cualquier razón desapareció de él.

Puede ocurrir que en el desarrollo del juicio constitucional se extravíe o desaparezca alguna parte o la totalidad del expediente por cualquier razón, sea de forma natural —por ejemplo, un terremoto— o provocada —por ejemplo, que se haya sustraído algún auto o constancia del expediente—, para ello, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria) prevé que se pueda promover un incidente con la intención de que las piezas perdidas sean repuestas al expediente al cual pertenecen.

II. Por lo que se refiere al órgano que tramita este incidente, la Ley Reglamentaria señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, de esta forma corresponde al ministro encargado del trámite de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de

la Suprema Corte, el ministro presidente dicta un acuerdo de radicación y turno; así, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, y puede ordenarse incluso de manera oficiosa por el ministro instructor, quien deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior del expediente o de algún auto, y aunque la ley señala que debe presentarse antes del dictado de la sentencia, también se puede válidamente promover en la etapa de ejecución de la decisión final si fue en esa etapa en la que ocurrió la falta del expediente.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea declarado como de previo; sin embargo, consideramos que tratándose de un asunto tan delicado como es la pérdida del expediente o alguna de sus partes conviene suspender el procedimiento en tanto las partes allegan de constancias que permitan continuar con el procedimiento.

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria solamente señala que se sustanciarán en una audiencia, en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y emitirá la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y poder aportar las constancias o copias del expediente extraviado; también puede ocurrir que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio, para ello, el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento y repuestos los autos para que pueda desarrollarse la audiencia.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en el sentido de declarar que el expediente se encuentra completo y se puede continuar con el trámite del proceso. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquél en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye desde luego el de nulidad de notificaciones.

Es importante señalar que el ministro instructor cuenta con la facultad de realizar investigaciones que considere pertinentes, siempre y cuando no sean contrarias al derecho, todo con la intención de encontrar una respuesta a la falta el expediente o de sus autos.

VII. Al igual que en los anteriores procesos en el amparo, al advertirse la falta de constancias del expediente —arts. 70-72 de la Ley de Amparo— se deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior, y puede plantearse de oficio o a petición de parte, para ello, el juez de amparo requiere a las par-

tes para que un plazo de cinco días, con opción de ampliarse a diez, aporten las copias o constancias que obren en su poder; transcurrido el anterior plazo se cita a las partes dentro de los tres días siguientes para la celebración de la audiencia en la que se elaborará una relación de las constancias aportadas, se oírán alegatos y se dictará la sentencia correspondiente.

En términos similares a la controversia y la acción de inconstitucionalidad, el juez que conozca del amparo está facultado para realizar las investigaciones pertinentes sobre la falta de las piezas del expediente.

La Ley de Amparo prevé que si existe el expediente electrónico será innecesario la promoción de este incidente, ya que las constancias que lo integran se encuentran digitalizadas en archivos electrónicos con el uso de las tecnologías que para el caso establezca el propio Consejo de la Judicatura Federal.

José Manuel Chavarrín Castillo

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Es la infracción a la Constitución cometida por la inactividad del legislador, consistente en no legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico, sea por parte del órgano constituyente o por parte del órgano revisor de la Constitución, para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer momento, para alcanzar plena eficacia.

La omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no solo el legislador sino incluso otros órganos del Estado, como, por ejemplo, el Ejecutivo que no emite un reglamento que torne plenamente eficaz una ley. Sin embargo, en el discurso cotidiano cuando se hace referencia a la inconstitucionalidad por omisión se entiende la inactividad del legislador que vulnera la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión implica varios elementos; en un primer momento, es preciso identificar la omisión del legislador, es decir, resulta indispensable precisar en qué momento se configura un “no hacer” o un “no legislar” del legislador; en segundo término, se ha de identificar en qué momento ese “no hacer” del legislador deviene inconstitucional, lo que, a su vez, implica el análisis de tres cuestiones diversas: *a)* la inactividad voluntaria del legislador; *b)* el mandato específico de legislar, y *c)* la ineficacia de la norma constitucional.

En primer término, toda omisión implica abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; en un sentido punitivo, denota una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. La omisión es el acto de omitir, y esta palabra significa dejar de hacer, decir o consignar algo, dejar fuera algo, así, una omisión es un “no hacer”, un “no actuar”.

Una característica básica de la omisión es que es un concepto referencial, es decir, no existe una omisión en sí, sino siempre en relación con una determinada acción. Por tanto, solo se omite algo en un contexto en el que es relevante una actuación determinada, solo se deja de hacer o se omite una

conducta cuando tal conducta o ese hacer es probable; por ello es que se afirma que detrás de la estructura típica de la omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción no realizada por el sujeto.

Así, la omisión consiste en la violación a una norma de mandato que impone al destinatario la obligación específica de hacer algo en determinadas circunstancias o condiciones, de donde se sigue que el de omisión es un concepto *normativo* y de referencia a una acción determinada. Por otra parte, para la configuración de la omisión se hace necesario atender a la capacidad psicofísica y normativa del destinatario, puesto que no se puede exigir una conducta a algún sujeto incapacitado física o mentalmente para realizarla, como tampoco puede ser exigida una conducta a un sujeto que desconocía que estaba obligado a algo. Es por ello que se puede, finalmente, definir la omisión como “la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma”.

Asimismo, la omisión implica un no actuar como se esperaba; un sujeto solo omite una conducta cuando ésta es probable que se realice, y, en el ámbito de lo jurídico, la probabilidad de una conducta deriva tanto de las condiciones físicas y psicológicas del destinatario como, fundamentalmente, del mandato de una norma que impone el deber de una actuación concreta en condiciones específicas.

Cuando se habla de “omisión legislativa” o de “omisión del legislador” se pretende indicar que éste, el legislador, *no ha actuado como se esperaba que actuara*, que su conducta empírica y normativamente probable no se ha presentado. Y, particularmente en un Estado de derecho, la conducta que se reclama del legislador, tanto desde el punto de vista empírico como del normativo, consiste en legislar; es decir, crear textos normativos que tengan la categoría de leyes. En otras palabras, lo que se espera del legislador es que cree leyes. Así, las expresiones “omisión legislativa” u “omisión del legislador” denotan que el encargado de dar o crear una ley en particular no lo ha hecho (o lo ha hecho en forma deficiente) cuando era esperado o probable que lo hiciera.

Para la configuración jurídica de la inconstitucionalidad por omisión legislativa lo importante *no es* establecer la existencia o presencia de una omisión en sí, empíricamente verificable incluso; lo que de verdad importa es determinar si la omisión puede ser tipificada, es decir, si se está ante la ausencia de una conducta *debida*, si la conducta omitida era mandada por una norma de rango constitucional o si una norma constitucional se torna inaplicable por la inactividad del legislador. Considero que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es fundamentalmente normativa, es decir, no se busca castigar al sujeto que omitió la conducta, sino tornar plenamente eficaz una norma constitucional.

Lo inconstitucional es aquello que no es constitucional, es decir, que no está de acuerdo o conforme a la Constitución. Cuando se habla de *inconstitucionalidad* por omisión legislativa significa que el legislador no actuó, en forma voluntaria, frente a un deber específico de legislar consignado en una norma constitucional; en otras palabras, que el legislador violó el mandato de una norma constitucional que le imponía el deber específico de legislar; pues no lo hizo.

La Constitución está conformada por diversas normas jurídicas, todas ellas supremas, pero con un grado de eficacia diferente, puesto que algunas normas constitucionales no requieren de alguna intervención posterior para ser plenamente eficaces, en tanto que otras normas constitucionales, y supremas por tanto, sí requieren de la intervención de un agente que las torne cabalmente eficaces, como aquellas que requieren de un desarrollo legislativo posterior. Cuando el legislador no actúa, es decir, no legisla y, por lo tanto, no desarrolla la Constitución vulnera el principio de supremacía constitucional y menoscaba la eficacia plena de la norma suprema.

Las normas constitucionales pueden ser divididas, según el grado de su eficacia, en normas de eficacia plena y normas de eficacia limitada; las primeras son aquellas que para convertirse en móvil de la conducta de los sujetos no requieren de un desarrollo normativo posterior, sino que son eficaces desde el mero momento en que existen; en tanto que las segundas son normas constitucionales que requieren, para su plena eficacia, de un desarrollo normativo posterior, tales como las disposiciones normativas que crean órganos o instituciones procesales. Por ejemplo, las llamadas normas constitucionales de principio, por definición, serán normas de eficacia plena, en tanto que las llamadas normas constitucionales programáticas serán normas de eficacia limitada.

En no pocas ocasiones el órgano constituyente o el órgano revisor de la Constitución le hace al legislador ordinario algunos “encargos”, es decir, se le asigna ya no la tarea genérica de legislar, sino la específica de desarrollar ciertos preceptos constitucionales de eficacia limitada, puesto que, dada la previsión explícita o implícita contenida en tales preceptos, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena.

Este mandato o encargo al legislador es esencial para que se presente la infracción a la Constitución en caso de omisión, puesto que ésta solo será relevante desde el punto de vista jurídico cuando exista un precepto jurídico, en este caso constitucional, que mande una conducta o acción legislativa específica y concreta, y dicha acción o conducta no se verifique. El mandato o encargo puede ser implícito o explícito, pero siempre deberá existir.

Al no cumplir con este mandato, es decir, al omitir legislar en lo particular, el legislador vulnera la eficacia de una norma constitucional y menoscaba su aplicabilidad, la posibilidad de que sea acatada. De esta forma, la infracción a la Constitución se puede actualizar no solo en el momento en que el legislador incumple con un deber específico de legislar en concreto, derivado de un mandato o encargo del constituyente o del órgano revisor, sino que se configura también cuando la falta de eficacia de una norma constitucional que la torna inaplicable deriva de la inactividad legislativa.

Así, la omisión se configura tanto con la verificación del incumplimiento del deber específico de legislar en concreto impuesto por el constituyente u órgano revisor de la Constitución, como al constatar que la inactividad del legislador genera la ineficacia de una norma constitucional específica; de lo anterior se infiere que el objeto del control es la consecuencia *normativa* derivada o producida por la inactividad legislativa.

INTERÉS LEGÍTIMO

I. *Concepto*. Semánticamente tiene dos acepciones; por un lado, el interés de una persona reconocido por el derecho y, por el otro, la situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación del Estado, que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. El fin es que ninguna conducta (acción u omisión) de la administración, y en especial sus consecuencias, quede al margen o exenta de un auténtico y efectivo control judicial.

La institución es de cuño jurisprudencial, tendente a la tutela de actos, en especial, aquéllos basados en facultades discrecionales y omisiones de la autoridad administrativa, donde destaca la indebida prestación de servicios públicos que, siendo contrarias al orden jurídico, impliquen un perjuicio cualificado a cierto o algunos sujetos en cualquiera de sus intereses. Por esa razón se confiere un poder de exigencia respecto a la legitimidad en el actuar administrativo.

Ferrer, en su obra *Juicio de amparo e interés legítimo*, refiere que es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, reconocida o aceptada por el derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, ni la contraparte una obligación correlativa, pero sí a exigir de la administración y a reclamar ante los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales, relacionados con el mismo, a fin de defender esa situación de interés.

García de Enterría, citando criterios jurisprudenciales españoles, señala que por interés legítimo ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente; concepto que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (queja, perjuicio ilegítimamente causado, echar en cara, reclamo, consecuencias perturbadoras), entendido como un perjuicio concreto causado al interés, que es lo sustancial y no el interés mismo.

Esta observación permite recomponer la actitud del recurrente, no como una simple inclinación sino como una reacción frente a un perjuicio que le causa el acto u omisión de la administración y, por tanto, tal perjuicio debe ser eliminado como resultado o consecuencia de la anulación del acto ilegal, de modo tal que se conectan y coinciden el interés subjetivo y la legalidad objetiva.

Finalmente, algunos aspectos que será necesario controlar y corroborar para afirmar que se está ante la presencia de intereses legítimos desconocidos

y violados son: la ilegitimidad o inoportunidad del acto u omisión; el interés personal del inconforme asociado a una especial situación frente al orden jurídico; el círculo definido y limitado de individuos afectados; el interés patrimonial o moral lesionado.

II. *Objeto.* Dice Sánchez Morón: “quien impugna un acto en virtud de un interés legítimo no ha de limitarse a pretender su anulación, sino que podrá pedir también, si procede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que no será un derecho subjetivo típico, del que carece, pero sí puede ser un derecho instrumental de participación en un procedimiento o el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le haya causado la actuación ilegal de la Administración”.

Debe destacarse que para tener acceso al procedimiento o vía de impugnación correspondiente es necesario acreditar la afectación resentida en la esfera jurídica de un interés subjetivo, en virtud de una especial situación frente al orden jurídico.

En efecto, es necesario acreditar, por un lado, la actuación ilegítima de una autoridad y, por otro, presentar una situación especial o calificada relacionada con una lesión o principio de afectación a la esfera jurídica en virtud de esa especial situación e incidencia en un interés individual o colectivo.

Para obtener una decisión favorable es necesario que durante la secuela procesal, la afectación a la esfera jurídica, que justificó instar la vía jurisdiccional, subsista, en tanto es una cuestión de procedencia que no debe desaparecer.

Una vez emitida la resolución, de ser favorable, se declarará la actuación u omisión de la autoridad como ilegítima respecto a un derecho objetivo o régimen legal que no fue acatado; además, se ordenará rectificar, enmendar o anular esa conducta ilegítima, obteniéndose una satisfacción indirecta del interés personal, en la medida que se logra una ventaja legítima al desaparecer los efectos y consecuencias de la acción u omisión ilegal de la autoridad.

Correlativamente, la nulidad del acto de la autoridad es susceptible de generar un título conducente a obtener una restauración o reparación del daño consecuente (pretensión secundaria) derivado de un acto ilegítimo que no se tiene obligación jurídica de soportar.

Los efectos de la restitución ordenada serán generales, en tanto que se comunican y extienden a todos los individuos o colectivos incididos por los efectos de la conducta ilegal.

En el caso del juicio de amparo, la restitución consiste en obtener el pleno disfrute y eficacia de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados, desconocidos o erosionados, sobre todo aquéllos donde va implícita una acción en favor del titular del derecho, acorde a lo que ahora prevé el art. 1o. constitucional, dadas las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger, garantizar y reparar los efectos y consecuencias de cualquier violación.

El propósito básico es anular actos ilegales, lo que implica también la censura de omisiones ilegítimas, esto sucede cuando la autoridad, estando obligada a comportarse de cierta manera, omite la conducta respectiva.

A esa consecuencia básica, tanto en Argentina como en Costa Rica, se agrega la posibilidad de plantear pretensiones prestacionales derivadas de omisiones en el actuar del Estado, siguiendo caminos ya andados en Europa, donde hay precedentes de censura respecto a omisiones ilegítimas, incluso respecto a prestaciones derivadas de derechos económicos, sociales y culturales.

Estas ideas se apoyan en que al estar regulada, legal y constitucionalmente la función o actividad administrativa, la disfunción es objeto de cuestionamiento y tutela, especialmente cuando se afectan prestaciones que implican un mínimo vital al que cualquier administrado tiene derecho y facultad de exigir y obtener.

Acreditada la ilegalidad del actuar de la administración, surge el título para una eventual y consecuente acción de condena por los efectos y consecuencias tanto de las acciones realizadas como también de prestaciones omitidas, entendida como una justicia retributiva por el *grief* (perjuicio concreto causado). Resulta así procedente una consecuente acción para instar una restitución o reparación, solicitada respecto a intereses propios, cualificados, específicos y afectados (individuales, colectivos o difusos) que incidan en el denunciante.

III. *Legislación e interpretación jurisprudencial.* La previsión del interés legítimo para el juicio de amparo aparece estipulada en la frac. I del art. 107 constitucional. Es de considerar que el precepto referido contempla, de manera disyuntiva, como ingredientes del interés jurídico, necesario para la procedencia del juicio, la titularidad de un: *a)* derecho subjetivo o *b)* interés legítimo, ya sea individual o colectivo.

Con la inclusión del interés legítimo como condición sustantiva o legitimación *ad causam* (y su correspondiente incorporación en el art. 5o. de la Ley de Amparo vigente) se están generando criterios jurisprudenciales que definen el concepto a partir de sus elementos o características definitorias, como la de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. EN QUÉ CONSISTE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO” (véase tesis I.4o.A.3 K (10a.)); consistente en otorgar un poder de exigencia al justiciable cuando la actuación u omisión de la autoridad administrativa o las consecuencias de dichos actos le genere una afectación, cuya anulación o declaratoria de ilegalidad le beneficia por hallarse en una situación especial o cualificada.

Asimismo, existe un interesante criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte que abarca tanto el alcance multifacético de los intereses materia de tutela, como de la aplicación del concepto afectación indirecta o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. EN PRINCIPIO, LA FALTA DE ÉSTE NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO QUE CONDUZCA A DESECHAR LA DEMANDA CUANDO LOS PADRES, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR DE EDAD, ACUDEN A COMBATIR ACTOS DE AUTORIDAD DIRIGIDOS A AFECTAR LOS PREDIOS DE UN TERCERO, DE CUYO USO SE BENEFICIAN POR ALGÚN TÍTULO LÍCITO, Y SE RELACIONAN CON LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES SENSIBLES PARA DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES” (véase tesis 1a./J. 44/2013).

Sin embargo, no toda la jurisprudencia ha sido consistente y unánime en la connotación del concepto, en tanto hay criterios que atribuyen tanto al in-

terés legítimo como al interés jurídico la cualidad de legitimación *ad procesum*. La conclusión es que la evolución jurisprudencial y doctrinal darán cuenta de estos aspectos discordantes.

Jean Claude Tron Petit

INTERÉS SIMPLE

I. *Intereses*. En sentido común, interés es el juicio formulado por un sujeto acerca de una necesidad, sobre la utilidad, provecho, ganancia o sobre el valor de un bien en cuanto sea medio de satisfacción de una necesidad.

Al hablar de intereses se alude a una aspiración o deseo respecto a ciertos objetos, bienes, hechos o casos hipotéticos, expectativas, prestaciones o estatus que puedan ser anhelados, aprovechados y, en su caso, exigibles.

II. *Interés simple*. En un contexto jurídico, el concepto de interés simple surge por la necesidad de distinguir entre éste y los diversos conceptos de interés legítimo, intereses colectivos y derecho subjetivo, ya que ser titular de alguno de éstos dota de legitimación procesal (interés jurídico) para participar en procedimientos o para promover una acción judicial, conducente a reparar un daño causado u obtener un beneficio.

En este sentido, el interés simple es común, general, perteneciente a cualquier persona en relación con el buen funcionamiento de la administración, sin que medien daños o pretendidos beneficios, distintos o desiguales a los que pudieran afectar a la generalidad de los miembros de la sociedad.

Ferrer Mac-Gregor define al interés simple como el interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar al juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular cuando las leyes lo permiten, en tanto que no requiere de una condición precisa o de una cualificación subjetiva especial.

III. *Daño cualificado*. Se dice que un daño es cualificado cuando el agravio que sufre el sujeto es diferenciado respecto de la situación en que se hallan las demás personas, incidiendo destacadamente en cierto individuo o un círculo limitado de personas en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Sánchez Morón precisa que la afectación cualificada —elemento esencial del interés legítimo— lo distingue del interés simple.

Ese perjuicio especial es un concepto jurídico indeterminado que debe implicar un aspecto de seriedad procesal, en razón de provocar un daño o privar de un beneficio, pero de carácter propio, real, personal, directo, actual o potencial —aunque no meramente hipotético—, que incida en un interés económico, profesional, político o inclusive intelectual o moral, o de cualquier otra naturaleza.

Esta diferencia de matices en el grado de intensidad o cualidad en razón de la afectación especial y peculiar marca la esencia de la clase distinguible.

En este sentido viene al caso citar la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que recoge esta institución en los términos siguientes:

“Artículo 4o. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y *desiguales a los que pudieran afectar al común de la población*” (cursivas añadidas).

Es así que se habla de interés legítimo en el supuesto de que una medida administrativa —otorgar a una empresa una licencia para construir un gran centro comercial, aun cuando ninguna ley lo prohíba—, pueda afectar de manera cualificada y con especial énfasis o intensidad a los pequeños comerciantes de la localidad, a quienes la competencia de una gran superficie comercial podría originar pérdidas de beneficios; de manera análoga puede incidir en el propietario de la parcela colindante, para quien el nuevo centro será una fuente de ruidos y molestias, o los integrantes de una asociación de vecinos al reclamar que el terreno se destine a un hospital.

Lo mismo puede ocurrir con los usuarios de un servicio que por deficiencias de gestión devenga en ineficiente; pero sin que abarque o incluya a todos los ciudadanos o habitantes. Surge así una distinción o diferencia entre la universalidad de personas, con un interés simple y el colectivo perjudicado de un modo desigual.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se habla de interés simple; sin embargo, su noción surge, por exclusión, al exceder los límites que corresponden ya sea al interés legítimo o a los intereses colectivos, que incluyen a los difusos, mereciendo una tutela distinta y privilegiada por llevar implícita la afectación cualificada. Es así que el interés simple ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional y extranjera, especialmente en los Estados Unidos de América, España y varios países latinoamericanos, donde destaca la cualidad de ser un interés amplio, general, vago e impreciso, ya que de ser satisfecho acarrea un provecho o utilidad universal, pero sin habilitar el ejercicio de acciones restitutorias como las que devienen al existir interés legítimo.

Cabe destacar la tesis 1a. XLIII/2013 (10a.) de rubro: “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE”, en la que se advierte que un interés simple o jurídicamente irrelevante es entendido como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado, pero que en caso de satisfacerse no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido.

También resulta ilustrativa la tesis aislada I.4o.A.1 K (10a.) identificada con el rubro: “INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS SIMPLE. SUS DIFERENCIAS PARA EFECTOS DEL AMPARO”, en la que se explica el interés simple como la situación en que solamente se aduzca la pérdida del beneficio o ventaja, ya sea fáctica o material, y no derive de una actuación irregular de la autoridad, que no faculta al particular para exigir una determinada prestación, de manera que no es susceptible de tutela judicial, sino que únicamente permite formular peticiones o denuncias.

Asimismo, la tesis aislada IX.20.2 A (10a.) cuyo rubro es: “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ÉL QUIEN OSTENTÁNDOSE ÚNICAMENTE COMO CIUDADANO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, RECLAMA LA DETERMINACIÓN QUE APRUEBA LA REINCORPORACIÓN DE UN MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBU-

NAL DE JUSTICIA A SUS LABORES DESPUÉS DE QUE, CON MOTIVO DE UNA LICENCIA, OCUPÓ EL CARGO DE SECRETARIO DE DESPACHO EN EL GOBIERNO LOCAL, PORQUE ADUCE QUE DEBIDO A ESTE NOMBRAMIENTO DEJÓ DE CUMPLIR CON EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99, FRACCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA ENTIDAD”, establece sustancialmente que el interés simple es un interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar el juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular.

En conclusión, para que un pretendido interés no sea reputado como simple deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Especial posición cualificada de la persona o colectivo recurrente;
- b) Círculo de intereses individual o colectivo afectado, distinto de uno general o universal;
- c) Un interés propio, distinto del de cualquier persona;
- d) Conveniencia o provecho específicos de ser acogida la pretensión;
- e) Utilidad real, específica y diferenciada para el recurrente o interesado, es insuficiente un agravio vago o impreciso;
- f) No es necesaria la afectación a un derecho subjetivo ni a la esfera jurídica del particular o colectivo, basta el perjuicio cualificado, y
- g) El orden jurídico debe estipular un reconocimiento mayor que formular una simple denuncia, estableciendo un poder para exigir algo específico en favor del interés particular o colectivo lesionado.

IV. *Acción popular*. Se habla de acción popular, como una institución vecina del interés simple, cuando la ley permite cuestionar un acto, a cualquier persona o ciudadano, sin exigirle requisitos o condiciones.

Su antecedente se remonta a Roma y servía para que cualquier persona pudiera controvertir la afectación o daño a intereses públicos, intereses del *populus*, aunque sin incluir o abarcar los individuales.

En ese sentido, existe la acción popular en Colombia, resultando idónea para la protección de bienes de uso o titularidad pública, en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.

El objetivo no es lograr la reparación o indemnización por un daño ocasionado en razón de una acción u omisión de las autoridades o de los particulares, respecto de intereses individuales o colectivos, sino que se contrae a bienes de titularidad pública con una finalidad meramente preventiva —para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses públicos o restituir las cosas a su estado anterior— cuando fuera posible.

Algunas de sus peculiaridades son que cualquier ciudadano las puede utilizar para impugnar un acto lesivo para el interés general y no es necesario invocar la lesión de un derecho, interés legítimo o acreditar la existencia de un daño cualificado.

La acción popular se reconoce en el derecho administrativo español, en ciertos casos concretos y excepcionales, como la defensa de la legalidad urbanística, del patrimonio histórico-artístico o de la legislación de costas.

En el caso de México hay un claro ejemplo de una figura atípica, en el apartado A, frac. III, del art. 6o. constitucional, que faculta a toda persona para acceder a información pública, datos personales o a su rectificación.

Pero además, existen diversas leyes que contemplan la denuncia popular, como ejemplo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que, en sus art. 189-204, contempla un procedimiento de denuncia popular en el cual dota de facultad a toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades para denunciar, ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su art. 97, contempla que cualquier persona podrá denunciar ante la Procuraduría Federal del Consumidor las violaciones a las disposiciones de dicha ley, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables.

Jean Claude Tron Petit

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es un concepto consagrado inicialmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3o., párrafo I; art. 9o., fracs. I y III; art. 18, frac. I; art. 21, frac. I; art. 37, frac. III; art. 40, frac. VII). La Convención Americana sobre los Derechos Humanos también reconoce este concepto en los arts. 17, frac. IV, y 19. Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, este derecho se encuentra plasmado en el art. 4o. constitucional, así como en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Este principio se vincula con el principio de dignidad que sitúa al niño, niña o adolescente como persona titular de los derechos reconocidos en la Convención, “separándolo definitivamente de la esfera de inmunidad paterna”.

El interés superior del niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se le considera el principio “rector-guía” de la misma, es decir, con base en él deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en ella. El propósito de este concepto es garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos en este instrumento internacional y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación por un adulto de lo que es interés superior del niño no puede primar sobre el goce de todos los derechos del niño contenidos en la Convención.

El Comité señaló que el interés superior del niño es un concepto triple:

1. Derecho sustantivo: el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tome en cuenta al momento de la ponderación de distintos intereses al adoptar cierta decisión. La Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa de este principio, que es invocable frente a los órganos judiciales;

2. Principio jurídico interpretativo fundamental: se elegirá la interpretación que satisfaga más ampliamente el interés superior del niño.

3. Norma de procedimiento: el proceso de toma de decisiones debe incluir siempre una consideración de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, de la decisión en el desarrollo del niño. La justificación de las decisiones deberá establecer que se tomó en cuenta el interés superior del infante.

El concepto de interés superior no es unívoco, sino dinámico, ya que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño o niña, a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como: su situación particular, su desarrollo, su contexto cultural y social, y las necesidades propias del niño, entre otros.

Miguel Cillero plantea que la noción de interés superior es una garantía que se traduce en que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”. Este principio contiene, sin embargo, elementos mínimos, como son: el derecho a la protección, es decir, todo niño, niña o adolescente debe ser protegido contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el descuido físico, psicológico, mental y emocional. Por otro lado, el concepto establece que se debe garantizar la posibilidad de desarrollo armonioso, es decir, que el niño tenga derecho a crecer en un ambiente sano y con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Carlos Pérez Vázquez

INTERESES DIFUSOS

A partir de lo que en esencia dispone el art. 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se entiende por intereses difusos aquéllos de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho comunes, ligadas en virtud de una pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, respecto de una misma prerrogativa. Ejemplos claros son el derecho a un medio ambiente sano, a que no exista publicidad engañosa o la eficiencia de los servicios públicos, y se conciben como una especie del género derechos o intereses colectivos (*lato sensu*).

Los titulares son usuarios de ciertos servicios o quienes disfrutan de bienes públicos o colectivos, preferentemente grupos vulnerables, discriminados, no organizados con asimetrías en cuanto a información o en relación con otras situaciones.

Son indivisibles, ya que la satisfacción de un fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende, por naturaleza, a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a todos los integrantes del conjunto comunitario.

Obedecen a una evolución del principio de tutela judicial efectiva, que va más allá de los intereses individuales para comprender también, como dignos de protección, los intereses que en un determinado caso afectan a personas de manera colectiva, difusa o indiferenciada, incluyendo a grupos o categorías enteras de personas.

Algún sector de la doctrina los identifica con derechos fundamentales de 2a. y 3a. generación, cuyo fundamento puede ser la igualdad, solidaridad y dignidad, incluso desde una perspectiva internacional, y facultan a una colectividad para ejercer pretensiones o poder de exigencia con el fin de imponer pretensiones de hacer, no hacer o dar, instituidas para la defensa de intereses supraindividuales e indivisibles. Por lo general, dentro de los bienes tutelados se consideran aquéllos esenciales de la vida.

Comenta Gidí que el derecho difuso es de naturaleza transindividual e indivisible, y pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que ahora están relacionadas únicamente por circunstancias de hecho en razón de una situación específica.

Cruz Parceró considera que en el análisis de los derechos o intereses deben tomarse en cuenta tres elementos (titular, objeto y destinatario), lo que da origen a una definición relacional triádica. En ese sentido, resulta que los derechos o intereses pueden tener el calificativo de colectivos en razón de: a) sujetos titulares, siendo supraindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, ya que su violación afecta a todo el grupo como entidad con identidad propia, y b) objeto, entendiendo por tal un bien, cosa, servicio o prestaciones tutelados que tengan el carácter de colectivo por tratarse de un bien indivisible o público.

I. *Daño o amenaza.* A diferencia del daño requerido en el interés jurídico, fundado en un derecho subjetivo o en un interés legítimo, en el interés difuso el grado de afectación efectiva se debilita o minimiza, llegando al extremo de no exigir un daño real (materia ambiental), bastando un eventual peligro que determine asumir medidas de protección, atendiendo a los principios de prevención, precaución y sufragar el costo de externalidades.

Es así que el grado de afectación real exigido dependerá de situaciones concretas y la correlación con bienes o valores que en materias específicas se tutelan, dependiendo de si la magnitud del menoscabo aconseje imponer referentes para limitar la legitimación, como pueden ser la vinculación espacial en el caso de la prestación deficiente de un servicio (la falta de desagües en un barrio no parece legitimar al habitante de otro), los efectos del hecho (hasta dónde llega el daño por la liberación de toxinas en la atmósfera), el carácter con que acudan los sujetos (consumidores o usuarios, incluso probables); en todo caso, siempre es necesaria la lesión o posible afectación diferenciada del sujeto titular que pueda distinguir este tipo de intereses respecto del meramente simple.

II. *Instituciones afines o relacionadas.* Un mismo hecho puede menoscabar intereses difusos (indivisibles) al propio tiempo que derechos individuales homogéneos (divisibles), siendo un ejemplo la afectación al medio ambiente (típicamente indivisible), pero que afecta también prerrogativas individuales escindibles (costo de tratamiento de personas afectadas por emanaciones tóxicas o saneamiento de un determinado terreno contaminado).

Por tal motivo, bajo el concepto de acciones colectivas se hace referencia a medios procesales y de tutela para una pluralidad de intereses, no solo de carácter colectivo sino también derechos de incidencia colectiva, como lo es la figura de los derechos individuales homogéneos, de carácter divisible, que por razones de estricta conveniencia, y no de necesidad lógica, tornan propicio un tratamiento concentrado, además de carecer los afectados de incentivos para intentar acciones individuales, bastando una pluralidad relevante de sujetos incididos aunque los derechos sean divisibles (consumidores), tal es el caso de regulaciones en países como México, Argentina, Brasil y Estados Unidos.

En estos casos la decisión puede resultar disyuntiva: *a)* detener o remediar la afectación colectiva de carácter indivisible (casos de publicidad engañosa o emisión de contaminantes) y *b)* restituir o reparar daños individuales y divisibles.

III. *Legitimación para hacerlos valer.* En cuanto a la formulación o expresión de estos intereses, además de citar los derechos u objetos que protejan, es indispensable tener bien claro cuáles son los valores esenciales o fines que se pretenden satisfacer, a fin de poder establecer su relación directa con el caso y las específicas circunstancias de lesión para proveer la mejor alternativa de tutela práctica y efectiva y de reparación. De no ser así pueden devenir en meras “declamaciones” vacías de contenido. Por tanto, debe atenderse a los derechos fundamentales incididos, a los grupos o sectores afectados, en especial cuando sean vulnerables, desprotegidos, carentes de organización o se ubiquen en situaciones asimétricas de manera que exijan especiales ponderaciones para acercar las decisiones a los fines de equidad más factibles.

En el sistema jurídico de los Estados Unidos, en principio, solo se encuentran legitimados para accionar en defensa de derechos colectivos aquellos sujetos que puedan demostrar que la conducta cuestionada les produce un daño personal y actual, así como que la sentencia a dictarse resultará útil para poner fin a tal situación —*standing o standing to sue*—, semejante al daño cualificado en el sistema mexicano (véase interés simple e interés legítimo).

El estado actual de la regulación es que la legitimación variará dependiendo de criterios judiciales, de los intereses y derechos invocados y de la pretensión deducida.

Por tanto, los criterios pretorianos deben ocuparse y atender a conseguir o construir, en casos específicos, las mejores alternativas de legitimación, tutela, remediación y, en general reparación, tanto colectiva como individual, sobre la base del equilibrio de intereses y razonabilidad de consecuencias en el control judicial.

Estos derechos o intereses, siguiendo algunas ideas de Ferrer, presentan una o varias de las siguientes peculiaridades:

a) No se ubican en el derecho público ni en el privado, sino en el social, incidiendo sobre agrupaciones o sectores desorganizados cuyos miembros se desconocen entre sí y donde quienes los forman pueden entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento.

b) Otra peculiaridad es una específica (cualificada) afectación en comparación con la sociedad en general, analizándose el grado en cada caso concreto.

c) Resultan afectados o incididos de manera diferenciada por una externalidad negativa.

d) Es difícil codificarlos, por lo que aparecen dispersos en varias normativas.

e) Protegen muy variados intereses no solo patrimoniales, sino fundamentalmente valores morales, culturales, estéticos, de salud, etcétera, o bienes como el agua y el aire que no están en el comercio y son bienes públicos.

f) Parecen formar parte del derecho administrativo pero lo desbordan.

g) Resulta casi imposible determinar las calidades exactas o inmutables de los sujetos y, por ende, definir las relaciones entre titular y destinatario, o entre sujetos activos y pasivos.

h) La tutela judicial implica idear nuevos conceptos de instituciones como legitimación, representación, garantía, pero también suplencia en pretensiones y pruebas, emplazamientos masivos a sujetos indeterminados, cosa juzgada, etcétera.

Jean Claude Tron Petit

INTERNET (DERECHO AL)

Los orígenes operativos de lo que hoy conocemos como Internet se remontan a finales de la década de los sesentas, durante la época de la llamada “guerra fría”, que surgió como un proyecto militar fundamentalmente defensivo en los Estados Unidos.

Además de ser Internet un fenómeno técnico de carácter mundial, también lo es a otros niveles, dentro de los que destacan el económico, político, cultural, educativo, psicológico y por supuesto el jurídico.

En la Resolución A/HRC/20/L.13 del 5 de julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, basado en los informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, presentados al propio Consejo y a la Asamblea General, se señala que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconociendo la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, exhortando a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional, comprometiéndose a seguir examinando la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión,

en Internet y en otras tecnologías, así como la forma en que Internet puede ser un importante instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con su programa de trabajo.

En el actual Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 en la Meta Nacional “México Próspero”, en una de sus estrategias y línea de acción transversal, se señala la necesidad de “incrementar el número de usuarios del Internet” en México.

La reforma constitucional a la CPEUM, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, entre otros rubros, señala en el art. 6o., tercer párrafo, que “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”.

Por otra parte, y en ese mismo art., el apartado B, frac. I, señala que “El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales”.

Por otro lado, el art. Décimo Cuarto Transitorio de dicha reforma menciona que, entre otras metas de la política pública gubernamental en materia de TIC, por lo menos 70% de todos los hogares y 85% de todas las micros, pequeñas y medianas empresas a nivel nacional, deben contar con accesos a Internet con una velocidad real para descarga de información de conformidad con el promedio registrado en los países miembros de la OCDE.

Finalmente, se señala que el Ejecutivo Federal realizará las acciones tendientes a garantizar el acceso a Internet de banda ancha en edificios e instalaciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal, y que las entidades federativas harán lo propio en el ámbito de su competencia.

Julio Téllez Valdés

INTERPRETACIÓN COMPARADA

“Interpretar” significa atribuir un significado a una frase. La ciencia jurídica se ocupa especialmente por aquel tipo de interpretación relativa a las proposiciones deontológicas. El desarrollo del constitucionalismo y la rápida difusión de los sistemas de control de constitucionalidad a nivel mundial han llevado a la doctrina publicista a desarrollar teorías que distinguen, sobre la base de diferentes parámetros, la interpretación jurídica en general, de la constitucional. De vez en cuando, la especificidad de la interpretación constitucional se halla identificada en su objeto (normas vagas, indeterminadas, ideológica y/o principios); en sus intérpretes (los tribunales constitucionales en *primis*); en el producto de la interpretación, es decir, en el hecho de que él mismo se convierte en objeto y determina el carácter de la superioridad de la Constitución (Troper), según la famosa fórmula de la Corte estadounidense en el caso *Cooper v. Aaron*, 358 EE.UU. 1 (1958): “La interpretación de la Enmienda Decimocuarta enunciada por esta Corte en el caso de *Brown* es la ley suprema del país”; en los criterios o cánones interpretativos, poniendo en evidencia el papel particular que juegan el principio de razonabilidad y la técnica del balance dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes.

De Savigny en adelante, la doctrina continúa discutiendo sobre el número exacto de los cánones de la interpretación y su funcionamiento. Alexy, por ejemplo, los divide en seis grupos: la interpretación semántica, genética, histórica, sistemática y teleológica, y termina con la comparativa. También Häberle afirma que la comparación surge hoy como un quinto método interpretativo, después de los clásicos criterios gramatical, lógico, histórico y sistemático. Incluso el juez emérito de la Corte Suprema israelita, Barak, considera a la comparación útil a fin de elegir entre distintos significados posibles de una disposición constitucional, integrada con los criterios semánticos y teleológicos, si hay en las diferentes Constituciones un recordatorio de los valores de una sociedad democrática o una base ideológica común y / o de valores fundamentales.

El punto merece especial atención, ya que se trata de un argumento que ha generado un intenso debate en la doctrina y entre los mismos jueces, revelando una de las fronteras del uso del derecho comparado. No obstante que el comienzo de este diálogo ha sido escrito por los juristas alemanes, es en el ámbito del *common law* donde se comienza a hablar, en los años noventa, de *comunicación transjudicial*, *la conversación transnacional* y *del diálogo judicial*, en los escritos de autores como A. Slaughter, C. McRudden y S. Choudhry, en relación con el uso, por parte de las Cortes constitucionales y supremas, del argumento del derecho comparado, o más modestamente al citar la jurisprudencia y la legislación extranjera en las sentencias con el fin de resolver cuestiones de constitucionalidad de las normas. Esto no es casualidad, y parece del todo comprensible, a la luz de que los abogados del *common law* están más acostumbrados a la comparación con la jurisprudencia de otros países dentro del *Commonwealth*, en la aplicación del sistema de precedentes.

Más o menos en los mismos años, el debate asume importancia con el choque de las opiniones vertidas por la mayoría, en las opiniones disidentes y en los debates académicos entre los jueces Scalia y Breyer, respectivamente, en contra y a favor del uso del derecho extranjero como argumento interpretativo en la resolución de casos de constitucionalidad, comenzado con el caso *Printz v. EE.UU.* en 1997, y que se inserta en una disputa más amplia entre originalistas y constructivistas sobre la interpretación constitucional. Si bien ya se podían encontrar referencias esporádicas al derecho extranjero que en la jurisprudencia de la Corte Suprema, es con la sentencia *Knight v. Florida* de 1999, el uso de la comparación por parte de la Corte se convierte en un auténtico caso judicial y político, llegando a conquistar la atención internacional. En su *opinión disidente*. El juez Breyer llega a citar de una manera especialmente provocativa, entre otras, la jurisprudencia del *Privy Council*, de la Corte Suprema canadiense, de la Indiana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como una sentencia del Tribunal Supremo de Zimbabue, con el fin de apoyar su posición sobre la constitucionalidad de la pena de muerte después de un largo periodo en prisión. Si en *Knight* los caballeros del uso de la comparación se encontraban en minoría, importantes sentencias posteriores han visto el amplio uso de la referencia a los casos y al derecho extranjero para argumentar sobre las decisiones de la Corte; por ejemplo, la ilegitimidad constitucional de la penalización de la sodomía (*Laurence v.*

Texas en 2003) y de la pena de muerte a menores de edad (Roper v. Simmons en 2005).

Como consecuencia política de este sorprendente (ab)uso del derecho extranjero, se han repetido las propuestas de legislación en la Cámara y en el Senado, nunca aprobadas, sobre la imposición del veto a la cita de derecho extranjero, en la interpretación de la Constitución (por ejemplo, S. Res. 92 (2005). “Resuelto, que es el sentir del Senado que las interpretaciones judiciales sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos no deberían basarse en su totalidad o en parte en las sentencias, las leyes, o pronunciamientos de instituciones extranjeras a menos que tales sentencias extranjeras, leyes, o pronunciamientos informan una comprensión del significado original de la Constitución de los Estados Unidos”), va tan lejos como para proponer la destitución (*impeachment*) de un juez en caso de violación.

Posteriormente, los estudiosos han ampliado el ámbito de la investigación, creando una taxonomía entre las cortes menos propensas al uso de este canon (como Francia, Italia o Alemania) y las cortes que incluso toman una base positiva en la Constitución a medida que utilizan el derecho extranjero (como el art. 39 de la Constitución de Sudáfrica, que legitima a la Corte Constitucional en el uso del derecho extranjero —*foreign law*— en la interpretación de la *Bill of Rights*) o cortes para las cuales esto representa un rasgo genético, como jurisdicciones teniendo que aplicar también el derecho producto de la tradición común de varios Estados (tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional) (Groppi-Ponthoreau).

Sin embargo, más allá de los estudios que identifican el fenómeno a través del análisis de los datos jurisprudenciales, es necesario concentrarse en la investigación de segundo grado; es decir, sobre las reflexiones que tratan de introducir este fenómeno en el ámbito de una teoría de la argumentación constitucional.

M. C. Ponthoreau, al tiempo que reconoce que el argumento comparativo realiza esta función subversiva, de un mayor conocimiento y crítica del derecho interno, que a su vez se había atribuido a la comparación, reconoce que hay varios problemas en el uso del derecho comparado dentro del argumento constitucional, entre los cuales se encuentra la manifestación de una excesiva discrecionalidad del tribunal en la elección del precedente a citar (*cherry-picking*) y el riesgo de la descontextualización de la cita.

De Vergottini precisa cómo la mera remisión al derecho extranjero no constituye una “comparación” en sentido estricto, siendo utilizado en el argumento de la misma manera como una cuestión de hecho, como por otros elementos extrajurídicos, y no como una fuente de derecho. Además de negar que el fenómeno podría describirse como un “diálogo”, ya que falta la reciprocidad en la comunicación, el autor hace una distinción entre el papel que la referencia al derecho extranjero puede desarrollar en el argumento del juez: la mera mención, como una forma de adorno o erudición discursiva; argumento comparativo, si el juez a través de la comparación apoya una determinada interpretación de la disposición constitucional interna. En este caso la forma de justificación externa se mezcla con aquella a la que se refiere al uso del precedente, a su vez vinculada a la argumen-

tación dogmática. No es casualidad que entre los frutos de la investigación sobre el uso del derecho comparado y extranjero por parte de las cortes también exista la apertura de nuevos campos de investigación que tienen como objetivo analizar el peso de la invocación de la doctrina jurídica extranjera en el proceso de justificación por parte de las mismas cortes (Pegoraro). Por último, se tiene un verdadero y propio juicio comparativo cuando desde la comparación entre diversas normas constitucionales extranjeras se traza el principio de derecho para resolver la cuestión.

Si bien existen numerosos casos del uso del derecho extranjero de primera especie, son mucho menos los casos de argumentación comparativa y algunos pocos los de juicio comparativo, por lo que el uso del término “diálogo entre cortes” debe ser sin duda redimensionado.

Silvia Bagni

(traducción de Armando Navarro Pérez)

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional es la atribución de sentido a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, realizada, en última instancia, por los jueces y tribunales constitucionales, sobre la base del principio de supremacía constitucional, atendiendo a los derechos humanos y a las transformaciones de la realidad constitucional.

El propio término “interpretación” es ambiguo y se distingue entre un sentido “estricto”, referido a la aclaración o atribución de significado a una expresión, y otro “amplio”, relacionado con el conjunto de operaciones necesarias para resolver un litigio, entre otras, la eliminación de antinomias, la integración de lagunas y la ponderación. De igual forma, se distingue entre interpretación “en abstracto” de un enunciado, y calificación o interpretación “en concreto” de un supuesto de hecho para subsumirlo en una “norma” previamente identificada. Supone también un acto cognoscitivo, decisorio o creativo, a partir de la distinción entre enunciados normativos (disposiciones) y significados de esos enunciados (normas).

La interpretación constitucional implica tanto una actividad hermenéutica, como el resultado interpretativo de la misma, entendida como un procedimiento argumentativo “racional y controlable” en términos de Konrad Hesse. En cuanto tal, reviste una gran importancia en el modelo de Estado constitucional contemporáneo, no solo por tratarse de una labor consustancial al ejercicio de la jurisdicción, en particular de los tribunales constitucionales u órganos similares, sino porque las reglas y principios constitucionales constituyen los principales parámetros de validez de la legislación y los criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento jurídico. En última instancia, como lo destacan, entre otros, Manuel Atienza y Raúl Canosa, constituye una forma de racionalizar y controlar el ejercicio del poder a través de la razón jurídica expresada en argumentos interpretativos.

El tema de la interpretación constitucional es problemático en múltiples aspectos. En particular, respecto de los sujetos participantes, significación, objeto y métodos, así como en su relación con la doctrina del control judicial

de convencionalidad. Uno de los problemas centrales estriba en que, como lo apunta Jon Elster, la Constitución por sí misma “no resuelve nada, a menos que esté dotada de un sistema de interpretación y aplicación”. En efecto, dada la indeterminación parcial del derecho, y atendiendo al principio de inexcusabilidad, la adjudicación constitucional supone aplicar e interpretar la Constitución para solucionar problemas que, en principio, no admiten una única solución posible. Problemática que se representa en cuestión de grados, distinguiendo entre casos “difíciles” o “fáciles”, atendiendo a las dudas interpretativas que plantean.

Muchos de los denominados “casos difíciles” se originan a partir de la indeterminación de sus premisas normativas y, por ende, requieren de su interpretación. Entre las fuentes de indeterminación semántica del derecho están los problemas de ambigüedad y vaguedad, así como la falta de consistencia normativa, que se traduce en antinomias. Otra dificultad radica en las inconsistencias derivadas de reformas constantes a la Constitución que extienden, en ocasiones de manera excesiva, su contenido reglamentario, y, en particular, a partir del carácter abierto y abstracto de su contenido, caracterizado por la inclusión de términos valorativos, no solo en la formulación de reglas, sino particularmente a partir de la inclusión de principios y valores que requieren, para su aplicación, de una argumentación con base en consideraciones o razones morales, como lo han destacado, entre otros, Ronald Dworkin, David Brink y Andrei Marmor.

Entre las diferentes clases de interpretación destaca la que atiende a los sujetos. Entre ellas, y con efectos distintos, se distingue entre interpretación auténtica, realizada por el órgano constituyente o reformador; definitoria o última, por tribunales constitucionales u órganos límite; doctrinal, elaborada por especialistas, y práctica u operativa, realizada por sujetos que actúan en los diferentes ámbitos de aplicación de la Constitución. Con base en ello se reconoce una pluralidad de intérpretes constitucionales.

En general, la significación constitucional depende de la actividad de sus intérpretes y del modelo de sistema de control de la constitucionalidad que se adopte (concentrado, difuso o mixto). En aquellos modelos que establecen un tribunal constitucional, o su equivalente, como máximo intérprete constitucional (aunque no el único), su interpretación tiene un carácter autoritativo y obligatorio para el conjunto de operadores jurídicos, lo que implica, en ciertos casos, declarar la invalidez de una ley aprobada por un órgano legislativo electo democráticamente, siempre que no sea posible salvar su constitucionalidad mediante la interpretación conforme. Esta posibilidad no está exenta de críticas respecto del poder decisorio que puede llegar a ejercer la judicatura frente a los denominados órganos mayoritarios, de ahí que se exija un adecuado equilibrio entre el principio democrático que subyace a la noción de imperio de la ley; el principio de supremacía constitucional; la salvaguarda del contenido esencial de los derechos humanos, y del propio régimen democrático. Por ello se afirma que la interpretación constitucional implica considerar necesariamente las relaciones de los diversos órganos estatales constituidos entre sí, y de éstos con el denominado poder constituyente o el órgano reformador de la Constitución, así como la relación entre el Estado y la ciudadanía.

En cuanto al objeto de la interpretación constitucional, involucra tanto a la Constitución como a la legislación infraconstitucional y, en general, al conjunto de valores y principios que conforman la cultura constitucional. En lo concerniente a los métodos o técnicas interpretativas, se han distinguido dos perspectivas diferentes: el punto de vista descriptivo y el punto de vista normativo. El primero describe las diferentes técnicas empleadas por los intérpretes constitucionales, mientras que el segundo considera que aquéllos deberían seguir ciertas técnicas específicas.

Aunque no existe un consenso doctrinario, se suelen identificar diferentes tipos de argumentos interpretativos, entre ellos, el semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico, y se distingue entre interpretación restrictiva, extensiva, evolutiva y mutativa. Asimismo, se han identificado algunos “principios de interpretación constitucional”, como el principio *pro persona* o aquéllos propuestos por Hesse, tales como la unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional y la fuerza normativa de la Constitución, y algunas pautas como la interpretación conforme, la presunción de constitucionalidad, la razonabilidad y la fórmula política.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que los derechos humanos, en tanto contenidos materialmente constitucionales, asumen la forma de principios, se plantea la exigencia de realizar interpretaciones a la luz de consideraciones axiológicas, lo que supone reconocer cierto margen de libertad, por un lado, al intérprete, para “rellenar” su contenido y, por otro, al legislador, para su configuración. Se destaca también la importancia de una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos, a fin de garantizar la eficacia de la Constitución y su fuerza normativa.

Finalmente, de conformidad con la doctrina del control de convencionalidad, forjada con especial énfasis por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la interpretación constitucional que realizan los tribunales estatales debe atender los parámetros interamericanos (tratados y jurisprudencia) como parte del ordenamiento jurídico y de los razonamientos judiciales, de forma tal que, como lo precisara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria” (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2013). Lo anterior supone una ampliación no solo del objeto de la interpretación constitucional, respecto de los tratados y jurisprudencia internacionales, sino también respecto a los sujetos, al incorporar a los tribunales internacionales como intérpretes constitucionales, evidenciando así una dimensión transnacional de la interpretación constitucional en materia de derechos humanos.

Salvador O. Nava Gomar
Javier M. Ortiz Flores

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (EVOLUTIVIDAD)

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general

eficacia es condición de validez, y, en todo caso, distinguía entre ésta y aquélla e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. La eficacia se presenta así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad, porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad, se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque ésta garantiza la “movilidad” de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional

que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobelsky se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable, a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquél es muy difícil reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer de los preceptos antiguos normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

Raúl Canosa Usera

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (FACTOR AXIOLÓGICO)

A pesar de la controversia que lo axiológico suscita entre los juristas, es innegable la carga estimativa que siempre ha estado presente en los órdenes jurídicos, como expresión de los valores subyacentes en cada sociedad dada (Reale). Si así son las cosas, toda interpretación ha de tener “carácter estimativo”, apunta Lucas Verdú. Sin embargo, Schmitt, en el conocidísimo artículo que tituló *La tiranía de los valores* se extendía en múltiples consideraciones que despertan la conciencia crítica respecto a los valores. El publicista alemán aduce, no sin cierta razón, que a través de las Constituciones modernas se

han incorporado al derecho innumerables e innecesarios datos valorativos. La consecuencia de ello es la inclusión misma de los deseos, fines y proyectos de las sociedades humanas, su utopía, dentro de un texto legislativo. Ello transforma radicalmente el acercamiento científico al derecho, porque la propia lógica de los valores impone su fuerza expansiva. Debemos convenir en la exactitud del razonamiento schmittiano porque, en verdad, la consideración hermenéutica de la Constitución ha sufrido el influjo profundo de la carga axiológica que contiene. Sin entrar a juzgar lo acertado, no de incluir componentes valorativos de tanta magnitud como los que hallamos actualmente en las Constituciones, es preciso, no obstante, reconocer su existencia y la exigencia derivada de la propia fuerza normativa de la carta para ser cumplidos.

La dificultad estriba en dar un rostro unitario a ese orden de valores que representa la Constitución. Al respecto, el derecho natural no parece poder brindarnos una solución por lo etéreo y fragmentario de sus conclusiones. No poseemos una línea directiva que nos oriente en la interpretación de la materia axiológica. Por ello, su comprensión sirve, al mismo tiempo, de orientación de sí misma. Quienes han criticado las Constituciones modernas por cargar las tintas sobre estos aspectos estimativos olvidan que ya las codificaciones abrieron la era de un tratamiento axiomático del derecho. Los códigos impusieron, en su regulación aparentemente aséptica, todo en orden axiológico. La exigencia de vinculación que toda sociedad necesita a un orden axiológico se manifiesta, primerísimamente, a través del derecho. Es más, a la vista de la evolución de los sistemas jurídicos modernos, podemos constatar la profundización verificada en esta relación vinculatoria entre derecho y orden axiológico. Por ello, es legítimo concluir que éste constituye un elemento estructural de la elaboración y aplicación del derecho en el presente.

Las Constituciones se encargan de servir como vehículos catalizadores de esa profundización axiológica del derecho, al introducir numerosísimos elementos estimativos que acaban caracterizando sustancialmente las Constituciones. Esto resulta especialmente fácil de apreciar en su parte dogmática, sobre todo en aquella relativa a los derechos fundamentales o al principio de igualdad sustancial, pero no es desdeñable tampoco en la parte orgánica, a pesar de que en esta última prevalezcan los componentes técnicos.

Como la plasmación estimativa resulta evidente, no es legítimo adoptar ninguna postura de indiferencia estimativa, a pesar de que cierta doctrina aconseje una consideración formalista de los preceptos que presentan tal contenido, aduciendo que, al incorporarse a una legislación cualquiera, pierden su naturaleza estimativa y adoptan la plena normativa. Sin embargo, este modo de proceder acarrea un acercamiento incorrecto y estéril al derecho constitucional porque no es posible con criterios formalistas desentrañar toda la carga normativa de los preceptos en cuestión. El intérprete debe asegurarse de que los resultados serán satisfactorios; para ello, debe emplear los elementos y los criterios justos con miras a esos objetivos. Tales criterios nunca podrán reducirse a los estrictamente formales, porque ello costaría, en ocasiones, la inaplicación de ciertas normas (recuérdese la polémica sobre la fuerza normativa de las disposiciones programáticas) o, como mal menor, un interpretación sesgada de las mismas.

Por todo ello, la tarea de los máximos intérpretes constitucionales es estimativa, tanto en el control de la constitucionalidad como en la determinación del alcance de los derechos fundamentales. Cuando el juez constitucional se enfrenta a la oscuridad del texto acaba, incluso sin proponérselo, argumentando estimativamente, en especial si el objeto interpretado lo componen las disposiciones de contenido más claramente axiológico. En tal operación, el peligro estriba en que el intérprete supremo extraiga del valor una regla que oponer a la acción enjuiciada —legislativa o no—. Esta espuria “jurisprudencia de valores” ensancharía, sin justificación, la libertad del intérprete. Más bien lo que ha de ocurrir es que la interpretación de las reglas —constitucionales o no— se haga a las luz de los principios y valores para ofrecer entonces su faz mejor, por ser conforme a esos valores y principios. Esto significa la interpretación conforme a la Constitución, que no es otra cosa que la interpretación conforme a los valores y principios recogidos en la carta fundamental. No puede, definitivamente, eludirse la discusión acerca de la pertinencia de un pensamiento jurídico orientado, en los términos apuntados, por los valores que las Constituciones modernas encarnan y que, al estar ya expresamente incorporados, exigen el despliegue de la fuerza normativa que les corresponde.

Raúl Canosa Usera

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (MÉTODOS)

La aplicación de la norma al caso concreto, o “técnica jurídica”, es un proceso jurídico complejo porque individualiza el derecho en un caso concreto. Por su naturaleza, requiere de un conjunto de procedimientos y recursos, entre ellos “métodos”. La voz método deriva del latín *methōdus*, y del griego *μέθοδος*, se compone por *metha* (a lo largo) y *odos* (camino), es el camino ordenado que sigue para el logro de un objetivo. Los métodos son “lógicos” (inducción y deducción) y “epistemológicos” (observación, análisis, síntesis, etcétera).

En el *Compendio moral salmaticense* (1805), a la pregunta *¿qué es interpretación?*, se responde: *Declaratio verborum legis*, de manera auténtica, usual y doctrinal. Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) desarrolla los métodos de interpretación jurídica literal o gramatical, histórico, lógico y sistemático. Eduardo García Máynez afirma que interpretar es “desentrañar el sentido de una expresión” (1990-325). En materia jurídica, en el nivel constitucional o legal, se interpretan normas para establecer su sentido y alcances (tesis P. CIV/2000). En el análisis de los signos o “interpretación” adquiere relevancia el “texto”, así, podemos transitar a una “hermenéutica” que según Michel Foucault es el “conjunto de conocimientos y técnicas que permiten que los signos hablen y nos descubran sus sentidos” (2001-38). Según Mario Teodoro Rodríguez (2003-5), la hermenéutica expresa una teoría general de la comprensión y la interpretación.

Por último, la palabra “constitución” proviene de *constitutio*, *constitutionis*, que se forma del verbo *constituere* (establecer, colocar, organizar, construir). La Constitución es la ley suprema de un Estado que plasma la organización, competencias y los límites al poder público: los derechos humanos. Una Cons-

titudin se puede analizar desde diversas perspectivas: cratológica o política (poder), estructural (ingeniería constitucional), valorativa y normativa [principios (ponderación) y normas (subsunción)], programática (programa de futuro para una nación), sociológica (factores reales de poder), económica (bienes de la nación, sistema económico), etcétera.

¿Por qué se requiere interpretar la Constitución? Las normas constitucionales son generales, sintéticas, de significación valorativa, abiertas y con énfasis en principios, por lo que se distinguen de las normas secundarias por su origen (poder constituyente o constituyente permanente), su estructura (son la norma suprema), por su validez (son fuente de origen de las demás normas) y su contenido (principios y normas). Al destacar las características peculiares de las normas constitucionales, Jorge Carpizo (1991-1791) sostiene que se debe a su materia, a su carácter de supremas, al órgano que las crea y modifica, y a su rigidez.

A las normas constitucionales se les aplican los mismos métodos de interpretación que a otras normas del sistema jurídico, sin embargo, los métodos de interpretación constitucional deben considerar sus diversos aspectos. Los métodos de interpretación constitucional son “las vías que elige el juez constitucional para entender o comprender el qué, el cómo, el por qué y para qué de las abstracciones que se integran a las normas constitucionales”, para individualizarlas y aplicarlas en casos concretos, su objeto es el conjunto de principios y normas que integran la Constitución. Así, según Rodolfo Luis Vigo, la interpretación constitucional intenta fijar el sentido de una norma constitucional, o fija el sentido de una norma o un comportamiento en relación con la Constitución.

Las reformas recientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de amparo (6 de julio de 2011), derechos humanos (10 de julio de 2011) y política (9 de agosto de 2012), nos obligan a revisar la manera en la que aplicamos las normas jurídicas en los casos concretos, por lo anterior adquiere relevancia la Constitución. En la actualidad encontramos en nuestra ley fundamental los siguientes métodos de interpretación constitucional:

a) Interpretación conforme constitucional y convencional internacional de las normas relativas a los derechos humanos privilegiando el principio *pro personae* (art. 1o., CPEUM). La primera permite que de entre varias interpretaciones de un precepto solo sean válidas las que se acomoden a la Constitución. La “interpretación conforme” permite que los derechos derivados de los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalezcan sobre las normas internas si contienen disposiciones más favorables para el goce y ejercicio de los derechos humanos —tesis I.3o.P. J/1 (10a.)—. El control de convencionalidad *ex officio* autoriza a prescindir del precepto de derecho interno y aplicar un instrumento internacional en materia de derechos humanos —tesis P. LXVII/2011(9a.) y tesis P. V/2013 (10a.)—.

b) Ponderación, en especial en las materias de transparencia y electoral, sustentada en principios (arts. 6o., “A”, frac. I, y 41, CPEUM).

c) Interpretación conforme a la letra, a la interpretación jurídica de la ley, o en los principios generales del derecho (art. 14, CPEUM). Así, se ordena al órgano jurisdiccional aplicar las normas conforme a la letra o su inter-

pretación jurídica, a falta de ésta, considerando los principios generales del derecho.

d) Interpretación legislativa o auténtica (art. 72, inciso f, CPEUM), que se encomienda al mismo órgano que crea la ley, o sea, del Poder Legislativo —tesis P./J. 87/2005—, históricamente remite al *référé législatif* francés de 1791 y 1837.

e) Interpretación jurisprudencial (art. 94, párrafo décimo, CPEUM).

f) Interpretación por contradicción de tesis en materia electoral (art. 99, párrafo séptimo, CPEUM).

g) Interpretación directa de un precepto de la Constitución (art. 107, frac. IX, CPEUM).

Otros métodos son: *a)* el método genético-teleológico permite descubrir las causas que generaron determinada enmienda constitucional —tesis P. XXVIII/98—; *b)* interpretación doctrinal que la que realizan los jurisconsultos —tesis 2a. LXIII/2001—; *c)* método de interpretación histórico, con dos sus dos variantes interpretativas: histórico tradicional e histórica progresiva de la Constitución —tesis P./J. 61/2000—; *d)* método de interpretación sistemático que considera que las normas jurídicas forman parte de un sistema y que se relacionan entre sí, por lo que se interpretan armónicamente, y *e)* método de interpretación teleológico, tratando de encontrar el *telos* o fin que la norma persigue. La importancia de la elección del método de interpretación constitucional es que permite arribar a una solución jurídicamente aceptable, por lo que cualquier solución del intérprete debe ser congruente y sistemática —tesis P. XII/2006—.

En el derecho comparado encontramos que en el art. II-112 “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, numerales 3, 4, 6 y 7, del “Tratado Por el que se establece una Constitución para Europa” (Bruselas, 29 de octubre de 2004), se destaca que los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. También que las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales obligan a los órganos jurisdiccionales y a los Estados miembros.

En la Constitución de Alemania de 1949 se prescribe que los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial como derecho aplicable (art. 1o.). La Constitución de España de 1978 asienta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (art. 10, numeral 2). La Constitución del Ecuador de 2008 establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deben aplicar la norma e interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (art. 11). La Constitución de Jamaica de 1962 establece reglas de interpretación, entre ellas destaca los conceptos de “ley”, “oficial” y “oficialmente” (art. 1o.). La Constitución prevalece y anula las partes de la ley que no concuerden con ella (art. 2o.). En Zambia, la Constitución de 1991, numeral 2. (1) incluye conceptos como “Constitución”. La Constitución de Barbados de 1966 contiene una serie de conceptos de interpretación, entre

ellos los de contravención, corte y ley disciplinaria. El Capítulo II, art. 19, “Interpretación y salvaguardas”, de la Constitución de Botswana de 1966, contiene una serie de conceptos y su significado que constituyen reglas de interpretación, entre ellos: Corte, ley disciplinaria y representante legal.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 destaca, en su art. 29, “Normas de Interpretación”, que: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada para suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en las leyes de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención; excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales iguales.

En la Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 se interpreta el art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Daniel Márquez

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (PLURALIDAD DE INTÉRPRETES)

La noción de pluralidad de intérpretes de la Constitución se corresponde con una concepción amplia del término interpretación constitucional, no limitada a aquella que realizan los tribunales constitucionales, y supone reconocer no solo a los participantes formales en el proceso constitucional, y en su dinámica, sino también a todos aquellos sujetos —individuales y colectivos, públicos y privados— que participan materialmente de la realidad constitucional.

Ello sobre la premisa de que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad y, en cuanto tal, el principal instrumento de integración política; parámetro primordial de validez del ordenamiento jurídico; mecanismo de garantía de los derechos humanos; proyecto y guía de convivencia social, y modelo de institucionalización de la dignidad de las personas y de la democracia no solo participativa sino también deliberativa, abierta y plural. Desde esta perspectiva, la pluralidad de intérpretes constitucionales implica reconocer un vínculo entre democracia, participación, Constitución e interpretación.

En general, se reconoce que la interpretación de la Constitución no puede ser una función exclusiva y excluyente de los jueces constitucionales, sino que en ella participan otros sujetos o agentes públicos y privados, como el Parlamento, organismos públicos y los partidos políticos, así como especialistas, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación, agrupaciones religiosas, otros grupos de la sociedad y la ciudadanía en general, aunque se reconoce también que la responsabilidad última de la interpretación de la Constitución se mantiene en la jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional).

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de interpretación: la *auténtica*, llevada a cabo por los órganos jurídicos de aplicación (por ejemplo, tribunales, Parlamento —interpretación auténtica en sentido estricto— y órganos administrativos), y la interpretación *no auténtica*, que no se realiza por un órgano jurídico sino por una persona privada y, particularmente, por quienes participan del desarrollo de la ciencia jurídica (doctrinal). Solo la interpretación auténtica se considera vinculante, aunque otras interpretaciones pueden tener un carácter persuasivo. En general, se identifican diferentes tipos de interpretación constitucional según sus intérpretes: legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y “popular”, esta última —como lo expresó Jorge Carpizo— realizada por “los habitantes en sus relaciones con las autoridades, cuando los primeros piensan que sus derechos han sido infringidos”, la cual puede llegar a tener relevancia, especialmente como opinión pública, y puede hacer que se realicen cambios trascendentes en el gobierno.

En la actualidad, la doctrina constitucional reconoce la importancia de los diversos partícipes en la interpretación constitucional. Como lo advirtió Raúl Canosa en su libro *Interpretación constitucional y fórmula política* (1988), la pluralidad de intérpretes implica un control de constitucionalidad disperso y más eficaz. Así lo ha destacado también Peter Häberle al expresar su tesis —en sentido normativo— acerca de la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* (1975), según la cual en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. Esta tesis supone el reconocimiento de sociedades pluralistas y otorga un papel más activo a los sujetos o destinatarios de la Constitución en la conformación de la “realidad constitucional”, lo que significa el tránsito de la “sociedad cerrada” de los intérpretes constitucionales a la “interpretación *por y para* la sociedad abierta”; ello supone también la “democratización de la interpretación constitucional” frente a aquellas concepciones que reservan exclusivamente la interpretación de la Constitución al legislador o a los jueces constitucionales.

Häberle propone una sistematización de escenarios y participantes en la interpretación constitucional, a partir de la premisa de “quien vive la norma, también la interpreta”: *a*) las funciones estatales, que incluye al Tribunal Constitucional y a los sujetos a los que el orden jurídico encomienda la producción de decisiones obligatorias, pero revisables, como los órganos jurisdiccionales, legislativos y ejecutivos; *b*) los participantes, no necesariamente de carácter estatal, en los procedimientos constitucionales (jurisdiccionales, legislativos y administrativos); *c*) el “espacio público democrático-pluralista” (el proceso político como “gran excitador”), que incluye, pero no se limita a, medios de comunicación, el periodismo profesional, cartas de los lectores, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos (fuera de su participación orgánica), iglesias, instituciones de extensión cultural, pedagogos, asociaciones de padres de familia, quienes imprimen fuerza normativa al proceso político, previamente a la interpretación de la Constitución por los jueces, y *d*) la teoría del derecho constitucional, que tematiza las diversas formas de participación y ella misma participa en los diversos escenarios de la interpretación.

Desde esta perspectiva, la interpretación constitucional no se limita a una actividad puramente estatal, sino que en potencia tienen acceso a ella todas

las fuerzas de la comunidad política que participan en el desarrollo, en forma independientemente, de un derecho constitucional material.

El reconocimiento de la pluralidad de intérpretes supone también el de la importancia de los votos minoritarios de los jueces constitucionales y su “fuerza normativa”, así como la relevancia del proceso político y de otras opiniones en el proceso constitucional, incluyendo a las partes en sentido formal y a otros sujetos, que pueden generar o detonar interpretaciones alternativas o confirmar una dada; para lo cual se han implementado mecanismos tales como la celebración de audiencias públicas en procesos constitucionales de interés general o a partir de la institucionalización de la figura del *amicus curiae*. Desde esta perspectiva, ningún tribunal constitucional puede válidamente ser indiferente o insensible a la interpretación de otros sujetos, como los ciudadanos y grupos pluralistas.

Siguiendo el modelo expuesto por Häberle, la tesis de la ampliación del círculo de los intérpretes de la Constitución encuentra su justificación en diversos tipos de razones provenientes de: a) la teoría de la interpretación; b) la teoría del derecho; c) la teoría constitucional, y d) la teoría democrática.

La interpretación es un proceso abierto y no una modalidad de recepción pasiva de criterios sin posibilidades alternativas; además la idea de los nuevos intérpretes constitucionales no es sino una consecuencia necesaria de la inclusión de la realidad en el proceso interpretativo —ya que los intérpretes participan y constituyen parte de esa realidad pluralista— y, por tanto, la norma no es un dato previamente determinado. Como lo apuntara Konrad Hesse, las normas constitucionales no son “completas ni perfectas”, y la Constitución es un “ordenamiento abierto”. Por otra parte (como lo han destacado Lucas Verdú, Raúl Canosa y el propio Häberle, entre otros), la “fórmula política” y las “fuerzas pluralistas” de la sociedad inciden en la actividad interpretativa al formar parte del espacio público y de la realidad constitucional, siendo que la Constitución no solo es una estructuración del Estado, sino también de la sociedad. Adicionalmente, la teoría de los derechos humanos y la democracia inciden en la interpretación constitucional como factor de legitimación y también como un espacio de participación.

Finalmente, en las últimas décadas, la influencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional —su dimensión transnacional— ha ampliado también la noción de intérpretes constitucionales a las instancias supranacionales de protección de estos humanos, en especial a los tribunales regionales en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales —como lo apunta uno de sus actuales integrantes, el juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor— se les reconoce cada vez más como intérpretes constitucionales por ser órganos últimos de control de convencionalidad, complementario al control de constitucionalidad nacional, y constitutivo de la función constitucional del derecho internacional como un *Ius constitutionale commune*.

*Salvador O. Nava Gomar
Mauricio I. del Toro Huerta*

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (POLITICIDAD)

Los jueces, al interpretar, no son “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (Montesquieu), que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. El intérprete no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever como la realidad futura evolucionaría, sino que, constreñido por esos cambios y por las circunstancias en torno, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta que permita a la disposición seguir siendo eficaz.

En esta labor, el intérprete está poniendo de su parte; creando, no se limita a la mera subsunción. Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo. Siguen jugando, pues, los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación, pero a su lado y modulándolos aparecen los elementos evolutivo, político y axiológico. Entra en el campo de acción del intérprete la ponderación que el peso que cada elemento presentará en un caso dado, porque la interpretación, y con ella el uso de tal o cual elemento interpretativo, es una tarea singular, para un caso concreto. Todos ellos vendrán catalizados por la creatividad del intérprete que, en esos márgenes tan amplios, habrá, tópicamente, de encontrar la solución correcta.

El intérprete goza, pues, de libertad —creatividad— para inclinarse entre una u otra opción interpretativa —retrógrada o progresista—, por aquella que mejor se ajuste a la realidad del momento (elemento evolutivo), a las circunstancias políticas del presente (politicidad) y mejor despliegue los valores constitucionales (factor axiológico). Pero como se trata de una realidad política, el intérprete supremo de la Constitución está llamado colaborar en el proceso de integración del Estado (Smend), al que, en último término, ha de servir su labor hermenéutica. Es por ello por lo que ha de anticipar las consecuencias políticas de sus resoluciones para asegurarse de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso; es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol, en actor político. Pero no siempre el Tribunal Supremo puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas —todos los suyos la tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari* que les permita escoger los casos, así que ante la imposibilidad de evitar pronunciarse deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

La tesis de las *political questions* es en cierto modo falaz porque la Corte Suprema decide cuándo está ante una de ellas y debe declinar pronunciarse, y en esta decisión hay ya una opción política. Por lo demás, la materia con la que están hechas las disposiciones constitucionales es por esencia política; todo derecho constitucional es político, aunque no todo derecho político sea constitucional. Así que toda interpretación constitucional queda concernida por esa peculiar naturaleza que no es sino reflejo, en las disposiciones constitucionales, de la realidad política que vienen a regular.

Sin embargo, la necesaria compenetración entre normatividad política y normalidad, igualmente política, no puede implicar que el máximo intérprete se convierta en promotor de transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete, a quien corresponde la defensa de la Constitución mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete, ni siquiera el intérprete supremo, sino el legislador democrático. Porque la especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el constituyente haya dejado deliberadamente abiertas. Más bien se trata de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables— que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución. Son varias las formas por las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación, pero una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación transforme radicalmente el orden jurídico y acabe defendiéndose la ley frente a la Constitución, y ésta deje de constituir y no decida nada, salvo un lábil y amplio marco donde con toda libertad se mueva el legislador.

Raúl Canosa Usera

INTERPRETACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

I. *Naturaleza*. La interpretación de tratados internacionales de derechos humanos (en lo sucesivo TIDH) considera no solo el interés de sus Estados partes sino también el orden público que subyace en su efectiva aplicación: “A diferencia de los tratados de clase ordinaria, la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados partes. Ésta crea, sobre y más allá de esa red de recíprocos deberes, obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se benefician del *cumplimiento colectivo*” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en lo sucesivo TEDH—, *Irlanda v. RU*, 1978). Con esta doctrina de interpretación *sui generis*, el “derecho internacional de los derechos

humanos”: 1. Asume el carácter especial de los TIDH al distinguirlos de los que solo norman intereses recíprocos; 2. Avala métodos de interpretación y mecanismos de supervisión particulares; 3. Establece valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano; 4. Garantiza la concreción sustantiva, real y práctica de los derechos humanos, y 5. Reconoce el interés general colectivo al establecer obligaciones internacionales de carácter objetivo. Por ello, la intención original de las partes sobre el sentido específico de un término guarda, en la interpretación de los TIDH, un papel limitado (véase Corte Interamericana de Derechos Humanos — en lo sucesivo CIDH —, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, 2005).

II. *Regulación*. El hecho que los TIDH tengan carácter especial no significa que se interpreten de forma diferente no coherente con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (en lo sucesivo Convención). Efectivamente, si bien únicamente los Estados partes son miembros de la Convención, los tribunales, comisiones y órganos de vigilancia a cargo de interpretar los TIDH, ya sean ordinarios o especiales e internacionales o regionales, están compelidos a utilizar su *Regla general de interpretación* y *Medios de interpretación complementarios* debido a que: 1. Éstos son derecho consuetudinario codificado que obliga a los Estados partes a respetar los derechos humanos; 2. Esas instancias cubren con su función espacios que originalmente corresponden a esos Estados partes obligados a su observancia; 3. La interpretación especial que realizan refleja la práctica ulterior de los Estados partes en el sentido que lo establece la propia Convención (art. 31.3); 4. Esa tarea interpretativa garantiza que los derechos humanos sean aplicados tanto por los órganos nacionales como internacionales de acuerdo con su objeto y fin; 5. Ese marco regulatorio común asegura que la interpretación especializada de los TIDH sea uniforme, comprensiva, racional, predecible, legítima, reproducible y confiable, y 6. Los TIDH no contienen usualmente disposiciones para su interpretación (véase TEDH, *Golder v. RU*, 1975; *Rantsev v. Chipre y Rusia*, 2010; CIDH, *Masacre...*, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Casos 9777 y 9718 —Argentina—*, 1988).

III. *Métodos especiales*. A la luz de la Convención, la interpretación de los TIDH considera su texto y contexto pero, ante todo, el cumplimiento de su objeto y fin: la protección efectiva de los derechos humanos. Por esta naturaleza especial, los tribunales, comités y órganos de vigilancia desarrollan, a través de técnicas particulares que no guardan prelación, conceptos autónomos que contienen definiciones y sentidos independientes a los que comprende el derecho interno de los países obligados (véase TEDH, *Pellegrin v. Francia*, 1999 y CIDH, *Masacre...*). Para ese fin toman en cuenta, con diferentes grados de aceptación y en diversos ámbitos de aplicación, los principios siguientes: 1. Texto, contexto, objeto y fin: la interpretación de los TIDH obliga a que éstos sean leídos de manera holística (véase TEDH, *Soering v. RU*, 1989), por lo que considera: la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos junto con su objeto y fin, premisa ésta que se traduce en mandatos y estándares en favor de los derechos humanos (por ejemplo, la CIDH señaló que por buena fe los Estados deben “realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Inte-

americana” (*Loayza-Tamayo v. Perú*, 1997). 2. Instrumento vivo: éste asume la interpretación dinámica de los derechos humanos al tomar en cuenta *juntamente* con el contexto: *a)* todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones, y *b)* toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Este principio extiende el contenido de derechos humanos e indica que el sentido de sus términos no es estático. Por ejemplo, el TEDH subrayó: el “Convenio es un instrumento vivo que... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales” (*Tyler v. RU*, 1978); mientras que la CIDH indicó que la interpretación de los TIDH: “tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (*Masacre...*). 3. Efecto útil: la protección efectiva de los derechos humanos no debe hacer depender la interpretación de los TIDH de la intención original de los Estados partes, ni tampoco a requisitos técnicos sustantivos y procesales limitativos, lo que conlleva a que sus disposiciones sean interpretadas para que su salvaguarda resulte efectiva y práctica (véase TEDH, *Papamichalopoulos y otros v. Grecia*, 1993; CIDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004, y Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *Scanlen y Holderness v. Zimbabue*, 2009). 4. Universalidad: la interpretación de un TIDH debe considerar toda norma pertinente del “derecho internacional de los derechos humanos” aplicable a las relaciones entre los Estados partes (art. 31.3); máxime que esos derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Con ello se reconoce la existencia un sistema jurídico universal y convergente que abarca lo local, regional y global. Por tanto, el sentido de un TIDH debe guardar no solo coherencia interna sino también con el derecho internacional, indicativo y jurisprudencial, distinto al propio del intérprete (véase TEDH, *Cruz Varas y otros v. Suecia*, 2005). Así, por ejemplo, si un TIDH tiene una disposición clara que puede ayudar a interpretar una disposición de un tratado regional, ella se debe tener en cuenta (véase TEDH, *Soering...*). No es necesario que un Estado haya ratificado el tratado internacional que se utiliza para asistir en la interpretación de otro (TEDH, *Demir y Baykara v. Turquía*, 2008). 5. *Pro homine*: al interpretar los TIDH debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos por ellos protegidos según “el principio de la norma más favorable para el ser humano” (CIDH, *Masacre...*).

IV. *Interpretación restrictiva y margen de apreciación*. Un TIDH no debe ser interpretado en forma acotada sino que debe apoyarse “tanto en el texto literal... como en su espíritu” (CIDH, *Blake v. Guatemala*, 1998). Luego, la no aplicación de un derecho humano no puede ser presumida, sino que debe ser justificada como parte del propio orden internacional. Además: “las excepciones a un regla general... no pueden recibir una interpretación extensiva” (TEDH, *Litwa v. Polonia*, 2000). La falta de consenso sobre el alcance de un derecho humano configura un “margen de apreciación” para el Estado parte y su límite lo configura el umbral que permite la restricción, todo lo que determina la acción a seguir.

V. *Intérpretes especializados*. Las instancias de supervisión de derechos humanos de Naciones Unidas realizan una importante función interpretativa al:

1. Examinar informes de cumplimiento;
2. Conocer denuncias por violacio-

nes, y 3. Emitir observaciones y recomendaciones. Estos últimos instrumentos pueden expresar “consenso emergente” a modo de “práctica ulterior”, con lo que la *opinio juris* y la *práctica verbal* que reflejan de los Estados partes pueden manifestar derecho consuetudinario. Finalmente, la jurisprudencia de tribunales también puede expresar “práctica ulterior” en relación con tratados para cuya vigilancia fueron creados (véase TEDH, *Soering...* y *Cruz Varas...*).

Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández

INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Una de las categorías de la clasificación de la interpretación desde el ángulo del sujeto que la realiza es la interpretación doctrinal. Dicha clasificación se encuentra integrada, además, por la interpretación legislativa, ejecutiva, judicial, popular y mediática.

El sector de la interpretación doctrinal adquiere relevancia gracias precisamente al papel fundamental que juega la doctrina en el ámbito jurídico.

La doctrina es labor de los estudiosos del derecho, que incide en ocasiones en la creación y aplicación del derecho, y gracias a ella se logra la comprensión, interpretación, integración, sistematización, desarrollo, estudio y enseñanza del derecho. La doctrina jurídica, al igual que en otras disciplinas, ha sido objeto de una evolución paulatina que partió de la tradición oral y a la que se sumó en algún estadio la escritura, que ha permitido preservar el conocimiento y transmitirlo a lo largo de generaciones. La invención de la imprenta en el siglo XV, a la que han seguido numerosos avances técnicos y tecnológicos, han servido como vehículo de transmisión de ideas, información y conocimientos.

En suma, la doctrina se integra por las opiniones de los profesores y estudiosos del derecho en las diversas ramas del saber jurídico, las cuales tienen una deuda perenne con un gran número de autores que permitieron su creación, identificación, sistematización o desarrollo. No cabe duda, por ejemplo, que en el ámbito jurídico privado la doctrina ha tenido destellos muy importantes, gracias al desarrollo del *ius civile* romano; el *mos italicus*, derivado de la labor de los glosadores y post glosadores en el siglo XVI; así como la labor de los civilistas durante el siglo XIX. En el campo del derecho internacional podemos señalar las aportaciones de Hugo Grocio y Francisco de Vitoria. En el derecho procesal, la labor de autores como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, entre muchos otros. En el campo del derecho procesal constitucional, por mencionar algunos ejemplos, las aportaciones iniciales de Hans Kelsen, y las posteriores de Mauro Cappelletti y Fix-Zamudio.

La doctrina presta servicios muy importantes al derecho, a los operadores jurídicos y al foro en general. En primer término, y también en un primer nivel, tenemos la aportación de conceptos y categorías, así como opiniones acerca del derecho vigente, a efecto de criticarlo, sistematizarlo, concordarlo o esclarecer su sentido y alcance. En un segundo nivel encontramos los estudios u opiniones acerca de la labor de los propios juristas o del ordenamiento en un nivel ulterior de abstracción, lo cual corresponde a los estudios teóricos del

derecho. En un tercer nivel podríamos situar a los trabajos de filosofía del derecho, en donde se analizan los principios y cuestiones más básicas y abstractas del fenómeno jurídico; en este nivel se pretende dar respuesta a las preguntas acerca de qué es el derecho, por qué se obedece el derecho, qué es la justicia y muchos otros conceptos básicos.

De esta manera, la doctrina aporta conceptos, criterios, pautas, sistematizaciones o clasificaciones que sirven para generar la opinión jurídica dominante, pero también para cuestionar ésta e impulsar nuevos paradigmas sobre los cuales los operadores jurídicos pueden crear y aplicar el derecho.

En resumen, la interpretación doctrinal son las opiniones de los profesores o estudiosos del derecho, que, sobre todo a través de sus obras, determinan el sentido y alcance de las expresiones del derecho. Tan importante ha sido la doctrina que incluso a los criterios emanados de los órganos jurisdiccionales se les denomina “doctrina” judicial o la “doctrina” del tribunal.

Aún más, la importancia de la doctrina en el ámbito del derecho ha sido de tal entidad que incluso se le ha dado en ocasiones el reconocimiento explícito de fuente, ya sea primaria o auxiliar del propio derecho, como lo ejemplifica el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que alude, entre otras fuentes del derecho internacional, a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, en calidad de medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho. En nuestro país se puede mencionar la Ley de Amparo de 1882, que en su art. 34 señalaba que las sentencias pronunciadas por los jueces de distrito debían fundarse en el texto constitucional, para cuya interpretación había que estar a las ejecutorias de la Suprema Corte y “las doctrinas de los autores”.

El porqué de la relevancia y el apoyo que encuentran los operadores jurídicos en la doctrina es una cuestión fuertemente enraizada en la importancia que otorgan los seres humanos al conocimiento y la experiencia, lo cual deviene posiblemente de los albores de la propia humanidad y su capacidad de supervivencia, gracias al aprendizaje que otorga la experiencia. En la actualidad, el conocimiento y la experiencia es una de las fuentes de autoridad y, por ello, en el campo del derecho, invocar en nuestro apoyo o como justificación las opiniones de los estudiosos es uno de los diversos argumentos de autoridad que se utilizan con frecuencia.

En este sentido, hay que distinguir tres planos de la doctrina, uno como determinadora del sentido y alcance de las disposiciones jurídicas; dos, como generadora de argumentos o razones, y tres, como referente de autoridad para fortalecer pretensiones, planteamientos o decisiones.

Es en el primer plano donde se ubica la interpretación doctrinal, que sirve de apoyo tanto al foro como a los operadores jurídicos, en la creación y aplicación del derecho a casos concretos. En la práctica se acude a la doctrina más de lo que abiertamente se reconoce, es decir, no es frecuente que los operadores jurídicos, en particular los jueces, citen expresamente la fuente doctrinal que les sirvió de guía, pauta o inspiración, aunque éstas se traslucen por lo regular en las decisiones de todo tipo y rango de jueces y tribunales.

La pluralidad de enfoques y perspectivas con que se puede estudiar al derecho impiden que la doctrina sea un conjunto unidireccional y monolítico de

pautas u opiniones, de ahí la necesidad de buscar una especie de uso *racional* de la doctrina, que en efecto valga por aquello que le da relevancia: el conocimiento y la experiencia; pero sobre todo por el hecho de que las razones que se invoquen resistan la crítica y deriven del estudio profundo y meditado de la institución jurídica de que se trate. Solo de esta manera la interpretación doctrinal puede seguir aportando de manera genuina a la creación y aplicación del derecho.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

INTERPRETACIÓN DOCTRINAL/JUDICIAL/AUTÉNTICA

I. Para comprender las peculiaridades de la interpretación judicial es pertinente confrontarla con la interpretación doctrinal y con la interpretación auténtica. Y con este propósito es necesario introducir un marco conceptual en el cual encuadrar estos diversos tipos de actividad interpretativa. En particular, dos distinciones son indispensables.

a) Primera distinción. Con el vocablo “interpretación” se hace referencia, a veces, a la atribución de significado a un texto normativo —“El texto T tiene el significado S”—; en otras ocasiones a la calificación jurídica de una situación concreta —“El acto X constituye homicidio”—, calificación que después da fundamento a la solución (o a la propuesta de solución) de una específica controversia. Por lo tanto, es necesario distinguir entre:

— La interpretación “en abstracto” (“orientada a los textos”), que consiste en identificar el contenido de significado —es decir, el contenido normativo— expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo sin referencia a algún supuesto de hecho concreto, y

— La interpretación “en concreto” (“orientada por hechos”), que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”.

Mediante la interpretación en abstracto, los juristas resuelven problemas de ambigüedad del lenguaje normativo, concretizan principios, resuelven antinomias y colman lagunas. La interpretación en concreto, por su parte, resuelve problemas de vaguedad o “textura abierta” de las normas.

b) Segunda distinción. Con el vocablo “interpretación” a veces se hace referencia a un acto de conocimiento; en otras ocasiones a un acto de decisión, aunque otras tantas a un genuino acto de creación normativa. Por tanto, debemos distinguir:

— La interpretación *cognitiva*, que consiste en identificar, de un texto normativo, los diversos posibles significados posibles (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, de las diversas técnicas interpretativas en uso, de las tesis dogmáticas propagadas por la doctrina, etcétera) *sin elegir alguno*;

— La interpretación *decisoria*, que consiste en la *elección*, entre los significados posibles, de un significado determinado, descartando los restantes;

— La interpretación *creativa* —o “construcción jurídica”— que consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo”, que no figura entre los identificados o identificables en la interpretación cognitiva: prácticamente, consiste

en formular una norma nueva, no expresa (que se considera “implícita” en las normas existentes).

Desde el punto de vista lógico (no psicológico, por supuesto), la interpretación decisoria y la interpretación creativa presuponen obviamente la interpretación cognitiva, y ésta destaca, por así decirlo, la indeterminación del ordenamiento, es decir, la ambigüedad de los textos normativos es resuelta por ella; la interpretación creativa colma las lagunas y resuelve otros “defectos” del sistema jurídico.

II. Las distinciones apenas introducidas son útiles para ilustrar la distinción que se hará enseguida, que ya no se refiere a la actividad interpretativa, sino a los sujetos que típicamente la ejercitan: se trata sobre todo de los juristas, los jueces y (a veces) del propio legislador.

1. Se llama “interpretación doctrinal” a la realizada por los “juristas”, es decir, por los académicos —por los profesores de derecho— en sus estudios monográficos, manuales, ensayos, comentarios a sentencias, entre otros. La interpretación doctrinal es esencialmente, aunque no necesariamente (por lo menos porque los juristas académicos ejercitan comúnmente también la profesión de abogado), interpretación en abstracto. Puede ser indistintamente una actividad cognitiva (de valoración), decisoria o creativa.

Cuando un jurista se limita a la interpretación cognitiva contribuye al conocimiento del derecho. Cuando realiza una interpretación decisoria hace “política del derecho”: busca con ello influenciar las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación (y especialmente de los jueces); su interpretación tiene valor de “recomendación” (propuesta *de sententia ferenda*) dirigida a los jueces. Cuando, por último, realiza una interpretación creativa contribuye —o por lo menos pretende contribuir— a la producción de derecho (*Juristenrecht*). Se entiende que la doctrina contribuye efectivamente a la producción de derecho cuando las normas (“apócrifas”) por ella formuladas se convierten en vigentes (“derecho viviente”) a través de las decisiones de los órganos de aplicación que las hacen propias (aplicándolas).

2. Se llama “interpretación judicial” a la realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional. La interpretación judicial es necesariamente interpretación decisoria, a menudo creativa, y es necesariamente (también) interpretación en concreto (“además”, no solo eso, ya que, como he dicho, cualquier interpretación en concreto presupone lógicamente una interpretación en abstracto).

La interpretación doctrinal está desprovista de efectos jurídicos. Por supuesto, los juristas pueden, de hecho, influir en las decisiones de los jueces y de la administración pública (y de los órganos de aplicación en general). Pero ni los jueces ni la administración pública tienen obligación jurídica de adaptarse a las interpretaciones propuestas por los juristas. La interpretación judicial, por el contrario, sí tiene efectos jurídicos. Generalmente (con la excepción, sobre todo, de los jueces constitucionales) en los ordenamientos de *civil law*, ésta es vinculante para “las partes, sus herederos o cesionarios” (así lo establece, por ejemplo, el Código Civil italiano). Ella, como suele decirse, tiene eficacia *inter partes*: tiene efectos circunscritos al caso concreto.

Hay que resaltar lo siguiente: la interpretación judicial es eficaz (normalmente) solo *inter partes*. Ello quiere decir, ante todo, que ninguna decisión jurisdiccional puede producir efectos jurídicos contra “terceros”, extraños al proceso. Pero también quiere decir que, en principio, ningún juez tiene la obligación de conformarse con las elecciones interpretativas de cualquier otro juez, incluso si se trata de una Corte Suprema.

En otras palabras, en los ordenamientos de *civil law*, los “precedentes” jurisdiccionales —es decir, las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores, similares, bajo cualquier aspecto esencial, al que se va a decidir— no son vinculantes para los otros jueces. Cada juez goza de total autonomía interpretativa, y está sujeto, en principio, a la ley, y a ella sola (esto se establece expresamente, por ejemplo, en la Constitución italiana). En este sentido, la jurisprudencia “no es” fuente formal del derecho.

Así están las cosas, en teoría. Sin embargo, es claro que si un juez, en la interpretación de una determinada ley, se aparta de las orientaciones interpretativas de la Corte Suprema, especialmente cuando se trata de criterios consolidados, es probable que su sentencia sea impugnada por la parte perdedora, y sea después anulada por la Corte Suprema. Por esta obvia razón, los precedentes —sobre todo los precedentes del Tribunal Supremo o de casación— ejercitan sobre los jueces una eficacia “persuasiva”; en otras palabras, son a menudo de hecho acatados, aunque no sean vinculantes.

3. Finalmente, se llama “interpretación auténtica” (por antonomasia) a la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante una ley sucesiva, cuyo contenido sea precisamente la determinación del significado de una ley precedente.

Se trata, obviamente, de una interpretación decisoria, y particularmente de una interpretación en abstracto. Dado que una ley que pretendiera interpretar “en concreto”, es decir, de determinar la solución de una específica controversia, o bien interferir en los procesos en curso, constituiría un ejercicio que no es de la función legislativa, sino de la función jurisdiccional; ella sería, por tanto, constitucionalmente ilegítima en todos aquellos ordenamientos constitucionales que reservan a los jueces la función jurisdiccional.

También la interpretación auténtica, como aquella judicial, tiene efectos jurídicos. Pero, mientras la interpretación judicial tiene eficacia solo *inter partes*, la interpretación auténtica, estando incluida en una ley, es vinculante —como cualquier otra ley— *erga omnes*, es decir, vincula a todo sujeto del ordenamiento.

Riccardo Guastini

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

INTERPRETACIÓN EN SENTIDO AMPLIO

La interpretación es una actividad que no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, son susceptibles de interpretarse acontecimientos, actitudes y expresiones de todo tipo. De ahí la necesidad de partir de un concepto genérico para comprender mejor uno de sus sectores específicos: la interpretación jurídica.

Si bien por siglos ha estado presente como actividad, los estudios acerca de la interpretación han proliferado desde la segunda mitad del siglo XX, dando lugar a toda una disciplina que la estudia, conocida como “hermenéutica”.

En el ámbito de la filosofía, el solo concepto de interpretación ha suscitado entre los autores opiniones diversas —incluso contradictorias— y, tal y como sucede en muchos otros problemas planteados en este campo, no se ha llegado aún a conclusiones definitivas. Según la corriente que podemos denominar como tradicional, la interpretación busca desentrañar un sentido ya incorporado en las expresiones consideradas como conjunto de signos. Una postura más moderna asigna un papel central al propio intérprete, quien, más allá de limitar su labor a buscar un sentido ya incorporado, en realidad *asigna* en definitiva sentido a tales expresiones. El propio término *interpretación* es utilizado en diversos contextos, por ejemplo, cuando hay actividad de traducción de un idioma a otro; cuando se ejecuta alguna obra artística o se tratan de comunicar los fines estéticos o los sentimientos del autor, o cuando se trata de extraer una determinada pauta de conducta, como en el caso de la interpretación de textos jurídicos.

La diversidad de usos del lenguaje y contextos en los que se utiliza la palabra “interpretación” ha dificultado la conformación de una teoría general sobre el particular. Uno de los esfuerzos más notables es el de Emilio Beti, quien concibe la interpretación como “una actividad cognoscitiva” en la cual se trata siempre de entender la objetivación de una espiritualidad, es decir, su incorporación o fijación en un instrumento material perceptible, ya sea una piedra, mármol, madera, papel o el sonido acústico, que forma parte de la dimensión del mundo físico. Dicho autor afirma que de algún modo la dotación espiritual, que no pertenece a la dimensión del mundo físico, se halla trasvasada, incorporada y fijada en el instrumento material perceptible. En este sentido, para que exista interpretación es necesario contar con un objeto constituido por “formas representativas”, que son “una relación unitaria de elementos” apreciables por los sentidos por cuanto dejan huella en el material en que se plasman; éstas convierten al objeto en algo cognoscible. A partir de lo anterior, podemos considerar que “interpretar es la actividad por la cual se determina el sentido de ciertos acontecimientos, signos o expresiones significativas, objetivamente plasmados”. En el ámbito jurídico dicha actividad consiste en “determina el sentido de las expresiones del derecho”.

La invención de la escritura permitió plasmar el derecho —de tradición oral remota—, por escrito, a partir de ese momento es que los textos, como una de las formas de expresión de las normas jurídicas, adquirieron una preponderancia hasta ahora insuperable. La Constitución, las leyes, los reglamentos, los contratos, los testamentos e incluso las señales de tránsito no son otra cosa que formas de expresión jurídica, es decir, el vehículo a través del cual son manifestadas las normas jurídicas. La interpretación permite extraer del texto la norma jurídica que tiene incorporada o trasvasada.

La interpretación jurídica como actividad ha acompañado al derecho desde sus orígenes y se ha manifestado con diversos matices. Es precisamente en este ámbito donde se aprecia que ocupa y, en ocasiones, preocupa a quie-

nes detentan el poder mantener una especie de monopolio interpretativo, lo cual ha llevado en diversas etapas de la historia a prohibir la interpretación de los textos normativos; a limitarla a situaciones excepcionales o a un solo canon o pauta, como puede ser desentrañar la de hallar la voluntad o el espíritu unívoco del legislador.

Hasta ahora se ha formado un gran número de escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica, originadas en sus inicios alrededor del derecho privado de carácter civil; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales a la Escuela de la Exégesis o Francesa; la Escuela Histórica Alemana; la Jurisprudencia Dogmática; la Jurisprudencia de Conceptos; la Jurisprudencia de Intereses; la Escuela Científica Francesa; el Sociologismo y la Escuela del Derecho Libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del Realismo Jurídico y la Jurisprudencia Sociológica.

Cada una de estas escuelas o corrientes parte generalmente de concepciones propias acerca del derecho y, por consiguiente, discrepan las ideas que ostentan sobre la interpretación, los métodos interpretativos y lo que constituye el “sentido” de los textos jurídicos. La mayoría de las escuelas de interpretación es designada precisamente por el canon interpretativo que ostenta como bandera y, las más de las veces, que propone como el único correcto. En el ámbito jurídico, las corrientes acerca de la incidencia, objetivos y particularidades de la interpretación, no han sido unívocas. Para algunos, el objeto de la interpretación es determinar el sentido y alcance de las reglas jurídicas; para otros consiste en explorar textos normativos, de manera que el resultado de la interpretación es precisamente obtener la regla jurídica aplicable a un determinado asunto.

Las distintos cánones de interpretación pueden identificarse a lo largo de un espectro que en uno de sus extremos tiene a la llamada “voluntad” del autor de la norma, y en el otro los términos objetivos del texto, por esta razón son generalmente clasificados en dos grandes grupos, “subjetivistas y objetivistas”, según sea el extremo al cual se inclinen preponderantemente. Las corrientes denominadas “subjetivistas”, por ejemplo, declaran que el sentido de la ley se encuentra en la “voluntad” del legislador, por otro lado, las llamadas “objetivistas” se apoyan en el sentido lógico-objetivo de la ley como expresión del derecho, es decir, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, al penetrar la ley en la vida social adquiere matices diversos de aquellos que le fueron asignados en su creación. En la actualidad se vive una apertura interpretativa que acepta los diversos cánones de interpretación (semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional), que se han ido conformando en el tiempo y que sirven al intérprete como aproximaciones a los textos normativos. Asimismo, la interpretación ha sido objeto de muy relevantes clasificaciones, en relación con el intérprete, a sus efectos, a su contenido, entre otras categorías que la han ramificado y convertido en una disciplina de estudio recurrente.

Si bien por siglos se consideró que solo había lugar a la interpretación cuando los textos normativos fueran oscuros, en la actualidad se reconoce que la interpretación es una fase indispensable de la aplicación del derecho a casos concretos, seguida por la subsunción y, por último la justificación. De manera paralela a estos desarrollos, la interpretación jurídica, ubicada en el ámbito de la aplicación de las normas del derecho privado, se ha ido extendiendo a otras ramas del derecho tanto privadas como públicas, de las que se debe destacar el desarrollo sobresaliente que ha tenido la interpretación constitucional y la de los tratados internacionales.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

I. En la cultura jurídica moderna, la historia de las doctrinas normativas (o ideología) de la interpretación está atravesada por dos oposiciones fundamentales recurrentes; por un lado, la oposición entre una doctrina “literalista” y una doctrina “intencionalista”; del otro, la oposición entre una doctrina “estática” y una doctrina “dinámica”. Omitiendo la primera oposición, que no interesa en el presente contexto, la interpretación evolutiva es fruto precisamente de la doctrina “dinámica”.

a) La doctrina estática no recomienda cualquier “método” interpretativo, sino más bien un particular “producto” de la interpretación, a saber que la interpretación atribuya a los textos normativos un específico tipo de significado (cualesquiera que sea la técnica empleada para argumentarlo). Recomienda que el producto de la interpretación sea estable, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado (o bien que cada texto esté dirigido a expresar siempre la misma norma); que no se muten orientaciones interpretativas, que no se pongan en entredicho las interpretaciones ahora consolidadas, que la jurisprudencia no cambie de rumbo.

La doctrina estática, por lo tanto, favorece una postura genéricamente conservadora en materia de interpretación, en el presupuesto de que la estabilidad de la interpretación garantiza la “certeza del derecho”, es decir, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones de cada sujeto: concretamente, previsibilidad de las decisiones de los jueces y, más en general, de los órganos de aplicación (la administración pública, pero también los supremos órganos constitucionales).

b) La doctrina dinámica, por su parte, alienta a los intérpretes a cambiar la interpretación incluso consolidada de los textos normativos —especialmente si se trata de textos normativos antiguos, como son a veces los textos constitucionales— para adaptar así incesantemente el derecho a nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de las autoridades normativas (incluido el poder de revisión constitucional).

En otras palabras, la doctrina dinámica favorece la interpretación llamada “evolutiva”, útil para remediar, precisamente por vía interpretativa, el envejecimiento de los textos normativos (por la falta de reformas legislativas y/o por la falta de reformas constitucionales).

II. La interpretación evolutiva se caracteriza por su oposición a la interpretación histórica. Para comprender mejor este punto es necesario distinguir preliminarmente entre dos tipos de significado: *a)* significado “originario”, que es aquel que un texto normativo tiene (o tenía) al momento de su entrada en vigor, y *b)* significado “actual”, que es aquel que un texto normativo asume en el momento en que es interpretado y eventualmente aplicado. Se trata, obviamente, de significados potencialmente (aunque no necesariamente) divergentes, especialmente cuando el texto normativo interpretado es muy antiguo. Ahora bien:

1. Se llama “histórica” a la interpretación que atribuye a un texto normativo su significado original. A ésta se le pueden adscribir dos versiones: *a)* una versión lingüística, que atribuye a un texto el significado lingüístico originario (o “histórico”, aquel que las palabras tenían en la época que se creó), y *b)* una versión intencionalista, que atribuye a un texto el sentido originalmente querido por el legislador.

2. Se llama, por el contrario, “evolutiva” —o también “dinámica”— a la interpretación que atribuye a un texto un significado actual (si difiere del original). Más en general, se llama “evolutiva” a toda interpretación que adscribe a un texto normativo un significado nuevo, diverso del usual o consolidado. La interpretación evolutiva es producto de la adaptación de viejas, o relativamente viejas, leyes (o Constituciones) a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico (o por los padres constituyentes).

Para comprender lo distintos que pueden ser los resultados de la interpretación histórica y, respectivamente, evolutiva, se toma un simple ejemplo. La octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos —que data de 1791— prohíbe infligir penas “cruelles e inusuales”. Evidentemente, hoy en día son “inusuales” y son sentidas como “cruelles” sanciones penales que en 1791 no lo eran, por ejemplo, la pena de muerte. Por lo tanto, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte si se interpreta de modo “evolutivo”; mientras que la permite si se interpreta de modo “histórico”.

En efecto, la interpretación evolutiva no es en sí misma una específica técnica interpretativa: lo que “evoluciona”, en sentido estricto, no es la “actividad” interpretativa, sino más bien el “producto” de la interpretación. En otros términos, lo que cambia es el significado adscrito a un mismo texto normativo.

Se entiende que la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad del legislador (es decir, a la intención real de los legisladores de carne y hueso, puesto que existe y es cognoscible), que es, por el contrario, razonamiento fundamental de la interpretación histórica (en la variante internacional). Sin embargo, se puede argumentar: con referencia a la intención contrafactual del legislador, o en relación con la llamada “naturaleza de las cosas”: la interpretación de los textos normativos debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que éstos deben ser aplicados.

De hecho, existe en la doctrina y en la jurisprudencia una técnica estándar para argumentar este tipo de interpretación: aquella que consiste en apelar a ciertos tipos de hechos —tal y como son percibidos y evaluados por el

intérprete a la luz de sus ideas de justicia—, como el cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas exigencias en la vida social (económica, política, etcétera), y similares.

Desde el punto de vista político, la interpretación evolutiva puede ser impugnada en razón de que los intérpretes no están habilitados para remediar la inercia de las autoridades legislativas, cambiando ellos mismos el derecho, por vía interpretativa, cuando no cambian los textos normativos. Si, por ejemplo, a los intérpretes se les permitiera atribuir a una cláusula constitucional un sentido diverso de aquel querido por los constituyentes, ellos sí sustituirían al poder constituyente (o al poder de revisión constitucional), usurpándolo.

Combinada con la doctrina intencionalista —se debe atribuir a los textos normativos no su significado literal, sino el significado que corresponde a la intención del legislador—, la doctrina dinámica de la interpretación da lugar a esa manera de ver (una evidente ficción) según la cual la intención de la autoridad normativa no se da una vez por todas, cristalizada en los documentos normativos, pero mágicamente evoluciona, adaptándose al mutar las circunstancias. Esta formulación algo absurda oculta una idea llena de implicaciones prácticas.

La idea es, a grandes rasgos, la siguiente: que la intención del legislador no es tanto la norma que el propio texto expresa, sino más bien su *ratio*, su razón de ser, es decir, el propósito que la autoridad pretende perseguir o, aun, el “valor” o “principio” subyacente a la norma. En otras palabras: no la norma “expresa”, sino el principio —el valor ético-político— “implícito” subyacente, a partir del cual la autoridad normativa, se supone, era animada.

Ahora, un principio, un valor, una *ratio* son potenciales matrices de innumerables normas (ulteriores respecto a aquella en la que cristalizan originalmente) implícitas, idóneas para resolver situaciones nuevas, no previstas. Con el auxilio, principalmente, del argumento analógico, o bien de un argumento contra-factual: “si la autoridad normativa hubiese previsto la circunstancia F, la habría resuelto de conformidad con el principio P, en el modo G”.

Así que, desde este punto de vista, se resuelve a veces con la interpretación extensiva o analógica del texto en cuestión; otras veces no tanto con una interpretación peculiar —en sentido estricto— del texto, sino más bien con la creación de nuevas normas implícitas a partir del principio que se considera subyacente en el texto.

Riccardo Guastini
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez y, en todo caso, distinguía entre ésta y aquella e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. Así, la eficacia se presenta como el punto de conexión entre el enun-

ciado normativo y la realidad porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que se mueven en el ámbito de la realidad, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege a las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición, pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Esto sucede por varios motivos; el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque ésta garantiza la “movilidad” de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobelsky se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar; según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquél es muy difícil de reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer, de los preceptos antiguos, normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

Raúl Canosa Usera

INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

I. La interpretación extensiva es un tipo de interpretación “correctora”; ésta, a su vez, se contrapone a la interpretación considerada “declarativa”.

El uso de estas expresiones presupone la (ingenua) teoría cognitiva de la interpretación: esa teoría entiende que los textos normativos incorporan un significado intrínseco preexistente a la interpretación, susceptible de descubrimiento o conocimiento, de “declaración” justamente; así, la interpretación —o al menos la “buena” interpretación— consiste precisamente en comprobarlo y no manipularlo.

a) Se entiende generalmente como “interpretación declarativa” a la que atribuye a un texto normativo su significado (se supone) “propio”, sin alterarlo en modo alguno.

b) Se entiende como “interpretación correctora”, trivialmente, cualquier interpretación no declarativa. La interpretación correctora, entonces, puede ser ya sea “extensiva” (*lex minus dixit quam voluit*), ya sea “restrictiva” (*lex magis dixit quam voluit*).

Hay que decir que —como consecuencia de la inevitable vaguedad de los enunciados (términos que denotan clases) en todos los lenguajes naturales— el campo de aplicación de cada norma es indeterminado, así que pueden darse casos concretos que seguramente entran en su ámbito, casos que a su vez claramente están excluidos y, finalmente, casos “difíciles” de dudosa cualificación. Bueno, la interpretación extensiva y la interpretación restrictiva constituyen dos formas alternativas de reducir la vaguedad de los enunciados y, por tanto, de precisar el campo de aplicación de las normas.

II. Existen, de hecho, dos estrategias fundamentales para reducir la vaguedad: la técnica de la analogía (o de la igualdad “sustancial”) y la técnica de la disociación (o de la diferencia “sustancial”).

Supongamos que tenemos una disposición normativa que atribuye una determinada consecuencia jurídica para el supuesto “edificio en ruinas”, y tener que resolver una controversia relativa al colapso de un balcón. Ahora bien:

1. *Analogía*. Una primera estrategia para reducir la vaguedad consiste en sostener que —a la luz de una supuesta *ratio legis* (el propósito que la norma tenía la intención de perseguir) — el colapso de un balcón es en todo “análogo” a la ruina de un edificio, es decir, merece la misma regulación jurídica. Se puede concluir que la norma sobre la ruina de edificio se aplica “también” al supuesto “colapso de un balcón”.

Éste es un ejemplo de interpretación extensiva, basado en el empleo del argumento analógico. Por esta vía, el área de “penumbra” de la norma se reduce, incluyendo en ella la clase de situaciones marginales “colapso de balcón”.

2. *Diferencia*. Una segunda estrategia consiste en sostener, a la inversa, que la ruina del edificio y el colapso del balcón —aun a la luz de una supuesta *ratio legis*— son situaciones sustancialmente “diversas”, así que merecen diferentes regulaciones jurídicas. Con la conclusión de que la norma sobre la ruina del edificio “no” se aplica al supuesto “colapso del balcón”.

Éste es un ejemplo de interpretación restrictiva, basada sobre el argumento de la disociación (lo que los juristas del *Common Law* denominan *distinguishing*). De nuevo, para esta vía, el área de “penumbra” de la norma se reduce, excluyendo de ella la clase de casos marginales “colapso del balcón”.

III. Las expresiones “interpretación extensiva” e “interpretación restrictiva” pueden denotar dos cosas diversas (diferentes conceptualmente, aunque no siempre distinguibles en concreto).

Ponemos nuevamente un simple ejemplo. Supongamos que tenemos que decidir qué hacer con una norma que se aplica a las “viviendas”. A su vez, estamos de acuerdo en que el vocablo “vivienda”: denota el apartamento en el que uno vive, y por lo tanto se extiende, sin duda, a la recámara y a la cocina; no comprende seguramente la oficina donde se trabaja; es dudoso si se aplica a la bodega posiblemente anexa a un departamento. Ahora bien:

1. En un primer sentido (restringido, podremos decir) constituye: *a*) interpretación extensiva aquella que aplica la norma en cuestión también a la bodega, y *b*) interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a la bodega.

2. En un segundo sentido (amplio, digamos) constituye: *a*) interpretación extensiva —o, más precisamente, aplicación analógica— aquella que aplica la norma también a la oficina, y *b*) interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a todo el departamento, pero incluye (digamos) la cocina.

La diferencia entre los dos tipos de interpretación extensiva está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación —la “zona de penumbra”— de la norma, extendiendo su ámbito de aplicación también a los casos dudosos; la del segundo tipo, por el contrario, produce una norma nueva con el auxilio del argumento analógico (la supuesta similitud, a la luz de una supuesta *ratio legis*, entre apartamento y oficina).

La diferencia entre los dos tipos de interpretación restrictiva, a su vez, está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación de la norma, restringiendo su campo de aplicación solo a los casos claros (y excluyéndolo a los casos dudosos); la del segundo tipo, por el contrario, mediante el argumento de la disociación (recámara y cocina son supuestos “sustancialmente diversos”) introduce en la norma una cláusula de excepción (la recámara, exceptuando la cocina), el que —hay que señalar— equivale a sustituir la norma original (“si habitación, entonces X”) con una norma diversa (“si habitación y no cocina, entonces X”).

La interpretación extensiva y la restrictiva del primer tipo son operaciones meramente interpretativas: consisten en determinar el significado de los enunciados usados por la autoridad normativa para diseñar los supuestos.

La interpretación extensiva y la restrictiva del segundo tipo son más bien operaciones “constructivas” —de construcción jurídica— que consisten, respectivamente, en formular una norma nueva, no expresa (interpretación extensiva), y en formular una excepción no expresa, o sea, como he dicho, en sustituir una norma con otra (interpretación restrictiva).

IV. Desde tiempo inmemorable se ha discutido en la doctrina si existe una diferencia entre interpretación extensiva y aplicación analógica.

El argumento analógico (o *a simili*) consiste trivialmente en la aducción de que dos casos son similares, análogos o también “sustancialmente iguales”, así que merecen la misma consecuencia jurídica. Ahora bien, este argumento puede ser empleado para sostener dos tipos de conclusiones algo diversas: una mera interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma no expresa en presencia de una laguna (verdadera o imaginaria).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de una norma (vaga) previamente identificada. Es un modo de reducir la vaguedad de la norma de que se trata, así como incluir un caso dudoso dentro de su campo de aplicación.

La construcción, mediante analogía, de una norma no expresa —con el propósito de colmar una laguna— pertenece, por el contrario, al dominio de la interpretación “en abstracto” (entendida en sentido amplio): concierne no

al ámbito de aplicación de una o de otra norma, sino a la identificación misma de las normas vigentes.

Sin embargo, la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma no expresa es muy sutil. Si vemos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, de hecho, una y otra se resuelven simplemente conectando una consecuencia jurídica a un caso que “no” entra en el significado “literal” de la disposición de la cual se trata. Por aquellos que se inclinan a interpretar literalmente y, en particular, a argumentar “a contrario” los casos dudosos, de incierta cualificación, “no” entran en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista, la sedicente interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (encubierta) de una norma nueva no expresa. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, trivialmente, a un diverso modo de argumentar o de construir verbalmente una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de “religión” al movimiento llamado *Scientology*, aduciendo indiferentemente: o que la categoría no está expresamente regulada, sino *Scientology* “es similar a” una religión, o que “es” una religión en sentido amplio. En uno de los casos evidentemente se construye una norma no expresa, se crea una norma nueva; en el otro se extiende el significado del término “religión” al área de penumbra del concepto, y se subsume el caso dudoso en la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

Riccardo Guastini

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

INTERPRETACIÓN LEGAL

En el marco de las discusiones teóricas del derecho, sin duda, las referentes a la interpretación han adquirido una importancia inusual en los últimos años. Ha sido tal el tratamiento del tema que algunas personas piensan que la filosofía del derecho, en buena medida, se dedica exclusivamente a este tópico y al de la argumentación o, puesto en otros términos, que agotamos las discusiones filosóficas del derecho con el tema interpretativo y argumentativo. Voy a aprovechar esta colaboración para avanzar ciertas advertencias sobre las discusiones de interpretación en el derecho y sobre todo deslindar las diferentes preguntas que tenemos que plantear para discutir el tema.

¿Qué nos interesa saber de la interpretación legal? ¿Qué es en sí la actividad interpretativa?, o bien nos interesa ¿Cómo interpretan los tribunales, o cómo deben interpretar los tribunales? ¿Solo la llevada a cabo por la función jurisdiccional o también la interpretación realizada por otros oficiales del derecho? ¿Qué relación tiene la actividad interpretativa con otras funciones propias del derecho?

Como podemos ver, las reflexiones pueden ser muy variadas y las preguntas lo suficientemente amplias como para abordarse de manera separada. No es lo mismo, desde un plano descriptivo, preguntarse cómo interpretan los tribunales, a indagar, desde el plano prescriptivo, cómo deben

interpretar, finalmente en estos casos, como lo dice Joseph Raz, nos preguntamos sobre el “cómo interpretar”. O bien, nos podemos centrar en la pregunta “qué es en sí la actividad interpretativa”, es decir, analizar la naturaleza de la interpretación legal y comparar la interpretación que se lleva a cabo en el derecho con otras actividades interpretativas, como la interpretación de obras de arte, o la interpretación musical o la interpretación literaria.

Desafortunadamente, “algunas” discusiones en el ámbito jurídico pasan por alto deslindar este tipo de interrogantes indispensables y se limitan al tema de la interpretación legal en el seno de los tribunales. La razón no debe extrañar: el tema de la interpretación jurídica es la cara más práctica de la filosofía del derecho, y los abogados exigen discusiones prácticas para sus actividades diarias. Pero espero que quede claro que, por una parte, la filosofía del derecho no se agota con el tema de la interpretación legal, y que el tema de la interpretación jurídica no se agota con el tema de la interpretación en los tribunales. Para agotarlo tenemos que plantearnos otras cuestiones.

Además, el tema de cómo interpretan los tribunales o cómo deben interpretar es un muy contingente que depende de las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de cada sistema jurídico. Quizá por esto, H. L. A. Hart siempre fue cauto en avanzar una “teoría” completa de la interpretación, y más bien se dedicó a preguntas más concretas y posibles de atender desde la filosofía del derecho.

Una de estas preguntas más concretas que podemos plantearnos es la formulada por el realismo jurídico, consistente en reflexionar hasta qué punto los tribunales están constreñidos por las normas jurídicas en sus decisiones. La pregunta nos lleva al tema de los límites del derecho, también al tema de cuándo el derecho se agota en sus respuestas correctas y cuándo los tribunales tienen discrecionalidad para decidir ante varias alternativas viables, o cuando pueden tomar el papel de legisladores ante la ausencia del derecho. Y éstas son preguntas sumamente complicadas en el terreno filosófico, que tienen que ver con la vaguedad del derecho, con la seguridad jurídica y la noción de Estado de derecho, y con principios de organización política, tal como el de la división de poderes.

Junto con H. L. A. Hart, muchos pensamos que estas preguntas más concretas acerca de la interpretación jurídica se pueden distinguir de otras que le interesan al filósofo, sobre todo de la pregunta: ¿qué es el derecho? Es decir, una cosa es preguntarse qué es el derecho y otra cómo se interpreta ese derecho.

Pero las cosas no suelen ser tan unánimes en filosofía, Ronald Dworkin nos dice que la pregunta ¿qué es el derecho? se contesta al voltear la mirada hacia la actividad interpretativa que se realiza en lo jurídico. Para Dworkin, el concepto derecho, junto con conceptos de la moral y la política siempre se interpretan. Y así como el juez interpreta, por ejemplo, el concepto “alimentos” para decidir un caso de pensión, el filósofo interpreta conceptos más abstractos como el de derecho mismo, el de justicia o el de equidad, para saber su naturaleza. Debo advertir que Dworkin no llega a esta conclusión “únicamente” analizando lo que hacen los tribunales, más bien la idea es producto de un análisis exhaustivo de lo que es la actividad interpretativa en el derecho y otros dominios.

Esta actividad interpretativa que Dworkin ve en el centro de las preguntas filosóficas en el derecho tiene dos componentes indispensables: uno fáctico que analiza el material jurídico existente, material como los textos constitucionales, legales, jurisprudenciales, etcétera, y otro evaluativo, donde se pregunta acerca del valor moral de la práctica sobre la cual discutimos. En este componente moral nos preguntamos cuál es el valor que sirve, por ejemplo, el derecho. La parte evaluativa y moral le da sentido a la parte fáctica del material jurídico existente, y así llegamos a conclusiones de interpretación sobre lo que “es” el derecho, por ejemplo.

Pero independientemente de que la interpretación esté en el centro de nuestra actividad explicativa de la naturaleza del derecho, como en Dworkin, o bien en un lugar accesorio como en H. L. A. Hart, podemos, de manera preliminar, extraer ciertas coincidencias entre las diferentes tradiciones filosóficas para saber qué es lo que caracteriza la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica se caracteriza por tener dos elementos en juego que se sopesan al intentar dar una explicación a sus directivas. El elemento de la certeza, producto de un derecho expedido con anterioridad y generado a través de ciertas fuentes sociales como la legislación, precedente, etcétera, y otro elemento de desarrollo, es decir, una tarea de tratar de ajustar el derecho a condiciones sociales actuales y para casos posteriores. ¿Qué tanta importancia tiene el elemento de la certeza a diferencia del elemento de desarrollo? ¿Cuándo inicia uno de estos elementos y termina el segundo? Contestar estas preguntas es la tarea de las teorías de la interpretación, y las diferentes respuestas que tenemos explican las disputas teóricas con las que contamos hoy en día en la filosofía jurídica contemporánea.

Juan Vega Gómez

INTERPRETACIÓN OFICIAL

Toda persona que inquiera sobre el sentido y alcance de las disposiciones jurídicas está interpretándolas. Esto hace necesario contar con algún criterio para distinguir la interpretación de quienes crean y aplican el derecho en calidad de autoridades, de aquella que pueden realizar otros sujetos, pero que no posee eficacia jurídica; la primera puede calificarse como “oficial y orgánica”, y la segunda “no oficial o no orgánica”, desde otro ángulo, una es la de los operadores jurídicos (órganos de creación y aplicación del derecho), y la otra la aportada por abogados, los medios de comunicación, los grupos sociales y personas en general.

La diferencia esencial entre la interpretación “oficial” y la “no oficial” es que la primera vincula, es decir, obliga a los destinatarios a su cumplimiento, y llegado el momento, se puede hacer exigible. La segunda, en cambio, a pesar de no tener este carácter, sí puede orientar o influir en aquella que realicen los operadores jurídicos.

Aunado al aspecto vinculante u obligatorio de la interpretación “oficial”, ésta puede ser, desde otros ángulos, “implícita” y en ocasiones también “explícita”. La interpretación, como uno de los momentos del procedimiento de creación o aplicación de la norma, se entiende comprendida de tal forma en

éste, que no es necesario llamar la atención del sujeto para que la realice, en este caso es “implícita”.

En cambio, la interpretación es “explícita” cuando el orden jurídico faculta expresamente para realizarla a determinado órgano, el cual lo hace de manera manifiesta, deliberada, intencional y directa; ésta generalmente es de observancia obligatoria. Asimismo, este tipo de interpretación puede o no ser “definitiva”, esto es, en los casos en que la determinación del sentido de las disposiciones sea susceptible de ser analizada por otro órgano que tenga a este respecto la última palabra, la interpretación que lleve a cabo el primero es “provisional”; por el contrario, si esto no sucede, puede considerarse como “última” o “definitiva”.

Dentro de las diversas categorías que admite la interpretación oficial, la que llevan a cabo los jueces, en la mayoría de las ocasiones, es considerada como la última y definitiva, sin embargo, ésta última requiere una explicación ulterior, pues entre los órganos de creación y aplicación del derecho debe existir una estrecha relación de cooperación, de manera que la interpretación judicial perdura hasta que el órgano legislativo realiza algún cambio a la normatividad, luego de lo cual cae de nuevo en el ámbito administrativo o judicial para efecto de la determinación de su sentido y alcance.

La idea de la interpretación oficial tiene lugar no solo en el ámbito doméstico, sino que se extiende también al ámbito internacional. Por ejemplo, en relación con la garantía internacional de los derechos humanos, corresponde, en algunos casos, la interpretación oficial de los tratados a órganos jurisdiccionales y, en otros casos, a los órganos cuasi jurisdiccionales. Así ocurre, por ejemplo, con la actividad que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ante los casos de Estados que aún no ratifican la Convención Americana, posee la interpretación oficial última y definitiva.

Por otra parte, cuando es la Corte Interamericana quien provee en los casos contenciosos el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados en el ámbito del sistema interamericano, lo hace con el carácter de intérprete oficial de la Convención, lo cual se refuerza con la atribución adicional que posee de emitir opiniones consultivas a instancia de los Estados o los órganos de la OEA, legitimados para tal efecto. Los operadores jurídicos al interior de los Estados si bien tienen a su cargo la interpretación oficial de la Convención en el ámbito doméstico, ésta no es la última y definitiva, misma que se deposita en la Comisión o, en su caso, en la Corte Interamericana según lo apuntamos.

Otro tema vinculado con la interpretación oficial de las disposiciones es el de los cánones, principios y materiales para llevar a cabo dicha actividad. Los cánones son medios de aproximación a los textos normativos que permiten determinar racionalmente su sentido y alcance; entre los cánones más extendidos están los de carácter semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional, según se concentre en el significado o los usos del lenguaje, la posición de la disposición frente a otras reglas del ordenamiento, el fin último al que atiende la disposición, los hechos o acontecimientos que impulsaron su establecimiento y el papel que juegan para posibilitar la dinámica institucional de aplicación de las disposiciones.

Por lo que se refiere a los principios para llevar a cabo la interpretación, en específico la interpretación oficial, son máximas o pautas generadas en el devenir histórico de las diversas ramas del derecho, que concentran la experiencia acumulada y dan a las propias ramas su individualidad y razón de ser frente a las demás, aunque hay algunos de aplicación general. Por ejemplo, el principio que afirma que las excepciones son de interpretación estricta no se aplica a alguna rama en lo particular, sino que podríamos afirmar que resulta apropiada para todas; por otro lado, el principio que señala que lo no prohibido está permitido opera en el ámbito del derecho civil, mientras que el principio que expresa que las autoridades solo pueden llevar a cabo aquello que expresamente les está señalado es propio del ámbito administrativo. En el campo de la interpretación constitucional, por ejemplo, son célebres los principios propuestos por Linares Quintana, quien afirma: *a)* en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad de la persona; *b)* la Constitución debe interpretarse con un criterio amplio, liberal y práctico; *c)* las palabras empleadas en la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; *d)* la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente; *e)* se debe tener en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al tiempo de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación; *f)* las excepciones y los privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo, y *g)* los actos públicos se presumen constitucionales en tanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta.

Por último, en cuanto a los materiales o instrumentos para llevar a cabo la interpretación oficial, éstos poseen en cada país, o en el ámbito internacional, matices diversos, los cuales están determinados por su evolución jurídica, la técnica legislativa, el interés doctrinal en el estudio de la interpretación y el papel que desempeñen los operadores jurídicos. Los siguientes son solo algunos de los instrumentos de interpretación relevantes en el ámbito doméstico: *Diario de los Debates*, exposiciones de motivos de las reformas normativas, estudios doctrinales, estudios de derecho comparado y las propias decisiones judiciales. En el ámbito internacional, por lo que se refiere a los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en sus arts. 30 y ss., otorga un papel relevante a todos aquellos documentos en que se encuentre plasmada la voluntad de los Estados partes, e incluso, en algún momento, a los trabajos preparatorios que reflejan en parte las posturas de las delegaciones que representaron a los Estados en su formación.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

INTÉRPRETE INDÍGENA

Es la persona que mediante el uso de un lenguaje establecido hace posible la comunicación entre un sujeto o comunidad indígena y algún otro interlocutor

que no conoce la lengua, costumbres, tradiciones, cultura y demás especificidades propias del lugar de donde aquél es originario.

Bajo la premisa de que el derecho indígena se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales de las personas, se concibe al intérprete como un auxiliar de la comunicación, que constituye una prerrogativa para las personas indígenas, y una obligación de las autoridades en proporcionarlo.

Mediante el intérprete, las autoridades están en posibilidad de entablar un diálogo con las personas o grupos indígenas, además permite un primer acercamiento con los rasgos particulares del grupo social, para que a partir, no solo de un lenguaje sino de toda una cosmovisión basada en una diversidad cultural, las autoridades y operadores jurídicos puedan entender sus costumbres y tradiciones.

La concepción del intérprete se desarrolla bajo la postura de que la lengua es una manifestación cultural, y como tal, es un instrumento característico de la comunicación humana, materializada mediante el uso de un lenguaje y un canal de comunicación común.

El derecho a contar con un intérprete se inscribe en el marco de los derechos fundamentales a la comunicación y defensa adecuada, ya que parte del criterio de que una persona tiene derecho a exponer sus argumentos en su lengua originaria, y es al Estado a quien le corresponde allegarse de los medios necesarios para poder entablar una comunicación adecuada y oportuna con las personas o comunidades indígenas.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, el intérprete es un auxiliar de comunicación entre la persona o comunidad indígena, con algún órgano del Estado, mediante el empleo de canales de comunicación como la escritura, la voz, signos o señas; con la característica imprescindible de conocer la cultura y especificidades propias de la comunidad para poder establecer, a partir de esa cosmovisión, una traducción apegada a una realidad indígena. Se trata de justicia en lengua indígena.

Así, la interpretación debe partir de la particular cosmovisión de la comunidad indígena; esto es, poder conocer costumbres y especificidades culturales y, en su caso, advertir si éstas han influido en el comportamiento de la persona.

El intérprete indígena responde a la necesidad de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no incluyen la visión de determinadas minorías culturales.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, todas las autoridades al inicio de un juicio o procedimiento, o simples peticiones, tienen la obligación de garantizar a la persona o comunidad indígena la asistencia de un traductor para que les dé una voz a partir de la cosmovisión particular de una realidad diferente.

La figura del intérprete se funda en la idea del equilibrio de oportunidades en el acceso a la justicia, pues se concibe a las comunidades indígenas como un grupo históricamente desprotegido y en desventaja económica, cultural y social, en cuanto al ejercicio de los derechos.

Así, toda comunicación de las autoridades del Estado con una persona indígena debe realizarse en su lengua; de manera que en juicios, procedimientos

o incluso peticiones, la persona o comunidades indígenas tengan el derecho de acceso en su propia lengua; pues corresponde a las autoridades designar un intérprete que auxilie en el proceso de comunicación.

El derecho a un intérprete implica, entre otras cuestiones, un reconocimiento a la composición multicultural de los Estados; y una reconciliación con grupos sociales, históricamente en desventaja en relación con el ejercicio de los derechos mínimos que garantizan la dignidad de los seres humanos.

El reconocimiento de los derechos indígenas corresponde a las autoridades, por lo que en el caso que se tenga duda sobre el origen o pertenencia indígena de una persona es obligación de las autoridades indagar sobre el tema.

Así, una vez determinada la calidad indígena de una persona, ésta tiene derecho a la asistencia, en todo momento, de un intérprete; pues, en la comunicación entre las personas o grupos indígenas deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos.

En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde su cosmovisión, es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

*Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza*

INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

I. *La posición del Tribunal Constitucional.* ¿Cómo podemos caracterizar a este órgano en la división de poderes? Kelsen construyó la idea de “legislador negativo”. Eisenmann se refería a un “poder constituyente por defecto”. García de Enterría a un “comisionado del poder constituyente” para la defensa de la Constitución. A mi entender, las tres caracterizaciones no son adecuadas, y las dos últimas, pese a sus matices, entrañan una hipérbole, pues su labor no puede confundirse con el ejercicio extraordinario de la soberanía popular propio del poder constituyente. Un tribunal constitucional es un poder constituido, limitado y que ejerce sus funciones habitualmente; tampoco debería decidir en lugar del poder de reforma, sustituyéndolo, ni siquiera ocupar sus silencios en aquellos espacios constitucionales vacíos, propios del poder de modificar una Constitución. Bien es verdad que las Constituciones cambian por su reforma o a través de la interpretación constitucional, y ambas actúan en terrenos colindantes. Pero no es casual que ni la Constitución española ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) prevean la posibilidad del control de constitucionalidad material de la reforma. Una cuestión muy debatida en derecho comparado y que sí es enjuiciada por otras Cortes iberoamericanas. Tampoco es fortuito que el Tribunal Constitucional español esté sometido no solo a la Constitución y a sus reformas, sino también a su Ley Orgánica por mandato del art. 1.1, LOTC. Una y otra pueden derogar alguna de sus competencias o abrogar su doctrina jurisprudencial. Curioso poder constituyente

sería aquél sometido a una ley orgánica o al poder de reforma que es derivado del primero. Por lo demás, las delegaciones o comisiones deben ser expresas en vez de tácitas o presuntas. Las dos tesis que acaban de refutarse no me parecen convincentes.

II. *El intérprete supremo de la Constitución.* Conforme al art. 1.1, LOTC, un precepto de matriz alemana, el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución” y, en realidad, de todo el bloque de la constitucionalidad. Con esa condición puede aclarar el sentido de los preceptos constitucionales si resultase ambiguo, oscuro o necesitado de concreción. Segundo, cabe integrar las normas constitucionales y cubrir sus lagunas allí donde no sea explícito el sentido de las mismas pero resulte inmanente, haciendo que aflore. Tercero, puede incluso interpretar tales disposiciones de manera constructiva de nuevas normas; el carácter constructivo de la interpretación constitucional es uno de sus rasgos diferenciales. Si la interpretación constitucional debe consistir normalmente en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un derecho nuevo. La jurisprudencia constitucional participa de las fuentes de creación del derecho, formando verdaderas normas mediante la exégesis de otras que se adhieren a las de rango constitucional. El juez de la ley es artífice del derecho (Zagrebelsky). En la labor de un intérprete supremo, el deslinde entre creación y aplicación del derecho se difumina, aunque no desaparezca, ni las normas se creen del mismo modo por sentencias que mediante leyes: “... El Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, *la definición de la norma*, se impone a todos los poderes públicos” (STC 1/1981).

III. *La apertura de las normas constitucionales. La politicidad de los conflictos.* Las normas constitucionales incorporan cláusulas muy generales, dotadas de un alto grado de abstracción e indeterminación. Su exégesis suele reclamar una declaración, fundada en una argumentación que supera la decisión del caso concreto. Además, bastantes de los conflictos jurídicos que enjuicia la jurisdicción constitucional, y deben resolverse con arreglo a esas normas tan generales, se adentran en el dominio de las tensiones políticas, lo que dificulta hallar un adecuado distanciamiento *supra partes*. Estas decisiones son, pues, parte de una dirección política de Estado y, en ese sentido —pero solo en ese—, son políticas.

IV. *Los intérpretes de la legalidad y la interpretación conforme.* El Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución “pero no del resto del ordenamiento jurídico” (STC 74/1987). No es juez de la legalidad. Una labor que corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial. Pero cualquier Tribunal Constitucional, aunque en teoría acepte estos límites, sobrepasa a veces tales fronteras, siendo difícil saber cuándo se adentra en territorios de legalidad. Por eso ha podido llegar a decirse: “...este Tribunal que, en cierto sentido, es... no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley” (STC 17/1981). La explicación de esta perspectiva equivocada —por excesiva— reside en que, efectuar una interpretación constitucional, reclama “bucear” —ahondar— en la legalidad para comprenderla antes de poder volver a la superficie a la altura de la jerarquía de las normas constitucionales. En particular, ciertos derechos relacionales —especialmente, el proceso debido—

abocan a una interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Es probable que, utilizando la interpretación conforme, algunos tribunales constitucionales puedan haberse desbordado e invadido funciones nomofilácticas y casacionales. Se genera entonces un “efecto llamada” de cualesquiera pleitos hacia la jurisdicción constitucional y se menoscaba el recto funcionamiento de los otros órdenes jurisdiccionales. La única salida radica en depurar los límites de la interpretación constitucional.

V. *¿Un legislador negativo? Un órgano constitucional y jurisdiccional. Vinculación.* Está muy difundida la caracterización de Kelsen como “legislador negativo”. Pero no me parece que pueda ser aceptada. Le preocupaba al clásico ubicar el nuevo órgano dentro de la triada horizontal de poderes, para superar dos objeciones a su creación: la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. Por eso afirmaba que el órgano al que se confiere el poder de anular las leyes no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional sino otra semejante a fijar una norma general, y concluía que un tribunal con tal poder es un órgano del Poder Legislativo; solo después diría que la decisión de un tribunal constitucional de anular una ley tiene el mismo carácter que “una ley de derogación u otra ley”, es decir, “un acto negativo de legislación”, y es una función legislativa, lo que justifica que sus miembros sean elegidos por el Parlamento.

Pero, en los ordenamientos contemporáneos, el Tribunal Constitucional no se integra orgánicamente en el Parlamento ni ejerce funciones legislativas. Es un órgano jurisdiccional, independiente, dotado de una jurisdicción propia, que dicta sus decisiones motivadamente, en forma de sentencia, tras tramitar unos procesos y resolver unas pretensiones con congruencia. La moderna organización constitucional ya no se articula desde el corsé de la vieja concepción tripartita de poderes y funciones, por ello, en muchos países se solventa su posición acudiendo a la categoría de “órgano constitucional”. Un órgano al margen de los poderes clásicos y ubicado en situación de paridad con los mismos, según argumentaron Sandulli y García Pelayo.

Las funciones de la jurisdicción constitucional asumen frecuentemente un papel “positivo”, según se hace evidente en las “sentencias interpretativas” frente a aquéllas en las que se declara la nulidad y que tienen prevalentemente una dimensión negativa. No obstante, los efectos generales, derivados de la “vinculación” del legislador a la doctrina jurisprudencial, más allá del caso concreto enjuiciado, existen también en las sentencias de declaración de inconstitucionalidad (art. 38.1, LOTC).

VI. Los tribunales constitucionales no son un poder constituyente ilimitado, ni siquiera otro derivado de reforma, tampoco un legislador negativo, pues están sometidos a los primeros, pero solo al segundo cuando configura su Ley Orgánica. La función de intérprete supremo de la Constitución tiene una dimensión positiva, más jurídica que la de “defensa de la Constitución”, porque no se contenta con preservar contenidos, anulando leyes, sino que suministra criterios y principios. Es la propia de órganos jurisdiccionales, no de árbitros políticos, pero al tiempo son órganos constitucionales ubicados en el flujo de una concreta división de poderes.

Javier García Roca

INTERRUPCIÓN DE JURISPRUDENCIA

El término interrupción significa, según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia, la acción y efecto de interrumpir. Este verbo proviene del latín *interrumpere* que significa “recortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo”. La aplicación de la interrupción se explica con base en la manera en que el ordenamiento mexicano ha dispuesto que se crea y se cambia la jurisprudencia. Ya que una de las formas de hacerlo es a través de la reiteración, la interrupción de ese proceso reiterativo cobra relevancia para determinar la vigencia o no de criterios jurisprudenciales.

El art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su párrafo 10, que la “ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”.

Con base en la disposición constitucional, la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) se refiere a la jurisprudencia electoral y a la dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el caso de Sala Superior, se requieren tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma. En las Salas Regionales se requieren cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y ratificadas por la Sala Superior. Nótese el señalamiento de la eventual interrupción como impedimento para la conformación de jurisprudencia. De hecho, la misma ley se refiere directamente a la interrupción al determinar que la jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio si hay un pronunciamiento en contrario que cuente con mayoría de cinco votos de los miembros de la Sala Superior. Adicionalmente, como sucede en todos los casos de interrupción de jurisprudencia, la ley exige que en la resolución respectiva se manifiesten las razones en las que se basa el cambio de criterio, pues éste tiene el potencial para convertirse en jurisprudencia bajo las condiciones establecidas por la ley.

El requisito de no interrupción también puede verse en las exigencias para constituir jurisprudencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El art. transitorio décimo quinto de la LOPJF determina que “las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros”.

La Ley de amparo también se refiere al tema del inicio y fin de vigencia de la jurisprudencia con la alusión constante a la figura de la interrupción. De esa manera, la jurisprudencia del Pleno de la SCJN puede surgir por reiteración de criterios cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. En el caso de las Salas, debe sustentarse un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos. En los tribunales colegiados de circuito deben cumplirse los mismos requisitos pero con votación unánime.

La Ley de Amparo igualmente prevé que la jurisprudencia se interrumpa y, por tanto, deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncia una sentencia en contrario, aunque cabe aclarar que la interrupción de la jurisprudencia puede ser parcial cuando el órgano que la ha conformado asume que no puede seguir siendo un criterio jurídico único y absoluto, sino que amerita excepciones que son introducidas por la sentencia que genera la interrupción.

Además, la Ley de Amparo incluye el deber de expresar las razones en las que se apoya la interrupción. Estas razones son cualificadas, pues deberán referirse a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa. Cuando obra este fenómeno, es decir, una vez interrumpida la jurisprudencia, deberán observarse las mismas reglas de formación para integrar la nueva.

De tal manera es posible afirmar que la interrupción de jurisprudencia puede ser de dos tipos: absoluta o parcial. Además, para que obre el fenómeno deben cumplirse tres tipos de requisitos *a)* de competencia: el mismo órgano que creó dicha jurisprudencia deberá emitir una sentencia en sentido diverso; *b)* de votación: es necesario que la sentencia que interrumpe la jurisprudencia sea emitida con la misma votación idónea para integrarla, es decir, por cuatro votos si se trata de una Sala de la Suprema Corte de Justicia, por ocho votos si es por el Pleno de la Suprema Corte y por unanimidad si es de un Tribunal Colegiado de Circuito, y *c)* de argumentación: expresar las razones en que se apoya la interrupción, teniendo en cuenta que éstas deberán referirse a las motivaciones que se tuvieron para generarla. Por otra parte, pueden verse varias consecuencias normativas derivadas de la interrupción de jurisprudencia: *a)* vigencia: los criterios pierden vigencia por la interrupción; *b)* obligatoriedad: cuando una jurisprudencia es interrumpida pierde su carácter obligatorio; *c)* rango de libertad decisoria para tribunales inferiores: los tribunales inferiores que anteriormente se veían obligados a acatar la jurisprudencia tendrán libertad de decidir si siguen el criterio de la jurisprudencia interrumpida, el criterio de la sentencia que la interrumpe como ejecutoria aislada o, incluso, un distinto criterio; *d)* potencial jurisprudencial: la sentencia que genera la interrupción tiene el potencial para generar jurisprudencia si cumple con los demás requisitos para lograrlo, y *e)* manifestación de cambio: la interrupción manifiesta desafíos a la jurisprudencia vigente y materializa una eventual necesidad de cambio de tesis total o parcial, por lo tanto es una expresión de adaptación del sistema jurídico frente a eventuales cambios sociales.

Ethel Nataly Castellanos Morales

INVESTIGACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS JUDICIALES

La investigación de los servidores públicos se encuentra orientada a determinar si en el ejercicio de sus funciones han incurrido en actos u omisiones, es decir, en alguna causa de responsabilidad prevista en ley.

La palabra “investigación” deriva del latín *investigatio*, *-ōnis* que significa acción y efecto de “investigar”, palabra también de origen latino *investigāre*.

Dentro del Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran cuatro tipos de responsabilidades: política, penal, civil y administrativa.

Servidor público judicial es aquel que presta un servicio al Estado en el ámbito del Poder Judicial federal o local, bien sea que se desempeñe directamente en un órgano formal y materialmente jurisdiccional o en funciones de carácter administrativo vinculados con la función pública de impartición de justicia; concepto en el que se incluyen los defensores y los asesores jurídicos, y cada una de esas categorías tiene una correspondiente forma de investigación.

En el desempeño jurisdiccional del juzgador, por regla general, se excluye de la investigación el arbitrio judicial, para garantizar la independencia y autonomía del titular, y solo se puede abordar cuando se aduce que existe contradicción notoria y objetiva con el orden normativo o que se falló en contra de las constancias que obran autos. Y está surgiendo una nueva vertiente que abarca la revisión de la uniformidad o regularidad del criterio.

En el derecho comparado, el procedimiento de responsabilidad de los funcionarios del Poder Judicial se encuentra relacionado principalmente con la garantía de independencia para ejercer su función. En esa virtud, los juzgadores, así como su personal, pueden ser sujetos de responsabilidades administrativas, civiles, penales e incluso patrimoniales.

La actuación del servidor público estrictamente jurisdiccional frente al orden interno puede ser investigada en diversos aspectos: en su actuación como juzgador; en sus relaciones con los subalternos, y entre éstos y respecto de su honestidad. En este último renglón, la investigación, en la esfera federal, comprende la situación y evolución patrimonial, en donde se puede investigar también al cónyuge del servidor público; concubina, en su caso, y dependientes económicos, análisis que puede verificarse sobre sus ingresos, propiedades, cuentas bancarias, e incluso su situación fiscal.

En el ámbito federal, el nombramiento lleva expreso el reconocimiento de la potestad del Consejo de la Judicatura para investigar todos esos rubros, a través de su Contraloría, la Comisión de Disciplina y la Comisión de Vigilancia y Evaluación.

El inicio de una investigación a un servidor público judicial se efectúa a través de una queja o denuncia; también puede llevarse a cabo de oficio, como resultado de una visita extraordinaria, por determinación del Pleno, por inconsistencias en la situación patrimonial o cuando se presume la existencia de irregularidades.

Los servidores judiciales en el Poder Judicial Federal se encuentran sujetos al régimen general de responsabilidad de los servidores públicos establecido en los arts. 110-113 de la Constitución federal.

El art. 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece un catálogo de causales por las que puede iniciarse un procedimiento administrativo, entre ellas: realizar conductas que atenten contra la independencia judicial; ineptitud o descuido de funciones; impedir que las partes ejerzan sus derechos; no preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo de la función; prejuzgar sobre asuntos; abandonar la residencia del tribunal o juzgado; dejar de desempeñar las funciones del cargo; realizar nombramientos

o promociones infringiendo disposiciones. Y el art. 135 de esa ley contempla como sanciones aplicables en los casos de responsabilidad de los juzgadores y demás sujetos: el apercibimiento privado o público; la amonestación privada o pública; la sanción económica; la suspensión; la destitución del puesto, y la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Al concluir los primeros seis años en su encargo, los magistrados de circuito y jueces de distrito son sujetos a un procedimiento de ratificación.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la ratificación de magistrados de circuito y jueces de distrito, el Consejo tomará en consideración el desempeño que se haya tenido en el ejercicio de su función, principalmente: los resultados de las visitas de inspección; el grado académico, que comprende el nivel de estudios con que cuente el servidor público, así como los diversos cursos de actualización y especialización acreditados de manera fehaciente; no haber sido sancionado por falta grave con motivo de una queja de carácter administrativa.

Respecto de los procedimientos de investigación que se llevan a cabo en relación con los servidores públicos de los poderes judiciales locales, encontramos que en la mayoría de los estados de la República mexicana se reproduce parte del sistema implementado por el fuero federal, descrito en párrafos anteriores.

Juan Carlos Cruz Razo

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE

El proyecto del *ius constitutionale commune* en derechos humanos para América Latina (ICCAL) se define como un proyecto político, jurídico y cultural, sustentado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos. La idea de un derecho constitucional común latinoamericano tiene larga data, y está imbricada en la década de los setenta con la recuperación de la democracia de cara a las dictaduras militares dominantes en esa época en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos. Sin embargo, en el siglo XXI, el *ius constitutionale commune* ha adquirido un renovado perfil.

La apertura y la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. El concepto del derecho común latinoamericano emerge como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante. Se trata de una noción parecida al concepto del derecho común europeo. Similares son también las estrategias que sustentan a otros conceptos (derecho de la humanidad, derecho cosmopolita, derecho global o derecho transnacional, entre otros). El ICCAL, por tanto, no es una mera emulación de teorías europeas, sino una construcción a partir del contexto latinoamericano, que tiene presente las experiencias de constitucionalismo transnacional en otras regiones. Conforme a la construcción emergente del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público y expertos latinoamericanos se busca perfilar

las características, las tendencias, las tensiones y las potencialidades del ICCAL en derechos humanos.

Este proyecto se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la órbita del diálogo, de la inclusión y del pluralismo normativo. Los rasgos esenciales incluyen una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado. Se está dando a conocer como la fórmula del 3x3.

En cuanto a los objetivos: primero, el nuevo derecho público promovido por el ICCAL se inspira en tres principios fundamentales: el respeto a los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia. En este sentido, el derecho no es concebido solamente como un instrumento de poder, sino que tiene una capacidad emancipadora. El segundo objetivo implica la concretización del Estado abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales, así como a la comparación jurídica como herramienta decisiva para el progreso. Los Estados latinoamericanos han optado por abrirse al derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los principios fundamentales de sus Constituciones mediante las cláusulas de apertura que otorgan a los tratados de derechos humanos rango constitucional y primacía. Adoptar una postura favorable al Estado abierto genera un cambio de paradigma para redimensionar un concepto vertebral del derecho constitucional tradicional como es el de soberanía. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a las dinámicas transnacionales contemporáneas. El universalismo argumenta que es posible un derecho público eficaz y legítimo más allá del Estado-nación, y ésta es también una tradición con gran peso y arraigo. El tercer objetivo consiste en destacar que hacen falta instituciones más allá del Estado para un mejor desarrollo de los principios fundamentales, ya que desarrollan una contribución sustancial a un sólido sistema de derechos humanos a través del fortalecimiento y el respaldo externo, así como facilitan la atención de los problemas de la gobernanza global.

Los tres conceptos clave son diálogo, inclusión y pluralismo normativo. El concepto de diálogo se utiliza en el ICCAL limitado a la calificación del fenómeno del diálogo entre tribunales, destacando el papel que desempeña en la justificación y fundamentación de argumentos de las resoluciones judiciales. El concepto de diálogo no exige armonía, pero solamente funciona si las partes están involucradas en un proyecto común. De no haber aceptación de esta premisa, existe solo interacción, pero no diálogo. El concepto inclusión del nuevo derecho público pretende lograr la inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el sistema de la educación, en el sistema económico y de trabajo, en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión. El concepto del pluralismo jurídico abandona la discusión tradicional acerca de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde los con-

ceptos doctrinales y teóricos del monismo y el dualismo. Pluralismo jurídico como concepto resulta más apto para describir y analizar la constelación posnacional. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Ese derecho estaría compuesto por normas internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas. La concepción pluralista rechaza el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre distintos ordenamientos.

El primero de los rasgos esenciales se relaciona con la concepción del derecho público como disciplina que abarca el derecho constitucional y el derecho internacional; es decir, el ICCAL se inspira en una concepción integral del derecho público. Aunque jurídicamente permanecen como ordenamientos distintos, los académicos y operadores del nuevo derecho público deben estudiarlos como regímenes imbricados. Hoy en día, cuando en Argentina, Brasil o México se plantea ante un tribunal una cuestión que puede afectar a un individuo en su entorno vital, cada operador jurídico debe buscar los argumentos relevantes tanto en la Constitución nacional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia interamericana. Esta postura marca un nuevo hito en la constelación binaria de derecho constitucional y derecho internacional. En segundo lugar, el ICCAL se caracteriza por la argumentación basada en principios. Ello significa también un cambio trascendente, porque va contra el normativismo tradicional, focalizado principalmente en las reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que concede mayor espacio a los principios, es decir, a las normas más amplias con elevado contenido ético. El tercer rasgo radica en el fortalecimiento de la comparación jurídica, con la finalidad de que los operadores jurídicos se entiendan como parte de un mundo jurídico que es más amplio que el Estado-nación. La comparación es un mecanismo fundamental para entenderse a sí mismo y también para aprender de otros sistemas. Sin duda, en Latinoamérica existe una gran diversidad, pero existen también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países de la región, que permiten a unos aprender de los otros, favoreciendo y dando sentido a un derecho común.

En el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común con base en el cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencial en derechos humanos, y el proyecto de investigación sobre el *ius constitutionale commune* se propone su sistematización. El ámbito interamericano se caracteriza por un fenómeno de construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todo el *corpus iuris* interamericano, al que se integran las decisiones de los órganos guardianes del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha construcción tiene como pilar que las Constituciones de los países del sistema interamericano comparten una serie de valores y principios centrados en la dignidad humana y los derechos que de ella irradian. Las cláusulas de apertura constitucional y el principio *pro homine* conforman

dos fundamentos básicos para promover el diálogo jurisdiccional, al que se suma el mecanismo del control de convencionalidad, en su modalidad difusa y concentrada. Los sistemas jurídicos propios de cada país se enriquecen con el sistema interamericano, y viceversa, y es posible visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos en ambas direcciones. Sin embargo, el ICCAL trasciende la esfera meramente regional, ya que opera en un modelo multinivel de protección, con un desarrollo progresivo y expansivo, aunque no uniforme ni necesariamente a la misma velocidad. El proyecto del *ius constitutionale commune* describe una utopía útil de avanzar en un constitucionalismo democrático.

Armin von Bogdandy

J



JUDICIAL REVIEW (REVISIÓN JUDICIAL) EN LOS ESTADOS UNIDOS

El poder de la revisión judicial es la autoridad que tiene un tribunal para declarar que una acción legislativa o ejecutiva se considera contraria a la Constitución, declararla inválida, y desecharla. El poder de la revisión judicial es un elemento de vital importancia en el sistema legal de los Estados Unidos y una característica definitoria de nuestro sistema judicial federal. Durante los más de doscientos años desde que la práctica del control judicial fue anunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el debate se ha desatado sobre su alcance, así como sus fundamentos constitucionales. Pero hoy en día sigue siendo sólida y firmemente establecida como un componente fundamental del orden constitucional en Estados Unidos.

El poder de la revisión judicial en los Estados Unidos está muy descentralizado; prácticamente todos los tribunales de los Estados Unidos, federal y estatal, podrán ejercer la facultad de revisión judicial. La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene la decisión final sobre la constitucionalidad de las medidas concretas adoptadas por los actores públicos a nivel federal y estatal (y, por derivación, locales). Sentencias de la Corte Suprema en materia constitucional solo se pueden modificar por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el examen de la cuestión en un caso posterior, o por enmienda constitucional. El proceso de enmienda de la Constitución de Estados Unidos es muy engorroso, y se ha logrado solo en raras ocasiones en los más de 200 años desde que se aprobó la Constitución. Por esta razón, el proceso de revisión judicial juega un papel preponderante en el derecho constitucional de Estados Unidos.

La revisión judicial desempeña un papel especialmente relevante en el sistema legal de los Estados Unidos por una razón adicional: muchas de las disposiciones importantes de la Constitución de los Estados Unidos se encuentran expresadas en términos amplios y majestuosos, desprovistos de significado en abstracto. Estos incluyen frases como “debido proceso legal”, “libertad”, “igualdad de protección”, “establecimiento de la religión”, “religión libre”, “libertad de expresión”, “causa probable” y “castigos crueles e inusuales”, entre otros. El papel del Poder Judicial en la determinación sobre el significado de esos términos en contextos específicos y a lo largo del tiempo es crítico.

La revisión judicial tiene una serie de funciones en el sistema legal de los Estados Unidos, pero todas ellas se relacionan con la misma responsabilidad básica de los tribunales: defender la supremacía de la Constitución como la carta magna que define al gobierno. Una de las principales funciones de los tribunales en este respecto es el mantenimiento de la forma limitada de gobierno previsto por la Constitución. La revisión judicial incluye la facultad de decidir sobre cuestiones tan fundamentales como ¿qué derechos básicos son proporcionados por la Constitución? ¿Cuál es el papel apropiado y el equilibrio entre cada una de las tres ramas de nuestro gobierno nacional? ¿Cuál es el papel y la relación adecuada entre el gobierno federal, por un lado, y los gobiernos estatales y locales, por otro lado? Estas preguntas tienen un enorme impacto en la vida política de los Estados Unidos y en muchos temas que impactan la vida de sus habitantes.

El poder de la revisión judicial no está explícitamente previsto en ninguna parte de la Constitución de los Estados Unidos, y es en sí mismo un producto de la interpretación Judicial. Hay, sin embargo, una base textual para apoyar la tesis de que el Poder judicial federal tiene la facultad de revisar los actos de las ramas que coordina y de los estados para verificar su congruencia con la Constitución. En virtud de la cláusula de supremacía, la Constitución y las leyes que de ella emanan, han de ser “la ley suprema del país”. Esta y otras disposiciones sugieren que la Corte Suprema tiene la autoridad para asegurarse de que otros actores gubernamentales cumplen con los mandatos constitucionales. La estructura del gobierno federal establecido en la Constitución, con su sistema cuidadosamente elaborado de la separación y el equilibrio de poderes, también forma parte del poder de la revisión judicial.

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Marbury contra Madison* (1803) fue y sigue siendo la histórica decisión de la Corte Suprema que confirma el poder de revisión judicial. Sin embargo, no fue creado de la nada. A pesar de la historia remota y aparentemente amplia aceptación de la facultad de revisión judicial, fue histórica decisión del presidente de la Corte Suprema, John Marshall, en *Marbury contra Madison*, que consolidó el poder de revisión judicial como un componente central de nuestra jurisprudencia constitucional. Al día de hoy, *Marbury* sigue siendo una de las decisiones más célebres e importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En su voto particular, el ministro presidente John Marshall explica y justifica el ejercicio de la revisión judicial para anular un acto inconstitucional del Congreso: “Ciertamente, todos los que han enmarcado las constituciones escritas, las contemplan como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y por consiguiente la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que un acto legislativo contrario a la Constitución, es nulo”. En las palabras que ahora se han convertido en legendarias, el presidente de la Corte Suprema, Marshall, continuó afirmando que “[e]s enfáticamente la jurisdicción y el deber del poder judicial decir lo que es la ley. Los que se aplican la regla a los casos particulares, deben exponer e interpretar esa norma”.

Poco después de *Marbury*, la Corte Suprema afirmó que las acciones ejecutivas, así como las medidas legislativas, están sujetas a revisión judicial.

Muy a grandes rasgos, hay tres áreas principales sobre las que se ejerce el poder de revisión judicial. Incluyen, primero, las relaciones entre los estados y el gobierno nacional (federalismo); en segundo lugar, las relaciones entre los tres poderes del Estado en el ámbito nacional (separación de poderes), y tercero, la protección de los derechos y garantías individuales contra los abusos cometidos por las autoridades gubernamentales.

Especialmente en lo que respecta a la tercera función que se mencionó anteriormente —la preservación de los derechos individuales— la revisión judicial sirve como una protección contra los abusos de las minorías por la mayoría. Es especialmente en lo que respecta a este aspecto de la revisión de la corte federal —el papel de los tribunales en la protección de puntos de vista impopulares— que ha sido objeto de una gran cantidad de ataques. La base subyacente de estos ataques a la revisión judicial reside en lo que Alexander Bickel famosamente llamó “la dificultad contramayoritaria” —un

tema que se ha llamado “la obsesión central de la doctrina moderna constitucional—”.

Más recientemente, el debate sobre el alcance y el carácter adecuado de la revisión judicial se ha convertido en cuestiones tales como los derechos de las personas homosexuales, el derecho a morir (eutanasia), el aborto y la pena de muerte. Gran parte del debate también se ha centrado en torno a las decisiones de la Corte que definen el poder del gobierno federal —un poder que se limita a las funciones que se enumeran en la Constitución—.

Sin embargo, la función de revisión judicial es extremadamente amplia, y sus resultados definen la más importante de las doctrinas constitucionales. Hay, sin embargo, límites al ejercicio de la facultad de revisión judicial. En primer lugar, el Poder Judicial federal se limita a los “casos” y “controversias”. Una discusión exhaustiva de la doctrina de la justiciabilidad excede el alcance de esta voz, pero en general significa que los tribunales federales no emitirán opiniones consultivas, sino que limitarán sus opiniones a los casos que presentan las disputas reales, donde las partes tienen un interés directo, personal y legalmente protegido. El daño que se reclama no puede ser especulativo o hipotético, sino que debe ser real y concreto. El requisito de caso y controversia se ha refinado en una serie de doctrinas de justiciabilidad conocidos como postura, cuestiones sin validez legal, madurez y agotamiento de recursos previos. (Un principio estrechamente relacionado es la “doctrina de la cuestión política”, en que los tribunales federales no pueden conocer de una reducida categoría de casos en que se ha determinado que la Constitución los ha encomendado a los poderes políticos).

En segundo lugar, los tribunales federales son tribunales de jurisdicción sobre materia limitada, según se define en el artículo III de la Constitución y se detalla por la legislación federal. Por lo general, los casos llegan a los tribunales federales porque implican cuestiones de derecho federal (“jurisdicción sobre la cuestión federal”) o por disputas entre un ciudadano de un estado y de un ciudadano de otro estado o de un país extranjero en que, como el Congreso ha señalado, hay al menos \$75,000 en controversia (“jurisdicción de la diversidad”).

Por último, como parte de un sistema de derecho consuetudinario (*common law*), los tribunales federales se rigen por la doctrina del *stare decisis*, un principio que por lo general requiere que los tribunales sigan los principios de la ley enunciados en casos decididos anteriormente, cuando se les presentan hechos y cuestiones jurídicas similares. Aunque esta doctrina no es vinculante para la Corte Suprema y aunque los tribunales inferiores tienen discreción para determinar el alcance de las decisiones judiciales vinculantes, el principio de *stare decisis* tiene una influencia moderadora en los tribunales federales.

Toni Jaeger-Fine

(traducción de María de la Concepción Vallarta Vázquez)

JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL

Es el juzgador que tiene a su cargo la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, mediante la revisión, a través

de un sistema de medios de impugnación, de los actos y resoluciones de las autoridades electorales. Se considera juez constitucional porque su principal elemento de confronta es la Constitución, con lo cual se convierte en un juez constitucional especializado. La actuación de estos juzgadores ha construido en México una muy interesante doctrina jurisprudencial, en ocasiones basada en argumentaciones derivadas de la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La justicia constitucional electoral es de reciente desarrollo en nuestro país, deriva principalmente del reconocimiento a nivel constitucional de la complejidad electoral, toda vez que anteriormente los partidos políticos y las elecciones eran regulados fundamentalmente en leyes secundarias. Con el reconocimiento constitucional se generó también la exigencia de mecanismos jurisdiccionales para revisar el cumplimiento de los principios constitucionales en el actuar de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral.

En México, dada la organización federal y la existencia formal de un federalismo judicial, los jueces constitucionales pueden tener como ámbito de actuación la materia electoral federal o local. Esto significa que jurisdiccionalmente la materia electoral se organiza en una instancia federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y 32 instancias locales, que pueden ser tribunales autónomos, salas especializadas o tribunales adscritos al Poder Judicial local. A pesar de que no se trata de una organización jerárquica, los jueces federales pueden llegar a revisar la actuación de los jueces locales, a través de los mecanismos procesales que se ponen a disposición de los justiciables en la materia.

En el caso de los jueces constitucionales electorales federales, estos pertenecen al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, mismo que se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, que corresponden a cada una de las circunscripciones electorales en que se divide el país. Estos jueces constitucionales en materia electoral reciben el nombre de magistrados electorales. Los requisitos exigidos a los integrantes de la Sala Superior difieren de los de los integrantes de salas regionales; los primeros deberán satisfacer como mínimo los requisitos exigidos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que los integrantes de las salas regionales deberán cumplir al menos con los requisitos exigidos para ser magistrado de tribunal colegiado de circuito.

De acuerdo con la propia Constitución mexicana, para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; haber residido en el país durante los dos

años anteriores al día de la designación y no haber sido secretario de Estado, procurador general de la República o de justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún estado o jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento. Asimismo, se prevé que los nombramientos de los ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica. Estos son requisitos que mínimamente deben considerarse en la designación de los jueces que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En el caso de los magistrados de tribunal colegiado de circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala de manera genérica que para poder ser designado magistrado de circuito se deben cumplir los siguientes requisitos: ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiriera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; ser mayor de treinta y cinco años; gozar de buena reputación; no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de la libertad mayor de un año; contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente y práctica profesional de cuando menos cinco años, además de los requisitos previstos en la propia ley orgánica respecto de la carrera judicial. Estos son requisitos a considerar en la designación de los jueces que integran las cinco salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La Sala Superior se integra por siete magistrados, mientras que las cinco salas regionales se integran cada una por tres magistrados. En total, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuenta con veintidós jueces constitucionales en materia electoral. Todos ellos son designados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión a partir de ternas enviadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera que la injerencia del presidente de la República en dicho procedimiento ha sido excluida, con el objeto de garantizar la autonomía e independencia del Tribunal Electoral. Ello no obsta para que en la etapa final en el Senado exista una politización en la designación de los magistrados electorales.

En la actualidad los magistrados electorales son elegidos para ocupar su cargo nueve años, a excepción de quienes se elijan por tres o seis años, para conseguir el escalonamiento que se fijó en la reforma constitucional de 2007. En la elección por parte del Senado, la Constitución exige una votación calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. La elección de los magistrados electorales será escalonada, de forma que cada tres años se renueven parcialmente la Sala Superior y las salas regionales.

El estatuto de los jueces constitucionales en materia electoral, por cuanto hace al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encuentra establecido en la propia Constitución, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En el ámbito de las entidades federativas, la designación de los jueces constitucionales en materia electoral presenta diversas variantes, en algunos casos incluso se contemplan exámenes de conocimiento. La preponderancia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo se ha hecho evidente en numerosas ocasiones, lo cual ha generado la impronta de parcialidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales electorales locales. Con la reforma política de 2013 se prevé un sistema que garantice mayor imparcialidad en el desempeño de la función que les corresponde.

Asimismo, debe tenerse presente que el art. 116, frac. IV, incisos b) y c), de la Constitución mexicana, prescribe que en materia electoral las Constituciones y leyes de los estados garantizarán, por un lado, que las autoridades electorales ejerzan la función electoral bajo los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad, y, por el otro, que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones.

El reconocimiento de los jueces electorales como jueces constitucionales está a tono con la pretensión de considerar que la justicia electoral es justicia constitucional.

Finalmente, dada la división existente entre el control abstracto y concreto de la constitucionalidad en México, debe señalarse que de manera específica también son jueces constitucionales en materia electoral, los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar en las acciones de inconstitucionalidad que se presenten en materia electoral.

David Cienfuegos Salgado

JUEZ CONTINENTAL

Se puede entender por juez continental aquel juez propio del mundo europeo de tradición romano germánico que se contrapone al juez de tipo insular o del *common law*. Ese modelo de juez es común a los países del centro y sur de Europa, el que luego fue replicado en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

El juez continental se caracteriza, en primer lugar, por reunir dos rasgos copulativos que se refieren a su calidad de profesional del derecho y funcionario público. Profesional del derecho por cuanto para ser nombrado juez se requiere tener el título de abogado. Funcionario público puesto que ese abogado ejerce un cargo y función pública de carácter permanentes. Una vez seleccionado y designado por los órganos estatales competentes, desarrolla su trabajo jurisdiccional dentro de una estructura estatal permanente.

Es habitual que el juez continental sea un profesional del derecho que comienza tempranamente su labor como juez, una vez que se ha titulado de abogado y posteriormente ha sido designado en el cargo. Nombrado como juez, se mantiene en la estructura judicial inamoviblemente hasta su jubilación desempeñando distintos cargos y funciones dentro de la estructura judicial. Es decir, es común que el juez continental desarrolle una carrera judicial.

La idea de carrera judicial está ligada a la existencia de una estructura judicial con diversos grados jurisdiccionales, que en mayor o menor medida se estructura de un modo jerárquico, teniendo los jueces que se encuentran en la cúspide de la organización poderes de control sobre el trabajo jurisdiccional desarrollado por los jueces inferiores. Esos jueces, que se acostumbra a denominarlos jueces superiores, tienen gran prestigio social, mayor estatus y reciben una remuneración acorde con él. Debido a esta estructura jerárquica del Poder Judicial, el juez continental recibe claros incentivos para hacer carrera judicial intentando llegar a la cúspide de la estructura.

En segundo lugar, el juez continental se caracteriza por su carácter preeminentemente técnico y no político. El modelo sobre el que se basa su función supone un rol aplicador antes que creador de derecho. Derivado de este carácter esencialmente técnico de los jueces continentales, la defensa de la Constitución nunca se les ha encargado a ellos.

Solo desde 1920 se opta en Europa por la idea de una defensa de la Constitución en manos de jueces, pero no de cualquier juez, sino a cargo del juez constitucional que no corresponde a ese modelo de juez funcionario y de carácter eminentemente técnico. Se puede distinguir entonces entre un juez continental ordinario y un juez continental de carácter constitucional. Este último en exclusiva defiende la Constitución.

La razón para excluir al juez continental ordinario de la defensa de la Constitución obedece a las siguientes razones: en primer lugar, porque la Constitución en el siglo XIX no era una norma jurídica que había que defender judicialmente. La Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. En segundo lugar, porque la ley en ese periodo era expresión de libertad, así como manifestación de la soberanía popular. De acuerdo con esta concepción ideológica, el pueblo que se expresa libre y racionalmente en la ley no se equivoca ni puede vulnerar la Constitución. En tercer lugar, los jueces no podían anular leyes o derogarlas porque ello habría comportado una supresión del principio de separación de poderes. Y finalmente, porque existía una desconfianza hacia los jueces, debido al arraigo al mundo aristocrático de ellos que los llevaba a rechazar cualquier innovación liberal. Tal adscripción social y política de los jueces explica que luego en la Francia postrevolucionaria no se les permitiera ejercer ningún control sobre las acciones legislativas. Tampoco tenían la facultad para controlar los actos administrativos.

Los jueces europeos postrevolucionarios debían limitarse a aplicar la ley, y si tenían dudas de cómo interpretarla, como estos no eran otra cosa que los “labios que pronuncian las palabras de la ley, ó seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor” (Montesquieu), debían reenviar el caso al Parlamento para que este interpretara y revisara autorizadamente el rigor de la ley (*référé législatif*). Por otra parte, la infracción de la ley por los jueces era una tarea que controlaba el Parlamento vía casación. Con el tiempo esa función anulatoria o de casación se convierte en actividad propia de los jueces de casación. El paso que siguió durante el siglo XIX fue que jueces especiales (Consejo de Estado) pudieron también enjuiciar los actos de la ad-

ministración. El juez continental poco a poco conquistó su lugar en el Estado de derecho europeo.

En Europa, el control de constitucionalidad de las leyes solo se concreta a partir de 1920, fecha en que se crean los tribunales constitucionales austriaco y checoslovaco. De este modo, a diferencia de los jueces estadounidenses, en Europa la labor de defensa de la Constitución, con la posibilidad de anular o derogar leyes contrarias a la Constitución, era tarea exclusiva de tribunales especiales denominados tribunales constitucionales. Esa labor de defensa de la Constitución no correspondía a los jueces ordinarios.

¿Cuál es entonces la relación del juez continental ordinario con la Constitución? Desde fines del siglo XVIII y hasta la primera mitad del siglo XX, la Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. Esto quiere decir que el juez continental no aplicaba la Constitución como norma jurídica, ni podía anular ni derogar leyes contrarias a la Constitución, así como tampoco interpretarlas en un sentido constitucional.

Esta situación comienza a cambiar en 1929 cuando se reforma la Constitución austriaca y se crea la figura de la cuestión de inconstitucionalidad. Esto significó implicar a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución cuando esta se veía contrariada por una ley inconstitucional, pero no para que ellos practicaran ese acto anulatorio o derogatorio, sino para que plantearan la cuestión al Tribunal Constitucional, único órgano autorizado para realizar tal cometido. La cuestión de inconstitucionalidad se realiza en el contexto de un proceso judicial pendiente ante los jueces ordinarios, pasando a ser una cuestión incidental dentro de ese proceso judicial principal.

Después de la Segunda Guerra Mundial la situación cambia, siempre en el sentido de implicar más activamente a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución. Además de la atribución de deducir la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al juez ordinario continental se le atribuyó el poder de interpretar la ley de conformidad con la Constitución. Esto supone un amplio poder de interpretación de la ley en clave constitucional, cuestión que el modelo de juez continental del siglo XIX nunca supuso. Por lo demás, ese amplio poder interpretativo que se le dio al juez ordinario comportó para este la posibilidad de operar con los principios constitucionales y aplicarlos a situaciones concretas que antes solo podían ser resueltas por la ley o en su defecto por la equidad. La Constitución pasa de este modo a configurarse en norma jurídica aplicable directamente por los jueces, muchas veces en forma de reglas jurídicas constitucionales, pero, la mayoría de las veces, a través de principios constitucionales que permiten solucionar situaciones jurídicas donde se ven implicados derechos fundamentales, o bien, con el fin de coordinar los intereses tutelados por la ley con los derechos de las personas implicados en una controversia jurídica.

Actualmente, el juez continental aparece fuertemente vinculado a la Constitución que la concibe como la primera norma jurídica del ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a ese carácter de norma jurídica y a la concepción que ella debe ser aplicada en las controversias judiciales, el juez continental ordinario no aparece facultado para anular, derogar, así como

tampoco inaplicar una ley contraria a la Constitución. Esta labor es exclusiva de los jueces continentales constitucionales: de los jueces del Tribunal Constitucional.

*Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

JUICIO DE AMPARO (MEXICANO)

El juicio de amparo mexicano es un medio de control constitucional a través del cual se protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o, en ciertos casos, de particulares. Su ámbito de protección se extiende a la tutela de todo el orden jurídico nacional, pues comprende las funciones de *habeas corpus* o tutela de la libertad personal, la protección de los derechos fundamentales de fuente nacional e internacional, el control de constitucionalidad de leyes, así como el control de legalidad de los actos de las autoridades administrativas y de las sentencias judiciales.

Sus bases están contenidas en los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya reforma de 6 de junio 2011, complementada por la de 10 de junio siguiente en materia de derechos humanos, transformó significativamente a esta institución procesal paradigmática del derecho procesal constitucional mexicano. La implementación de tales reformas incluyó la expedición de la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013, que abrogó la de 1936, la cual completa el entramado normativo que rige al juicio.

La reestructuración del juicio de amparo obedeció a la circunstancia advertida, por gran parte de la doctrina, en el sentido de que este proceso, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX, se había vuelto innecesariamente técnico y rigorista y que tenía limitaciones que no le permitían cumplir eficazmente con su función esencial de proteger a las personas frente a las violaciones de sus derechos fundamentales.

En su regulación actual, los órganos competentes para conocer del juicio de amparo son: la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los tribunales colegiados de circuito; los tribunales unitarios de circuito; los juzgados de distrito, y los órganos jurisdiccionales de las entidades federativas, en auxilio de la justicia federal. Se tramita en vía directa cuando se impugnan sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo; y en vía indirecta, contra actos u omisiones en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, contra actos que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales y contra actos u omisiones de autoridad administrativa. Tratándose del amparo directo, la parte que haya obtenido sentencia favorable puede presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio, lo que constituye una figura novedosa, tendente a dar celeridad al juicio en tanto propicia el análisis de todas las violaciones procesales en un mismo fallo.

Las partes en el juicio son el quejoso, la autoridad responsable, el tercero interesado y el Ministerio Público Federal. Es en este ámbito de la legitima-

ción procesal en donde se verificaron algunos de los cambios más trascendentales para la eficacia del amparo: por cuanto hace a la legitimación activa, ya no se exige la demostración de un interés jurídico, sino de un interés legítimo individual o colectivo derivado de una afectación a la esfera jurídica del promovente, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, manteniéndose la exigencia de un derecho subjetivo afectado de manera personal y directa, únicamente para la impugnación de actos de autoridades jurisdiccionales. Respecto a la legitimación pasiva, se privilegia un criterio de identificación material, al señalarse que tiene el carácter de autoridad para efectos del amparo la que con independencia de su naturaleza formal intervenga en el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones, con lo que el ámbito de protección se amplió a las omisiones. Además, se establece que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando en ejercicio de funciones determinadas por una norma general, realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos, previsión con la que se logra una protección horizontal de los derechos fundamentales.

Como medida cautelar, los actos que se impugnen en amparo pueden ser objeto de suspensión, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo deberá realizar una ponderación entre la apariencia del buen derecho y el interés social.

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de las personas que lo hayan solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la demanda; sin embargo, cuando el Pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los tribunales colegiados de circuito emitan jurisprudencia por reiteración en la que se declare la inconstitucionalidad de normas generales no tributarias, la Corte emitirá una declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que fuere aprobada por una mayoría de al menos ocho votos. En amparo directo, las sentencias deben contener el pronunciamiento respecto de todas las violaciones que se hayan hecho valer y aquellas que se adviertan en suplencia de la queja, cuando proceda, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución. Los efectos de la concesión del amparo, tratándose de actos positivos, consistirán en restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; tratándose de actos negativos o que impliquen una omisión, la autoridad estará obligada a cumplir lo que el derecho violado exija. En amparo contra leyes, de declararse la inconstitucionalidad, los efectos se extenderán a todas aquellas normas y actos cuya validez dependa de la propia norma invalidada. Procede la suplencia de la queja en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los plenos de circuito; en favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia; en favor del inculpado o sentenciado, así como en favor de ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso adherente; en materia agraria, tratándose de actos de privación de

bienes o derechos agrarios, a los núcleos de población ejidal o comunal, así como a los ejidatarios y comuneros en particular; en materia laboral, en favor del trabajador; en otras materias cuando se advierta una violación evidente de la ley que haya dejado sin defensa al quejoso o particular recurrente; así como en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.

El sistema de recursos fue simplificado, de manera que solo se admiten los de revisión, queja y reclamación, y tratándose del cumplimiento de sentencias, el de inconformidad.

Son muchos los aspectos novedosos del juicio de amparo, pero el cambio más profundo provino, por un lado, de la reforma al art. 1o. constitucional que establece una serie de principios interpretativos —interpretación conforme, principio pro persona, principios de interdependencia, indivisibilidad, universalidad— que obligan a todas las autoridades del Estado, incluyendo a los órganos jurisdiccionales, a resolver adoptando la interpretación más favorable al derecho de que se trate, de manera tal que se logre dar operatividad a los derechos fundamentales en juego. Por otra parte, la apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional de los derechos humanos permite que el juicio de amparo se conciba como un instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados también en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, en tanto conforman junto con la Constitución el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

1. La justicia constitucional representa la superación de las teorías de la c. d. “defensa política” de la Constitución, alimentadas por el constitucionalismo francés del periodo revolucionario.

Con base en estas últimas, el respeto de la Constitución debía ser asignado —en obsequio al principio de la soberanía nacional— a órganos políticamente representativos (como el Senado, el Tribunal de *censores* o una *jurie constitutionnaire*), a órganos internos al Poder Legislativo o a órganos consultivos (como el Consejo de Estado). Contrariamente, en las experiencias de justicia constitucional, la revisión de la conformidad de una ley a la Constitución está conformada por un órgano externo al procedimiento legislativo, dotado de los requisitos de imparcialidad y de profesionalidad.

Por otro lado, el proceso constitucional se distingue de otros procedimientos jurisdiccionales por algunas peculiaridades, como un elevado grado de flexibilidad en la utilización de los procedimientos; en resumen, los jueces constitucionales adoptan autónomamente las normas procesales complementarias, pueden modificar una práctica anterior o derogar a la normativa vigente.

Tal “discrecionalidad” está justificada por la naturaleza de la actividad desarrollada por los jueces constitucionales, la cual se distingue de los jueces comunes por una intrínseca taza de *politicidad*, derivada del efecto de sus decisiones. Viene considerado que el proceso constitucional posee la peculiaridad

de concluirse con decisiones, cuyos dispositivos y las *rationes decidendi* son vinculantes para los poderes públicos, incluidos los jueces del orden común.

2. Históricamente, las experiencias de justicia constitucional se han inspirado a dos prototipos —el norteamericano y el austriaco— que datan, el primero, de inicios del siglo XIX, y el segundo, de inicios del siglo XX.

La revolución norteamericana aspiraba a un legislador limitado por la Constitución, e individualizaba en los juicios el poder más idóneo a contrastar sus eventuales abusos. En particular, Hamilton sostiene en *The Federalist* que la función de “freno” ejercida por los jueces se debía manifestar, principalmente, declarando nulos todos los actos contrarios al evidente entendimiento de la Constitución: tal principio fue precisado sucesivamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual, al momento de la controversia *Marbury vs. Madison* de 1803, afirmó que un acto legislativo contrario a la Constitución debe tenerse por nulo, toda vez que los poderes del legislador son definidos y limitados por la Constitución.

Las características esenciales del control de constitucionalidad como se ha consolidado en los Estados Unidos de América, pueden ser resumidos del siguiente modo: se trata de un control difuso, concreto, eventual, con efectos *inter partes* en sus decisiones.

Respecto a su carácter difuso, compete a todos los jueces desaplicar las normas incompatibles a la Constitución. Consecutivamente, la decisión del juez no tiene efectos generales (*erga omnes*): distinta es la hipótesis en la cual la incompatibilidad con la Constitución sea declarada por la Corte Suprema, ya que en este caso la *ratio decidendi* constituye un “precedente” y vincula *pro futuro* a los jueces.

Por otro lado, el control de constitucionalidad se debe manifestar en el ámbito de un juez relativo a *cases and controversies*; en otros términos, debe existir una contención. Como consecuencia queda excluido que la Corte Suprema pueda pronunciarse sobre cuestiones abstractas —previstas, por ejemplo, mediante recursos preventivos— o ejercitar un poder consultivo sobre la forma de *advisory opinions* o de *references*.

Una característica ulterior del sistema consiste en el hecho de que el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema es eventual: de hecho, la Corte puede seleccionar los casos (*certiorari*), o ya sea abstenerse de juzgar sobre cuestiones de naturaleza propiamente política, de tal modo para no alterar el principio de la separación de poderes (*political question*).

Además, con algunas limitadas experiencias en Europa (Noruega, Dinamarca, Suecia), este tipo de justicia constitucional ha ejercido influencia principalmente en algunos sistemas pertenecientes al *Commonwealth* (como Canadá e Israel) y en América Latina (como referentes se encuentran Argentina, México y Brasil).

3. Por el contrario, en Europa continental se ha asentado una idea de justicia constitucional contrapuesta, que tenía su realización práctica, primero en el sistema constitucional checoslovaco, y posteriormente en la Constitución austriaca de 1920. A su institución contribuyó en gran medida la aportación teórica dada por dos respetables juristas, Jellinek y Kelsen.

En su planteamiento inicial la justicia constitucional se caracterizaba como un sistema centralizado y abstracto: el primer elemento fue enfatizado de la prohibición para los jueces de controlar las leyes posterior a su promulgación; el carácter abstracto derivaba del hecho que el juez constitucional podía ser accionado solamente a través de un recurso por parte de los órganos supremos del Estado y de los *Länder*. Por otra parte, el recurso podía ser presentado solamente en los tres años sucesivos a la entrada en vigor de la ley. Para acentuar la característica de la justicia constitucional como “legislador negativo”, la normativa preveía que las sentencias de deslegitimación producían un efecto *ex nunc*, equiparable a la abrogación legislativa.

El sistema austriaco de justicia constitucional ha manifestado una indudable capacidad expansiva en Europa, al punto que diversos autores califican las formas de control centralizado y abstracto de constitucionalidad como “modelo europeo” de justicia constitucional.

Inicialmente, el control centralizado de constitucionalidad fue introducido también en las Constituciones italiana (1948) y de la República Federal Alemana (1949); entonces, al final de los años setenta, fueron instalados tribunales constitucionales en España y en Portugal, apenas consolidados sus regímenes democráticos. Por último, después de la crisis de los regímenes comunistas, experiencias similares se expandieron en diversos sistemas de la Europa oriental.

La experiencia comparada evidencia cómo la circulación de las experiencias jurídicas favorece un acercamiento entre sistemas contrapuestos de justicia constitucional, pero al mismo tiempo favorece formas de contaminación. Al respecto es particularmente interesante la experiencia de América Latina, que representa fórmulas peculiares de justicia constitucional. Por ejemplo, referente a la variedad de modelos de acceso a la justicia constitucional, se tiene la coexistencia de formas de control difuso y concreto (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), así como de control preventivo y sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile).

4. En general, el juez de legitimidad constitucional puede ser activado mediante recurso o seguido de una cuestión planeada por un juez dentro de un proceso (véase Control de constitucionalidad en vía incidental).

El recurso de constitucionalidad representa un procedimiento típico de los sistemas abstractos de justicia constitucional, desde el momento en que el juez constitucional puede ser activado por un número predeterminado de órganos y dentro de un periodo de tiempo predefinido: para estos efectos, el recurso puede ser interpuesto de forma preventiva —anterior a la publicación y entrada en vigor de las normas— o de forma sucesiva.

Los recursos preventivos de constitucionalidad están previstos en Europa (Francia, Rumania, Hungría, Eslovenia y Lituania), así como en América Latina (Chile, Ecuador, Bolivia y Colombia). En general, tales recursos tienen por objeto las leyes y los actos con fuerza de ley, las leyes orgánicas, las leyes de revisión constitucional, los tratados internacionales y los reglamentos parlamentarios. Mientras, desde el punto de vista subjetivo, los recursos pueden ser presentados por órganos constitucionales o por un cierto número de parlamentarios.

En los recursos sucesivos de constitucionalidad, un rol particular es reservado a los grupos parlamentarios. Tal competencia pretende asegurar una garantía a las oposiciones políticas contra decisiones legislativas tomadas por la mayoría en contraste con las normas de la Constitución. Recursos sucesivos de constitucionalidad están previstos en España, en la República Federal de Alemania, en Austria, en Bélgica y en Italia.

En algunos sistemas está permitida la coexistencia tanto de un limitado recurso preventivo, como de un recurso sucesivo de constitucionalidad (Portugal, Sudáfrica).

Giancarlo Rolla

(traducción de Emanuel López Sáenz)

JUICIO DE RESPONSABILIDAD

El vocablo “responsable” aparece recogido por primera vez en 1737 en el *Diccionario de autoridades*, descrito literalmente como: “adj. de una term. El que está obligado à responder, ò satisfacer por algun cargo”. La noción responsabilidad deriva del verbo latino *respondere*, que significa responder. Denota la cualidad de aquel que reconoce y acepta las consecuencias de un hecho realizado libremente y es capaz de responder por sus compromisos.

El “juicio de responsabilidad” o “juicio político”, las denominaciones más utilizadas en los diversos textos constitucionales, es un proceso materialmente jurisdiccional mediante el cual se sanciona a los servidores públicos, tanto de elección popular como de designación (directa e indirecta), por violaciones a la Constitución y a las leyes secundarias. El órgano que juzga puede ser o no formalmente jurisdiccional, pues algunos documentos supremos encomiendan esta atribución a los parlamentos, y en otros, a los tribunales; pero en todos los casos se exige como requisito de procedibilidad que la acusación provenga de la representación popular, debido al carácter representativo de los sujetos cuya conducta se cuestiona y a la sanción que se impone: la destitución y/o la inhabilitación en el servicio público de 1 a 20 años.

En el mundo antiguo se encuentran antecedentes de la institución desde el siglo XVIII a. C. en el Código de Hammurabi (Procedimiento, parágrafo 5), que menciona la posibilidad de inhabilitar jueces por actuar de forma ilícita. En época moderna, la referencia se sitúa en la Inglaterra del siglo XIV, pero es hasta el siglo XV cuando se consolida como mecanismo para frenar el abuso del poder, con el juicio seguido por el Parlamento contra Carlos I con motivo de los abusos en que incurrió, cuya sentencia ordenó su decapitación. Esta facultad del Parlamento, en la lucha contra el autoritarismo y la preservación de las libertades, se trae a las colonias inglesas en América como *impeachment*, donde hasta la fecha se reglamenta para que el Senado juzgue y destituya al presidente, vicepresidente y cualquier funcionario civil de la rama ejecutiva, culpable de traición a la patria, cohecho y otros delitos y faltas graves (art. II, sección 4).

A pesar de que la institución cayó en desuso en Inglaterra, debido a la vigencia del sistema parlamentario, que juzga la responsabilidad política del primer ministro y del gabinete mediante la censura, en otros países de sistema

presidencial sigue manteniendo vigencia. A continuación se muestra un listado de carácter enunciativo que lo ejemplifica, así como los numerales de cada texto constitucional que lo regulan.

En Argentina bajo la denominación de “juicio político”, el Senado juzga y destituye al presidente y otros servidores de la función ejecutiva (arts. 53, 59 y 60); en Brasil, la Cámara de Diputados autoriza y el Senado juzga al presidente, vicepresidente y ministros (arts. 51 y 52); en Chile, como “juicio de responsabilidad”, el Senado juzga al presidente y demás miembros de la función ejecutiva, previa acusación de la Cámara de Diputados (arts. 49, 52 y 53); en Colombia, bajo la “moción de censura”, el Senado juzga y destituye al presidente, y la Cámara de Representantes hace lo propio con los otros servidores de la función ejecutiva (arts. 135, 174 y 175); en Ecuador, con el “enjuiciamiento político”, la Asamblea Nacional destituye al presidente y demás miembros de la función ejecutiva (arts. 129-131); en México, con el “juicio político”, la Cámara de Diputados acusa y el Senado juzga a servidores de alta jerarquía de los tres poderes públicos, pero el presidente es irresponsable políticamente de sus actos (arts. 108-111); en Panamá, la Asamblea Legislativa conoce y juzga de las acusaciones contra el presidente y los magistrados de la Corte Suprema (art. 154); en Venezuela, el procedimiento para sancionar al presidente es formal y materialmente político: la revocación popular de su mandato por la Asamblea Nacional (arts. 233 y 266).

En los países del continente europeo predominan los procedimientos formalmente jurisdiccionales. En Alemania, mediante la “moción de enjuiciamiento”, el Tribunal Constitucional priva del cargo al presidente a petición de la Cámara (art. 61); en Austria, el Tribunal Constitucional conoce de las acusaciones de “responsabilidad constitucional” del presidente federal a pedido de la Asamblea (arts. 57, 63, 68 y 142); en España, la responsabilidad del presidente y de los demás miembros del gobierno se plantea ante el Tribunal Supremo a iniciativa del Congreso (art. 102); en Francia, se destituye al presidente mediante propuesta del Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia (art. 68), y en Italia, el presidente es acusado ante el Tribunal Constitucional por los miembros del Parlamento (arts. 90 y 134). En Asia, bajo la figura de “juicio político” en Japón se juzga la responsabilidad de los miembros de la función judicial, pues el primer ministro y demás servidores de la función ejecutiva se sujetan a la “moción de censura” de la Cámara de Representantes (arts. 69, 70, 78 y 90). En la India, el jefe de Estado se sujeta al *impeachment* y se remueve por el Parlamento (arts. 56, 61, 67 y 75). En Uganda, en el continente africano, la responsabilidad del presidente se analiza por jueces *ex profeso* y si estos determinan, *prima facie*, la procedencia de la remoción, esta la decreta el Parlamento (art. 107), y en Sudáfrica, constituida como República en 1996 que se completó el proceso de democratización e igualdad, si la Asamblea Nacional aprueba una moción de falta de confianza en el gabinete, que excluya al presidente, este debe reconstituirlo; pero si la moción es para él, entonces debe renunciar junto con todo el gabinete (arts. 52, 92 y 102).

Dentro del derecho procesal constitucional, el “juicio de responsabilidad” o “juicio político” se incorpora como una garantía constitucional de carácter instrumental que tiene como objetivo la defensa de la Constitución, al sancio-

nar a los servidores públicos de alta jerarquía que defraudan la confianza que se puso en ellos y violentan sus disposiciones. Normativamente representa un mecanismo de limitación del ejercicio del poder de la función ejecutiva por la representación popular, que se deriva del principio de división de poderes para exigir responsabilidad al mandatario, y políticamente constituye un límite a la concentración del poder en manos del Ejecutivo.

La justificación del juicio parte de la premisa de que el Estado tiene a su cargo la realización de ciertos fines que requieren del desarrollo de actividades por medio de sus órganos. Estos actúan a través de personas físicas elegidas por diversos sistemas de representación, en quienes se deposita el alto honor de ser uno de sus mandatarios. Debido a ello, deben sujetar su actuación a las normas reguladoras que rigen la función pública en todo Estado constitucional de derecho. Y si bien el cargo conferido puede considerarse un privilegio, quien lo asume no puede desligarse del cúmulo de obligaciones y responsabilidades que conlleva, por ello queda obligado a rendir cuenta de sus actos y a responder por ellos.

Eréndira Salgado Ledezma

JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL

I. DEFINICIÓN. Medio procesal de control constitucional en materia electoral a través del cual se verifica la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones definitivos de las autoridades competentes en las entidades federativas para organizar y calificar los comicios, que sean determinantes para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones.

II. ANTECEDENTES. El juicio de revisión constitucional electoral (en lo subsecuente JRC) es creado mediante el decreto de reformas constitucionales de 22 de agosto de 1996, que se materializaría a nivel secundario con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral del 22 de noviembre de ese mismo año. Es resultado de un proceso de negociación entre las fuerzas políticas nacionales, cuyo objetivo fue detener la creciente falta de credibilidad de las autoridades electorales locales en situaciones de alta competitividad electoral. En específico, por los conflictos post electorales de Tabasco, Yucatán y Huejotzingo, Puebla, entre otros.

III. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD. El JRC tiene requisitos de procedibilidad generales (aplicables a todos los medios de impugnación en materia electoral) y especiales. Entre los primeros se encuentran los formales: presentar la demanda por escrito, hacer constar el nombre del autor, señalar el domicilio para oír notificaciones, identificar el acto o resolución combatido (o la omisión, en su caso), mencionar los hechos y agravios, ofrecer y aportar las pruebas, acreditar la personería de la parte actora (siempre un partido político, coalición o, en su caso, candidatos independientes) y, por supuesto, hacer constar el nombre y firma autógrafa del actor.

Para acreditar la personería de la parte actora, por regla general, se debe presentar ante el órgano jurisdiccional la copia certificada del registro de los representantes de los partidos políticos ante los órganos electorales adminis-

trativos, con los nombramientos de los dirigentes partidistas o con los documentos que acrediten que la persona cuenta con facultades estatutarias para representar al instituto político. La Sala Superior ha considerado que cuentan con personería los representantes de los partidos políticos registrados ante los órganos electorales materialmente jurisdiccionales, aunque estos no sean formalmente autoridades responsables ni sus actos sean impugnables directamente en el JRC. En el caso de que en una demanda aparezca una pluralidad de promoventes, es suficiente con que uno solo la acredite para tener por satisfecho el requisito. Asimismo, debe tenerse por acreditada la personería cuando conste en el expediente respectivo.

Entre los requisitos especiales del JRC se encuentran que los actos sean definitivos y firmes, es decir, no susceptibles de modificarse mediante ulterior recurso en la cadena impugnativa local. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que el JRC solo procede contra aquellos actos en los que no exista posibilidad alguna de revocación, nulidad o modificación, porque no existan medios ordinarios para conseguir la reparación constitucional. Sin embargo, la propia Sala Superior ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que estableció una causa de excepción a esta regla, la cual consiste en la vía *per saltum*, esto es, si el agotamiento de los medios de impugnación ordinarios implican la merma o extinción del derecho de la parte actora, debe tenerse por cumplido el requisito. Si bien la Sala Superior ha ido matizando la procedencia *per saltum* en varios medios de impugnación, señalando que debe promoverse el medio local y después desistirse para promover ahora el medio de impugnación federal dentro del plazo de procedencia, este mecanismo resulta muy efectivo para reducir irregularidades, como en los casos en que los plazos son reducidos, la autoridad no se encuentre instalada, no existan reglas procesales o la actitud de la autoridad sea contraria a los principios de imparcialidad o independencia.

Respecto al requisito de procedibilidad de que se viole algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este debe entenderse de manera formal, es decir, que la demanda señala que se vulneró un precepto constitucional, con independencia de si, en el fondo, la violación constitucional se acredite.

En relación con la determinancia, el JRC resulta procedente solo en aquellos supuestos en que la violación resulte determinante para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones. El objetivo de este medio de impugnación es que solo lleguen al conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aquellos casos de verdadera importancia, que tengan la posibilidad de cambiar o alterar el proceso electoral, es decir, que la infracción tenga la posibilidad racional de producir una alteración, como podría ser que uno de los contendientes tuviera una ventaja excesiva, o de producir una modificación del ganador. Se trata de un ejercicio hipotético, solo como mecanismo de análisis de procedencia, no que en realidad se encuentre acreditado, lo que corresponderá al fondo del asunto. Este requisito se ha ido ampliando de manera gradual, no solo para casos propiamente del proceso electoral, sino también por la imposición de sanciones fuera de este o el daño a la imagen de los partidos.

Finalmente, la reparación solicitada debe ser material y jurídicamente factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos. Nuevamente con una excepción, cuando de la fecha de la elección a la toma de protesta no existe el tiempo suficiente para el desahogo de la cadena impugnativa.

IV. El JRC ha sido uno de los medios de impugnación de mayor efectividad a nivel nacional. A partir del JRC, en el caso Tabasco, se generó la causal abstracta de nulidad de elección, en 2000, misma que sería eliminada del diseño constitucional mexicano con la reforma de 2007, pero cuyos principios prevalecen en la invalidez de la elección por violación a principios constitucionales (casos *Yurecuaro* SUP-JRC-604/2007, *Acapulco* SUP-JRC-165/2008, *Huazalingo* ST-JRC-34 y 36/2008, *Morelia* ST-JRC-117/2011, entre otros).

Santiago Nieto Castillo

JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO

I. DEFINICIÓN. Medio de control de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad en materia electoral del que conoce el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en lo subsecuente TEPJF) para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, de votar, ser votado, asociación y afiliación, integración de las autoridades electorales y cualquier derecho fundamental vinculado con los anteriores.

II. DESARROLLO. El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (en lo subsecuente JDC) surge con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996 y legal de 22 de noviembre de 1996 con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Surge para proteger a los ciudadanos de las decisiones de la autoridad administrativa electoral de inclusión o exclusión en los listados nominales de electores, registro de partidos políticos u organizaciones electorales y, principalmente, por la no expedición de la credencial para votar con fotografía. La jurisprudencia electoral ha sido particularmente garantista en la expansión de la protección de los derechos político-electorales a través de este medio de impugnación, abarcando hoy en día temas tan diversos como el control de convencionalidad (SUP-JDC-695/2007 o ST-JDC-463/2011 y acumulados), derechos de los pueblos y comunidades indígenas (SUP-JDC-11/2007) o cuotas de género (SUP-JDC-461/2009 o SUP-JDC-12641/2011).

III. REQUISITOS DE LA DEMANDA. La demanda debe cubrir los requisitos formales: constar por escrito, ser presentada ante la autoridad responsable, constar el nombre y firma autógrafa del actor, domicilio para oír y recibir notificaciones, acompañar los documentos para acreditar la personería, precisar el acto reclamado, enunciar los hechos y agravios, señalar los preceptos violados, ofrecer y aportar las pruebas. Asimismo, deberá ser presentada ante la autoridad responsable (en caso de que la autoridad responsable se encuentre cerrada o no le reciban, acreditando dicha circunstancia, podrá presentarse ante el propio Tribunal Electoral) dentro de los cuatro días siguientes a que

haya tenido conocimiento del acto o resolución impugnado. Debe presentarse cuando se hayan agotado todas las instancias legales y estatutarias a la mano de los ciudadanos para revocar o modificar el acto o resolución combatido. La excepción a estas últimas reglas es el *per saltum*. En los casos *per saltum*, cuando se encuentre en riesgo de merma o extinción del derecho, puede promoverse (una vez desistida la parte actora en el juicio primigenio) directamente a la instancia federal, para efectos de evitar que el daño sea irreparable. Asimismo, cuando se salta la instancia intrapartidaria, la demanda tiene que promoverse dentro del plazo que señale la norma intrapartidaria, que puede ser menor a los cuatro días. El JDC puede ser promovido por el ciudadano agraviado, por sí mismo y en forma individual, o a través de sus representantes legales. La legitimación procesal es un presupuesto que debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional.

IV. PARTES. En materia electoral las partes procesales son las siguientes: el actor, que será quien estando legitimado presente el medio de impugnación por sí mismo o, en su caso, será quien haya sufrido la lesión en el ejercicio de sus derechos; la autoridad u órgano partidista responsable, que será quien haya realizado el acto o resolución que se impugna; el tercero interesado es el ciudadano, partido político, coalición, candidato, organización política que tenga un interés incompatible con el actor.

V. COMPETENCIA. La reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007 y legal de 2008 estableció la competencia de las salas del Tribunal (la Sala Superior y las salas regionales) para conocer del JDC. La Sala Superior en los casos de violación a los derechos político-electorales del ciudadano, en los casos de presidente de la República, gobernadores o legisladores federales de representación proporcional, afiliación, así como por la negativa para registrarse como partido político o agrupación política. Por su parte, las salas regionales en los casos de votar (negativa de expedición de credencial, o inclusión o exclusión indebida de los listados nominales), derecho al voto pasivo (en los casos de candidatos a presidencias municipales, diputados locales, órganos auxiliares de los ayuntamientos y legisladores federales de mayoría relativa). Cabe señalar que al ser un medio en el que se ejerce de manera cotidiana el control de constitucionalidad y convencionalidad, las sentencias de las salas regionales pueden ser combatidas vía recurso de reconsideración ante la Sala Superior.

VI. TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN. La demanda debe presentarse por escrito ante la autoridad responsable. Esta debe dar aviso de inmediato sobre la presentación de la demanda a la sala competente para conocer y hacer del conocimiento público mediante cédula que se fija en estrados durante 72 horas. Dentro de dicho plazo podrán comparecer los terceros interesados. Vencido el plazo anterior, dentro de las 24 horas siguientes, deberá remitir ante la sala competente para conocer el expediente respectivo (demanda, pruebas, acto reclamado, escritos de tercero e informe circunstanciado). La sustanciación es la manera de conducir procesalmente un juicio hasta ponerlo en estado de resolución. El presidente de la sala regional deberá turnar la demanda a uno de los magistrados que será el ponente. El magistrado ponente deberá revisar el expediente y, en su caso, requerir la información necesaria para resolver el

asunto. En caso de que no se cumpla con los requisitos de procedibilidad, se presenta a consideración del Pleno el proyecto de resolución desechando la demanda. En caso de que sí se cumplan los requisitos de procedencia, se admitirá la demanda, se desahogarán las pruebas y se presentará a consideración del Pleno el proyecto de sentencia correspondiente. Los magistrados podrán votarlo por unanimidad o por mayoría. En caso de que la posición mayoritaria sea contraria al proyecto presentado por el magistrado, uno de los integrantes de la mayoría elaborará el engrose correspondiente, y la posición minoritaria podrá quedar como voto particular.

VII. CASOS RELEVANTES. El JDC ha sido uno de los instrumentos más importantes de protección de derechos políticos en México. En los casos que dieron origen a la jurisprudencia “JDC. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS”, la Sala Superior amplió la interpretación sobre la procedencia del JDC para permitir el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos. En el caso de acceso a la información (SUP-JDC-040/2004), la Sala Superior amplió la procedencia del JDC por violación a derechos fundamentales vinculados con los políticos. En otro caso, el derecho de un periodista de conocer los montos de los salarios de los presidentes de los partidos político en México. En el *Caso Monzón* se determinó que el derecho a ser votado es de base constitucional y de configuración legal, por lo que las candidaturas independientes podrían ser reguladas de conformidad con la decisión soberana de cada estado. En el SUP-JDC-713/2004 (*Caso Vigas de Ramírez*), respecto a la decisión del voto de candidatos no registrados (los votos habían sido considerados como nulos y había más votos nulos que los votos del primer partido político en la elección), la mayoría de la Sala Superior consideró que los votos de candidatos no registrados no podían ser considerados como válidos. La minoría, por el contrario, sostuvo que en atención al principio de soberanía popular, debían tomarse en consideración. En el SUP-JDC-695/2007, *Caso Hank*, se desaplicó una norma constitucional de Baja California por considerarla contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el ST-JDC-10/2008 se revocó la decisión de un tribunal electoral local de desechar una demanda por haber sido interpuesta el último día del plazo a las veintidós horas (el Tribunal alegó que sus horas hábiles concluían a las veinte horas), ejerciendo control de convencionalidad para permitir un mejor acceso a la justicia. En el SUP-JDC-11/2007 se ordenó al Congreso local y al Instituto Electoral de Oaxaca a efectuar elecciones en un municipio indígena que no había tenido elecciones desde 2002. En el *Caso Cherán*, la Sala Superior consideró que debía consultarse a la comunidad purépecha si quería desarrollar elecciones por partidos o por el sistema normativo interno indígena. En los expedientes SUP-JDC-461/2008, ST-JDC-295/2008, SUP-JDC-12464/2011 se protegieron los derechos de las mujeres. En el ST-JDC-463/2011 y acumulados se declaró la inconstitucionalidad e inconventionalidad de una disposición que impedía a los partidos de oposición incorporar a un tercer regidor de representación proporcional en Michoacán.

JUICIO POLÍTICO

El juicio político es el término utilizado comúnmente para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Puede afirmarse al respecto que el juicio político es el conjunto de actos procesales previstos en la ley, que tiene como finalidad la aplicación de sanciones específicas atribuidas a conductas determinadas, es decir, es el vínculo procesal para la aplicación de la norma sustantiva en materia de responsabilidad política.

La existencia del juicio político está estrechamente relacionada con el cumplimiento de las labores correspondientes al servicio público, lo cual puede exigirse en regímenes distintos al republicano. Ejemplo de ello sería que en México, entre las leyes vigentes en la época colonial, existió el juicio de residencia, procedimiento de responsabilidad al que estaban sujetos los altos funcionarios de la Monarquía, incluidos los propios virreyes y gobernadores. Este juicio de residencia tenía como propósito principal el de determinar, previa investigación pormenorizada, si los servidores habían obrado bien o mal durante el tiempo de su servicio. El juicio de residencia se realizaba luego de la terminación del cargo del funcionario público, y se tramitaba mediante tribunales especiales establecidos para conocer de ese solo juicio, otorgando acción a cualquier gobernado que considerara que el funcionario lo había perjudicado en ejercicio de la función que tenía encomendada.

En México, entre los constituyentes de 1856-1857, predominó la idea de que el juicio político es el juicio de la opinión, de la conciencia pública y de la confianza, porque existen funcionarios que sin haber cometido hechos delictivos, propiamente dicho, pierden la confianza pública constituyéndose en un estorbo para las mejoras y progresos de la colectividad, cumpliendo el juicio político la tarea de facilitar el medio para destituir al funcionario cuando ya no merece la confianza pública. Este último concepto (confianza pública) está íntimamente ligado con el concepto de Alexander Hamilton respecto del juicio político en Estados Unidos de América, quien hace mención de este procedimiento refiriendo: “el objeto de esta jurisdicción (del juicio político) son aquellas ofensas que proceden del mal comportamiento de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación a la confianza pública depositada en ellos. Estas ofensas son de una naturaleza que puede ser definida, con cierta propiedad, como política porque se refieren principalmente a daños infringidos directamente a la sociedad misma”. No resulta obvia la referencia que hace Hamilton al poder absoluto del monarca, pero debe tenerse presente que la tradición inglesa había construido a lo largo de los siglos la idea del control de los excesos del rey o reina en turno, así como de sus colaboradores o allegados. Los legisladores reunidos en Filadelfia aprobarían una Constitución, el 17 de septiembre de 1787, que hacía eco de dicha preocupación.

Esta relación con la confianza pública permite advertir otro elemento característico del juicio político: su materia jurídica está constituida por la responsabilidad política de los servidores públicos, quedando al margen que la conducta u omisión pueda ser materia de otro tipo de procedimientos, por ejemplo, administrativos, civiles o penales.

En su configuración tradicional, en México, el juicio político es una facultad del Congreso de la Unión para resolver los casos en que ciertos funcionarios de alto nivel son acusados de haber incurrido en el desempeño de sus labores, en actos u omisiones que hayan redundado en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o de su buen despacho, y que por tanto, contravengan a la Constitución federal.

De acuerdo con el marco constitucional mexicano, los servidores públicos podrán ser responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pudiendo cualquier ciudadano presentar denuncia. Dada la naturaleza dual del Congreso mexicano, la Cámara de Diputados tendrá la función de ser órgano fiscal o de acusación y la Cámara de Senadores será jurado u órgano resolutor.

Este mecanismo de control es el único instrumento que posee el Poder Legislativo para hacer prevalecer la Constitución contra actos que la contravienen. A través de este, el Legislativo cuenta con un procedimiento de naturaleza cuasi-jurisdiccional para fincar responsabilidad política a un servidor público que ha infringido la Constitución. No debe obviarse que la naturaleza jurisdiccional reside en un juez de naturaleza política que juzga las faltas de orden público de ciertos servidores públicos. Así, el juicio político tiene la intención de sancionar políticamente a los funcionarios públicos sobre sus faltas, y cobra gran interés el análisis desde su dimensión de control constitucional, dado que su materia está referida al análisis de las violaciones a los derechos humanos, a la división de poderes y a la forma de gobierno, plasmadas y protegidas por la propia Constitución.

En México, los arts. 108, 110 y 120 de la Constitución señalan que los gobernadores de los estados, los diputados locales y magistrados son responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo de fondos federales; estas causales específicas resultan más concretas a la genérica causal de la frac. I del art. 109 constitucional, respecto de los demás funcionarios federales: "...en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho", o bien, del aún más ambiguo de Hamilton, de "violación a la confianza pública".

El elemento referente a la responsabilidad varía entre los funcionarios que pueden ser sujetos a juicio político, toda vez que el presidente de la República no es sujeto a este procedimiento durante su encargo y únicamente puede ser declarado responsable penalmente por traición a la patria y delitos graves del orden común. Al respecto, no es claro si el presidente puede ser sujeto a la justicia militar, en su calidad de comandante en jefe de las fuerzas armadas, toda vez que dicho ordenamiento contempla penas más severas para el delito de traición a la patria.

Sin embargo, los funcionarios federales distintos al presidente son responsables, aunque las causales no están claramente delimitadas, pues únicamente cubre, como se mencionó, actos u omisiones que afecten los intereses públicos fundamentales o su buen despacho, sin extenderse a situaciones o criterios como el contemplado por la jurisprudencia norteamericana que se refiere a

la “confianza pública”, que contempla hasta la esfera privada del servidor público, extendiéndose a hábitos, costumbres o preferencias.

Es también de importancia mencionar que la Constitución contempla que la expresión de ideas relacionadas con el cumplimiento de las funciones del encargo no es procedente para entablar juicio político a un servidor público. Por ello, la libre manifestación de ideas en el desempeño de funciones públicas, tanto de ministros, magistrados o jueces del Poder Judicial de la Federación, etcétera, se podría equiparar a la inmunidad parlamentaria de los legisladores.

La resolución en un juicio político es inatacable, como lo establece el art. 110 de la Constitución mexicana, lo anterior quizá sea en razón de la jurisprudencia de la Corte durante la Quinta Época, en la que negó competencia al Poder Judicial para intervenir en la resolución de un juicio político.

En los modelos de jurisdicción política contemporáneos se advierten ya ciertos cambios. Algunas entidades federativas mexicanas han establecido esquemas donde la acusación corresponde al órgano legislativo y la resolución del juicio político queda a cargo de un órgano judicial, como lo son los tribunales superiores de justicia en cada caso. Este diseño mejora la confianza en el régimen de responsabilidades, pero deja también algunas dudas, especialmente desde la perspectiva de la independencia judicial de dichos órganos judiciales.

Manuel González Oropeza

JUICIO SUMARÍSIMO DE AMPARO

En la época virreinal, a partir del interdicto de amparo, que fijaba una forma clara y rápida de proceder para la defensa incontestable de la posesión, de un modo expeditivo y eficaz, se fue desarrollando en el seno de la Real Audiencia y Chancillería de México —tribunal superior de justicia novohispana— una nueva modalidad de amparo que se apartada de la anterior en una cuestión de técnica jurídica: se trataba ya de un juicio, de un proceso, y no simplemente de un interdicto (en la etapa novohispana los tribunales superiores tenían una atribución *quasi* legislativa, a través de los “autos acordados”). Ello suponía la existencia de ciertas garantías y actuaciones de las partes que no se daban con el anterior mecanismo, tales como la contradicción de propuestas de ambas partes, la existencia de demanda y de contestación, la propuesta y realización de materiales probatorios, los alegatos y la sentencia final con efectos restringidos, pues se trataba de un proceso sumario.

Como consecuencia de ese estilo o práctica procesal propia, gestada en dicha Real Audiencia de México, lo lógico era la evolución del antiguo interdicto hacia formas más complejas de protección; es decir, que rebasasen la simple consideración de interdicto y se sumasen al selecto grupo de los juicios sumarios. El paso se hará en una fecha concreta, que es considerada tradicionalmente como la fecha de nacimiento del juicio sumarísimo de amparo: del 7 de enero de 1744, en que se expidió el Auto Acordado por parte de la Real Audiencia y Chancillería de México, que se dio vida jurídica a dicho juicio

sumarísimo (Beleña, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*).

De dicho texto se pueden extraer los siguientes elementos identificados de la institución: el juicio sumarísimo podía ser empleado por cualquier persona —español, mestizo o indígena— con la finalidad de ser restituidos en la posesión de “tierras, aguas u otras cosas”; el demandante debería plantear la demanda en forma pormenorizada, indicando “aquello de lo que se quejan despojados, y piden la restitución”, con señalamiento precisamente de los límites materiales del objeto del que han sido desposeídos y la persona o personas que hubieran realizado las actividades perturbadoras, así como los terceros que pudieran resultar afectados: “Como también las personas que dicen los despojaron y demás colindantes”; en todo caso, el juicio es de tipo sumario, frente a las anteriores prácticas caracterizadas por ser “incitativas”, es decir, simplemente interdictos.

Iniciado el procedimiento, se daba traslado a la otra parte y comenzaba la fase contradictoria, que no existía lógicamente en el interdicto de amparo. Hay un auténtico contraste de las alegaciones y opiniones de los sujetos interesados; una real defensa procesal: “Con cuya previa judicial citación y señalamiento de prefijo competente término justifiquen el despojo y posesión que tenían al tiempo y quando se les causó, y si el despojante ó colindantes quisieren con nueva igual citación dar justificación en contrario, se le admitirán los Justicias del Partido, y demás á quienes se cometieren dichas Reales Provisiones de despojo”.

A la vista de todo lo expuesto, el justicia de partido (no necesariamente la Real Audiencia), o sea, el juez de primera instancia, expediría la correspondiente real provisión resolutoria del conflicto planteado, con arreglo a justicia (no a derecho) y con la necesaria asistencia de un asesor letrado para la resolución de las dudas que se pudiesen plantear: “Y luego con vista de todo determinarán y ejecutarán sobre ello sumariamente lo que tuvieron por mas conforme á justicia, consultando las dudas con Asesor Letrado”, ya que en esa época los jueces no tenían que ser necesariamente profesionales del derecho.

Este auto acordado prácticamente fue reproducido en sus líneas magistrales por otro auto de la misma Real Audiencia, fechado el 7 de junio de 1762, asimismo recogido por el mismo Beleña, que sanciona idénticas medidas de protección a las ya expuestas.

De ahí tenemos que trasladarnos al siglo XIX, a las Cortes de Cádiz, y analizar concretamente el Decreto CCI, del 9 de octubre de 1812, que llevaba por título Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia. En dicho cuerpo legal se consignaba la protección especial dispensada por medio de un amparo recogido en el capítulo II, art. I, párrafo XII. También se rechazaban anteriores recursos de raigambre hispánica, como es el caso del ya mencionado auto ordinario de la Real Audiencia de Galicia o las firmas del derecho aragonés, para adoptar otra modalidad de protección mediante un juicio sumarísimo, denominado también de amparo, de inspiración novohispana.

El precedente era claramente ese conjunto de actuaciones que se había generado en la Audiencia de México, mas el legislador gaditano introdujo una serie de novedades sustanciales que hacía a esta figura similar, en parte, a su

precedente novohispano. Primeramente, debe destacarse la universalidad de la protección que se extiende a la posesión de toda clase de bienes, tanto los profanos como los espirituales. Frente a posibles exenciones procedentes de los fueros privilegiados (entre los cuales destacan el militar y el eclesiástico), la solución gaditana se manifiesta extensiva, general, global, puesto que transmite esa modalidad de protección a toda suerte de bienes con independencia de su calificación o de su calidad. Pero esa universalidad se proclama, asimismo, cuando se trata de precisar quiénes son los sujetos contra los que se puede iniciar este procedimiento: de nuevo aflora esa visión general, puesto que tampoco es factible la aparición de exenciones de tipo procesal por razón del fuero. Sea el perturbador eclesiástico, lego o incluso militar, el juicio sumarísimo es posible contra toda clase de personas. Por lo demás, aquel seguía conservando su carácter procesal estricto (no era, pues, un interdicto) y su naturaleza sumarísima, que lo hacía inútil para ventilar cuestiones como la titularidad del derecho de posesión o del de propiedad.

La gran novedad fue la extensión de esta figura a la totalidad de los territorios y audiencias de la monarquía española, lo que no se había producido con anterioridad al quedar circunscrito a un solo territorio virreinal de la América hispana. El juicio sumarísimo de amparo se convirtió así en el remedio procesal general para la defensa de la posesión, sin perjuicio de posibles acciones ejercitadas con posterioridad para dilucidar perfectamente los derechos de posesión, los derechos reales y los propiamente dominicales, objeto del debate procesal. Tuvo una gran utilización los primeros cincuenta años de vida independiente en nuestra patria, como lo demuestra la doctrina procesal de la época, y fue abandonado cuando se creó el juicio constitucional de amparo, precisamente para que no hubiese confusiones.

José Luis Soberanes Fernández

JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Conciliación deriva de *conciliatio*, que significa congregar y de ahí conciliar. Conciliar es una autocomposición por la cual las partes de un conflicto resuelven sus diferencias mediante un acuerdo satisfactorio para ambas partes. La conciliación se ha tratado como preliminar a la resolución de conflictos sometidos al arbitraje y en materia laboral se privilegia principalmente por la celeridad en las resoluciones. El arbitraje viene del latín *arbiter*, juez perito; es una heterocomposición porque se da solución a un conflicto a través de un tercero neutral, imparcial, sin investidura judicial; el árbitro puede ser designado de común acuerdo por las partes y su resolución tiene carácter obligatorio. Tanto la conciliación como el arbitraje son formas de resolver las diferencias y los conflictos laborales; en el derecho mexicano estas funciones se realizan por las juntas de conciliación y arbitraje (JCA), órganos especializados para impartir justicia laboral. Su primer antecedente en México se localiza en un proyecto de ley de 1913 para reformar dos arts. del Código de Comercio (la relación de trabajo se consideraba un contrato mercantil) en que se proponía la creación de unas juntas de integración paritaria para resolver los problemas entre trabajadores y patrones, proyecto que no prosperó. Un año más tarde, en 1914,

en Veracruz se crearon las juntas administrativas civiles para oír los conflictos entre patrones y trabajadores; en 1915 se propuso la creación de las juntas de avenencia también de composición paritaria y ese mismo año se creó el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje en Yucatán. Posteriormente se expidió la Ley de Trabajo y se crearon las juntas de conciliación y el Tribunal de Arbitraje, competentes para aplicar dicha ley y resolver los conflictos de manera expedita. En Jalisco, en 1916 se instituyeron las juntas municipales, mineras, agrícolas e industriales. Promulgada la Constitución de 1917, que inicia el constitucionalismo social, se expide la Ley del Trabajo de Veracruz de 1918 que creó las juntas municipales de conciliación y la Junta Central de Conciliación y Arbitraje para resolver todos los conflictos entre patrones y trabajadores, establecidas en Yucatán con autoridad para hacer cumplir sus determinaciones y ejecutar sus sentencias. Estas dos leyes tuvieron importante influencia en la reglamentación de las JCA. En todos los casos la integración era paritaria con representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno. Como antecedentes de derecho extranjero para la creación de las juntas están las legislaciones de Inglaterra, Alemania, Francia y Bélgica, de Estados Unidos y Nueva Zelanda, aunque señala el doctor Fix-Zamudio que los constituyentes no tenían idea de los órganos paritarios que establecieron, y el doctor Mario de la Cueva dice que no se tenía conocimiento suficiente del derecho extranjero. Con fundamento en el art. 123, frac. XX, los estados empiezan a crear las juntas de conciliación y arbitraje (JCA), sustituyendo a los distintos tribunales que funcionaban en ellos; en el Distrito Federal se creó en diciembre de 1917 y en 1927 la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA). Desde entonces y a la fecha, su funcionamiento y su naturaleza jurídica, su autoridad como tribunales y su autonomía misma han sido cuestionados; incluso se les llegó a considerar como tribunales especiales y por lo tanto contrarios al art. 13 de la Constitución. Un estudio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 2, enero 2008) sobre las JCA resume los criterios de las ejecutorias emitidas en esa época que rechazaba su carácter de tribunales, pero las reconocía como autoridades contra las que procedía el amparo; que el arbitraje operaba solo para conflictos colectivos (de naturaleza económica) y que por tratarse de arbitraje público su validez solo obligaba a las partes cuando estas lo aceptaban, ya que las juntas no podían imponer sus determinaciones, mismas que debían homologarse judicialmente. Estas consideraciones dejaban claro que las JCA no eran tribunales; sin embargo, en 1924 dos importantes ejecutorias de *La Corona S. A. y de la Compañía de Tranvías y Luz y Fuerza de Puebla S. A.* fueron el parteaguas, al reconocerlas la SCJN como autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales y como tribunales competentes para resolver tanto conflictos individuales como colectivos con autoridad para imponer sus resoluciones. El doctor Mario de la Cueva las consideró tribunales de equidad; por el contrario, el doctor Jorge Carpizo, en un estudio sobre el tema, apreció que no son tribunales de equidad, que razonan su fallo, que no son transitorios ni sustituyen al legislador y al mismo tiempo les reconoció naturaleza *sui generis*, lo cual es razonable en virtud de que la naturaleza misma del derecho del trabajo es *sui generis*.

De acuerdo con la frac. XX del art. 123, la formación de la JCA es tripartita y paritaria, y es la primera Ley Federal del Trabajo de 1931 (LFT) la que establece la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA), las juntas centrales de conciliación y arbitraje en cada estado (juntas locales en la LFT de 1970), así como las juntas de municipales y federales de conciliación, desaparecidas en la reforma a la LFT de 30 de noviembre de 2012. La LFT de 1931 recogió la reglamentación de 1926 que posteriormente se incorporó a la segunda LFT de 1970. La competencia de las JCA y la JFCA se amplió para conocer y resolver los conflictos que se susciten entre trabajadores y patrones (empleadores), entre los trabajadores mismos o entre los patrones, que se deriven de las relaciones de trabajo o hechos relacionados con las mismas; se detalla su integración y la designación de los representantes: uno del gobierno, que las preside, y de los trabajadores y los empleadores (patrones), designados por ramas de industria y otras actividades de acuerdo con la clasificación y convocatoria que emita la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). En la JFCA debe haber un secretario general más los secretarios auxiliares que sean necesarios y el personal jurídico que se designe de acuerdo con su Reglamento Interior; conoce de los asuntos que corresponden a la jurisdicción constitucional de acuerdo con lo dispuesto en la frac. XXXI del mismo art. 123; funciona con el auxilio de juntas especiales que en el Distrito Federal se establecen por ramas de actividad y de industria en tanto que en otras ciudades de la República se establecen de acuerdo a la jurisdicción territorial que se les asigne por el titular de la STPS, las cuales conocen de todas las materias en el orden federal. Este órgano jurisdiccional funciona en Pleno o por juntas especiales. Las juntas locales de conciliación y arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas con composición y funcionamiento similares a la de la JFCA. El gobernador del estado y el jefe del Distrito Federal, igualmente, pueden crear juntas especiales de acuerdo con las necesidades del capital y del trabajo a las que le fijan su residencia y competencia territorial. Conforme al art. 123 constitucional, frac. XXXI, la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los estados, en sus respectivas jurisdicciones y se dejan para la competencia exclusiva de las autoridades federales, asuntos en distintas materias así como en las empresas de administración federal, en conflictos que afecten a dos o más entidades federativas y contratos colectivos obligatorios para más de una entidad federativa; en organismos descentralizados, obligaciones patronales en materia educativa, de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo. La JFCA y las JCA son depositarias de los contratos colectivos, y a las últimas les corresponde la función del registro de los sindicatos. Su ejercicio como tribunales de derecho queda fuera de duda y su dependencia del Poder Ejecutivo en el orden administrativo no impide su funcionamiento como órganos autónomos. Una discusión permanente en el foro jurídico versa sobre la sustitución de las JCA por juzgados unipersonales que formen parte del Poder Judicial.

Patricia Kurczyn Villalobos

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El vocablo “jurisdicción constitucional” está compuesto de dos voces claramente diferenciadas y que tienen larga data. La “jurisdicción” es un atributo del Estado para decir el derecho, es decir, declararlo, aplicarlo y hacerlo efectivo, referido generalmente a conflictos, diferencias o acciones que buscan la paz social. Así entendida lo ha sido desde Roma, si bien es relativamente nuevo el hecho de que ella esté atribuida o entregada a un cuerpo o ente judicial. Por otro lado, lo “constitucional” también es nuevo, pues las primeras Constituciones se dan a fines del siglo XVIII con la llamada revolución atlántica y que aparece en dos documentos célebres: la Constitución de los Estados Unidos de 1789, precedida por la declaración de independencia de 1776, y la Constitución francesa de 1791, que siguió a la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero la conjunción de ambas voces solo ocurre después, cuando Europa adopta el modelo jurídico de Constitución y deja de lado el modelo político que lo acompañó en todo el siglo XIX. Aparece así el concepto de “jurisdicción constitucional” primero en Francia y de uso extendido —si bien por poco tiempo— y luego en el mundo germano, por iniciativa y gestión de Kelsen. En efecto, la Quinta Conferencia Alemana de Profesores de Derecho Público, que se lleva a cabo en Viena del 23 al 25 de abril de 1928, está dedicada a la “jurisdicción estatal” y es ahí donde Kelsen presenta una larga como meditada ponencia sobre el tema que, curiosamente, no tiene título alguno. Pero el tema central de Kelsen va a ser doble: *a*) por un lado llamar la atención de que lo que está en juego es la “jurisdicción constitucional”, o sea, la defensa jurídica de la Constitución, y *b*) que para ello lo mejor, vistas las circunstancias de la época, es un órgano *ad hoc* que es un Tribunal Constitucional, del cual el más notable que existía en ese momento era el austriaco, del que era juez y relator en aquel momento y al cual había contribuido a crear. Este texto de 1928 es, sin lugar a dudas, un clásico que habrá de tener larga influencia, pero no en la versión alemana, que se publica en 1929, sino en la versión francesa que, traducida por su discípulo Charles Eisenmann, se publicará en 1928, arreglada y con título específico: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En su traducción, si bien fidedigna, Eisenmann se tomó, sin embargo, algunas licencias: Kelsen usó en la versión alemana el concepto “jurisdicción constitucional” y Eisenmann, seguramente sin entender mayormente la diferencia, utilizó indistintamente dos vocablos: jurisdicción constitucional y justicia constitucional como si fueran sinónimos. Aquí, pues, se introdujo la primera distorsión, explicable en el contexto francés, en donde se hablaba de administración de justicia, justicia civil y otras por el estilo.

Ahora bien, Kelsen, sin lugar a dudas, dio un paso audaz y renovador y puso las bases de una futura disciplina que él no alcanzó a diseñar. Así, el concepto de jurisdicción constitucional se sigue usando, pero por influencia de la versión francesa se empleó también lo de “justicia constitucional”, como algo equivalente. Curiosamente, ambas se usaron indistintamente hasta que a mediados de la década del sesenta del siglo pasado, empezó a predominar el de “justicia constitucional”, sobre todo en Francia, Italia y España, no así en los países germanos. Por muy explicables motivos, esta cuestión pasó a la

América Latina, en donde se usaban ambas y también las de “control constitucional”, “defensa de la Constitución” y otras parecidas.

Lo que pasó luego es curioso. Un joven, pero promisorio profesor de derecho procesal, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocedor de las grandes corrientes del procesalismo científico, sobre todo el desarrollado en Alemania e Italia —Francia andaba muy atrasada en esto— pergeñó, si bien en forma algo dubitativa, la existencia de una justicia política, justicia constitucional y también de una nueva disciplina llamada “derecho procesal constitucional”. Así lo expuso en su Programa del Curso de Derecho Procesal de 1933, que dictaba en la vieja Universidad de Santiago de Compostela. Más tarde, con motivo de su largo exilio, lo terminó de fijar y precisar en publicaciones hechas en Buenos Aires, durante 1944-1945. Lo reiteró en México en 1947, a donde viajó para enseñar en la UNAM y en donde permaneció más de 30 años. El tema, sin embargo, no le atrajo del todo, pues no lo vuelve a tocar sino muy esporádicamente, dedicándose más bien a difundir la nueva ciencia del proceso en un medio académico como el mexicano, que lo desconocía.

Fue uno de los discípulos de Alcalá-Zamora y Castillo el que recogió la posta: Héctor Fix-Zamudio, quien dedicó al tema su tesis de licenciatura, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, que publica en 1955, en muy corto tiraje, y la defiende en 1956. Su difusión se hará en forma parcial hasta que lo recoge íntegramente en un libro que publica en 1964 junto con sus otros ensayos de la época: *Juicio de amparo*. A partir de ahí es que se da la consolidación científica del “derecho procesal constitucional” que, como es obvio, envuelve o desarrolla la jurisdicción constitucional, al igual que el derecho procesal civil desarrolla e incluye la jurisdicción civil.

Hoy en día, por lo menos en el Occidente europeo —salvo excepciones— y en nuestra América Latina, es pacífico el uso de estos términos, si bien en Europa hay la tendencia —no definitiva— de emplear el de “justicia constitucional”. En América Latina, hay preferencia por el uso de “jurisdicción constitucional”, con tendencia a englobarlo en una disciplina que pertenece al derecho público y además de carácter procesal: derecho procesal constitucional. Si bien la parte teórica y de fundamentos no anda del todo clara ni es pacífica.

En el caso de Italia, la “justicia constitucional” se enseña en las universidades con ese nombre e incluso hay doctorados y una gran cantidad de manuales. Por tal se entiende lo que hace la Corte Constitucional italiana y nada más.

La jurisdicción constitucional nació en un momento para proteger la pirámide jurídica, o sea, la jerarquía normativa, pero luego se amplió a los derechos fundamentales, dependiendo esto también del modelo o sistema que cada país ha creado o adoptado. También esto tiende a ser supranacional, pero entiendo que cuando trasciende las fronteras del país, estamos ya en un derecho distinto, como es el derecho internacional, que puede ser sustantivo o instrumental (procesal). En nuestro caso, son conocidos, tratándose de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Existe otro tipo de tribunales supranacionales que afectan o protegen otro tipo de derechos e indirectamente la jerarquía normativa.

En los Estados Unidos, el modelo emblemático en esta materia desde el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803, la ruta ha sido diferente. El planteo doctrinario que existe en esa célebre sentencia, y que todavía sigue siendo de enorme interés, está tomado en parte de la tradición constitucional inglesa interrumpida parcialmente a partir de Lord Coke, y en el ejemplo de algunas colonias. Pero en los Estados Unidos lo que se hizo no fue crear un órgano *ad hoc* ni una temática especial que desembocase en una disciplina, sino la mera aplicación del principio de supremacía constitucional, que por actos reiterados, daba lugar a un cuerpo de doctrina sólida, que constituía una prerrogativa judicial llamada “judicial review”, y que era una técnica de control más que un proceso, y que se ejercía en cualquier caso o controversia. No existe, pues, en los Estados Unidos nada parecido a una disciplina o temática que pudiera llamarse jurisdicción o justicia constitucional, pues son términos ajenos a su tradición y a su uso. En el caso concreto de “jurisdicción”, si bien con orígenes romanistas, tiene en el ámbito sajón un sentido muy laxo que se aplica a todo poder que ejerce cualquier autoridad, incluso policial, y no necesariamente judicial. De lo que se concluye que en los Estados Unidos, existen medios y figuras procesales para defender adecuadamente los derechos humanos y a la supremacía constitucional, pero ello se hace de manera diferente e indistinta en el Poder Judicial. Los Estados Unidos constituyen un modelo especial y diferente, fruto de su propia historia jurídica y de la familia del *common law* a la cual pertenece. No obstante, ha recibido influencias de fuera y, a su vez, ha influenciado en los sistemas romanistas.

En síntesis, y para solo referirnos a Occidente, tenemos mecanismos e instrumentos de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero solo en el área romanista ha sido objeto de atención especial, independiente y con pretensiones de autonomía.

Domingo García Belaunde

JURISDICCION CONSTITUCIONAL (CLASIFICACIONES)

Las claves de lectura propuestas hasta ahora son sustancialmente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano que promueve y en la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que hace uso de un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes conforme a la naturaleza concentrada o difusa del modelo, a las modalidades de acceso y a la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, algunos han subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos que son determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases.

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera y decisiva dicotomía identificada por Cappelletti, pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagüés, en C. Blanco de Moraes y en muchos estudiosos franceses (Favoreu, Fromont, Rousseau, entre otros).

La estructura del órgano, en cada caso, se señala *siempre* como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir los sistemas “políticos” de los “jurisdiccionales”, sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y concentrados, presentes en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, H. Nogueira Alcalá), aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, F. Fernández Segado, E. McWhinney). Divisiones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional, transnacional, nacional (N. Sagüés) o federal/estatal. Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a alguno, como Brewer Carías, a enfatizar como un factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (N. Sagüés, A. von Brünneck, L. Favoreu).

La fase temporal del control —considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa, pero también por estudiosos de diversos países— generalmente se pone de relieve junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones o su carácter abstracto o concreto.

Casi siempre se indica como elemento imprescindible de las clasificaciones la forma de acceso a las cortes o tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales se pone énfasis sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en cuenta la calidad de los actores: a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (P. Pasquino).

La naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y después de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son valorados para proponer ulteriores distinciones (Brewer Carías, Sagüés, Nogueira Alcalá), también en relación con el rol positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y en general de la actividad de las cortes en el sistema (N. Sagüés, A. Pizzorusso).

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios y los utiliza para subdividir los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas (A. Pizzorusso). A soluciones no diferentes —aunque por caminos completamente diversos— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elemento diferencial la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se efectúa de manera diferente en atención a si se realiza sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone de manera incisiva abandonar los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y centrarse precisamente en la función, es F. Rubio Llorente, quien divide los sistemas según si (concretamente) tutelan las libertades o (abstractamente) la ley. Otros autores, como Weber, toman como análisis el objeto del control por considerarlo relevante para la clasificación, distinguiendo según si las cortes tutelan la ley, los derechos o las competencias de órganos y entes territoriales. Respecto a la clasi-

ficación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha sugerido considerar la capacidad de la corte o tribunal para incidir directamente en los conflictos de las partes mediante los efectos de la decisión.

El relieve dado por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente de acuerdo con la función de algunas variables, en particular del grado de simplificación/complicación de la clasificación. Con la intención de simplificar las clasificaciones hay quienes eligen elementos determinantes “macro”, como en los casos anteriormente señalados (concreción, abstracción, etcétera), aunque acompañados a veces por subdivisiones, y quienes, por el contrario, se basan en elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), dándoles un mayor o menor peso.

Ciertos elementos no son considerados esenciales para algunos estudiosos (por ejemplo, Cappelletti no considera el bien tutelado); no siempre es evidente cuál de los elementos analizados puede ser considerado determinante y cuál fungible o accesorio.

Las clasificaciones tradicionales, que se desarrollan a partir de pocas experiencias históricas, están muy presentes en la yuxtaposición del modelo americano sobre el austriaco (a los que se agrega el francés). Hoy, hacer referencia a la teoría tradicional de los modelos parece contraproducente, y la reciente doctrina somete a críticas radicales este criterio clasificatorio, así como aquellos que enfatizan la derivación de los modelos de experiencias híbridas: un ensayo de G. Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina *Contre les “modèles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres propios bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso *vs.* control concentrado) al modo (tipos de acceso); de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros.

Teniendo en consideración que gran parte de los ordenamientos utilizan *más* modalidades para controlar las leyes, parece conveniente realizar, en caso de que sea necesario, *más* clasificaciones, basadas sobre elementos determinantes diversos. Por ejemplo, H. Nogueira Alcalá basa su clasificación en siete elementos: el órgano que lleva a cabo el control, las competencias del tribunal, la fase de control, los sujetos legitimados para solicitarlo, el tipo de procedimiento utilizado, el tipo de parámetro y los efectos de las decisiones, en referencia tanto a los sujetos como a la fase temporal. A su vez J. J. Fernández Rodríguez, valiéndose de las contribuciones de otros autores, emplea distintos criterios clasificatorios (sistemas concentrados y difusos, mixtos y “duales” o “paralelos”, sobre la constitucionalidad de la ley o sobre los derechos, abstractos y concretos, objetivos y subjetivos). Del mismo modo, N. Sagüés enriquece la lista tradicional de elementos determinantes, muchos de los cuales ya fueron mencionados unas líneas atrás, con nuevos factores dignos de atención,

entre otros, la estabilidad de los órganos de control constitucional, las formas de desarrollo del control (con referencia, por ejemplo, al procedimiento del *certiorari*), los sujetos que lo accionan, el radio de acción del juicio de constitucionalidad.

A su vez, en la búsqueda de la “pertinencia” de los factores esenciales en la clasificación, he señalado aquellos que, en mi opinión, son los elementos determinantes a tener en cuenta, a fin de construir clases que permitan hacer comparaciones fructíferas para la comprensión de la justicia constitucional. Algunos son los clásicos, aunque a veces los he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las cortes y los tribunales constitucionales; las modalidades de acceso a las cortes; las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; hoy añadiría también a los bienes tutelados. Sin embargo, para mí son determinantes también la amplitud del parámetro de control (especialmente en relación con la incorporación de los tratados y convenios internacionales), y del objeto del juicio de constitucionalidad (especialmente en relación con el poder de controlar las leyes de reforma constitucional, lo que cambia totalmente la naturaleza del juicio de constitucionalidad), que deberán aparecer como verdaderos y propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (MATERIAL)

I. ALCANCES DE ESTA JURISDICCIÓN MATERIAL. Constituye una jurisdicción constitucional material la que en principio corresponde administrar justicia, en nombre de la nación y este es el Poder Judicial.

II. EL PODER JUDICIAL A CARGO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE ACTOS U OMISIONES. Los países latinoamericanos, particularmente Chile, Perú, Ecuador y Colombia, tienen un sistema llamado paralelo, pero que en realidad es mixto, pues las instancias del Poder Judicial tramitan las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, y el Tribunal Constitucional resuelve en definitiva y última instancia.

En el caso de Perú, el control constitucional de normas administrativas, cuando contradicen a normas legales o normas constitucionales, está a cargo únicamente del Poder Judicial en dos instancias.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL DENTRO DEL PODER JUDICIAL. Los países centroamericanos han asimilado el control de constitucionalidad, originado en el modelo austriaco (que es de sistema totalmente concentrado y que sirvió de paradigma para los modelos europeos y las experiencias latinoamericanas), pero lo han adaptado a su particular realidad, de tal manera que dentro de su Poder Judicial, cuentan con salas constitucionales. Así, por ejemplo, Costa Rica, cuenta con una sala especializada dentro de su Corte Suprema; de ma-

nera semejante en Nicaragua, el control de constitucionalidad, de actos como de normas, corre a cargo de su Corte Suprema. En el caso de Argentina, que no cuenta con un tribunal o corte constitucional, tanto el control de actos como de normas inconstitucionales, se tramitan ante las cortes provinciales y en vía de alzada o instancia superior, las acciones correspondientes son resueltas por su Corte Suprema.

La visión general de esta jurisdicción constitucional, particularmente en América Latina, es que el control de constitucionalidad cada vez es más efectivo, el cual se traduce en una importante jurisprudencia, en buen número de casos vinculantes para los órganos jurisdiccionales inferiores y para la propia ciudadanía.

IV. JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL. En el caso de Perú, cuando un agraviado no encuentra protección de sus derechos constitucionales en la jurisdicción interna o nacional, puede recurrir a la denominada jurisdicción supranacional, que para el ámbito universal funciona un Comité de Derechos Humanos, en Washington, y para el ámbito regional o continental cuenta primero con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en Washington, y de no resolverse favorablemente las peticiones, se puede recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en San José de Costa Rica, organismo que tiene competencia contenciosa y por tanto expide sentencias. Estas, luego de ser expedidas, regresan al país de origen para que sus órganos jurisdiccionales de origen ejecuten tales sentencias. Cuando estas sentencias, además de disponer el restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados, disponen la reparación económica por el daño producido, corresponde al Poder Ejecutivo, mediante su Ministerio de Justicia, coordinar el pago de tal indemnización.

Pero lo que denominamos en el Perú una jurisdicción supranacional, en sentido internacional, efectivamente corresponde a un control de convencionalidad. Debemos entender este término de convencionalidad, al marco jurídico que está dado por las convenciones o tratados multinacionales de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos; Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

Bien sabido es que el control convencional es de dos clases: convencionalidad vertical y horizontal.

Víctor Julio Ortecho Villena

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (MODELOS CLÁSICOS)

La referencia a un “modelo” implica en sí algo ejemplar en sentido positivo, algo que merece ser imitado. De esta manera, se habla de “modelos” clásicos en la jurisdicción constitucional.

Esta expresión no alude, pues, a algunos antiguos precedentes del mundo clásico griego o latino [como por ejemplo, el remedio procesal llamado *grafé paranomón*, con el cual se aseguró en el derecho ático que los decretos de la

asamblea ciudadana (*psefismata*) fueran conformes a las leyes (*nomoi*]); ni tampoco al considerado el precedente más inmediato de jurisdicción constitucional, el famoso caso *Bonham*, debatido ante el Tribunal de los *Common Pleas* en 1610, donde el magistrado inglés Sir Edward Coke sostuvo que el monarca estaba sometido a la *lex terrae*, identificándola substancialmente con los principios del *common law*.

Estos dos ejemplos no pueden ser considerados “modelos”. El primero, porque se desarrolló en un contexto totalmente distinto al del mundo contemporáneo; el segundo, porque al emigrar a las colonias inglesas en el Norte de América fue la *idea* de *higher law* y de *judicial review*, no tanto los mecanismos institucionales las que prevalecieron. Para ser tal, un modelo tiene que ser ejemplar en su conjunto, aunque se pueden distinguir entre modelos ideales y modelos empíricos.

Entre los primeros se encuentra, por ejemplo, el forjado por Carl Schmitt —el presidente del *Reich* es el guardián de la Constitución: *Der Hüter der Verfassung*— que no tuvo éxito, aun cuando en muchos países el presidente tenga un limitado poder de control de la constitucionalidad de las leyes, a través del veto legislativo o el reenvío de los proyectos de ley al Parlamento. Por el contrario, se realizaron en la experiencia histórica dos principales modelos de control de la constitucionalidad de las leyes: el primero político, el segundo jurisdiccional.

El *control político* se realizó en Francia debido a la filosofía de la Ilustración de la superioridad del Poder Legislativo, lo que no permitía a los jueces, *bouche de la loi*, controlar los actos de los representantes del pueblo. Por eso, el control —limitado y facultativo— podía desarrollarse solo en el ámbito del procedimiento legislativo (y así fue hasta la reforma de Sarkozy, 2008). Además, este modelo se encuentra en los ordenamientos del llamado socialismo real, a causa de la idea de la unidad del poder popular.

El modelo jurisdiccional encuentra dos variantes importantes históricas —la estadounidense y la austríaca—. La primera, teorizada por Hamilton en *El federalista*, pero más conocida por su concreción en un caso judicial, el famoso *Marbury vs. Madison* de 1803 (aunque precedido de algunas sentencias coloniales); la segunda, elaborada por Hans Kelsen, y traducida en la Constitución de Austria de 1920.

En la variante estadounidense se señala ante todo el carácter difuso del control de constitucionalidad practicado en este país, es decir, la circunstancia de que cada juez está habilitado para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución en el ejercicio de su actividad ordinaria de juzgar; el Tribunal Supremo no posee verdaderamente el monopolio de la *judicial review*, sino que lo ejerce como órgano en la cima del sistema judicial de los Estados Unidos.

La Constitución concede de manera taxativa a la *Supreme Court* la llamada jurisdicción originaria (que, por otra parte, con base en las leyes federales, también puede ser no exclusiva), o sea, esta juzga, en primer y único grado, una serie circunscrita de casos relativos a embajadores, cónsules y otros representantes diplomáticos, además de las controversias en las cuales un Estado sea parte. En otros casos, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los recursos que provienen de los tribunales de distrito y de los tribunales de circuito con

tres procedimientos alternativos: en vía de apelación, mediante el *writ of certiorari* o, finalmente, mediante *certification of questions*. Además, puede acudirse a la *Supreme Court* con *writ*, contra las sentencias de los más altos tribunales estatales que hayan objetado la constitucionalidad de leyes federales, o bien que hayan declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución federal, a las leyes federales o a los tratados.

Cada vez más, en los últimos años, el Tribunal Supremo se ha transformado en un verdadero y auténtico tribunal constitucional, o sea, en un órgano dotado de competencias especializadas. Esto se produjo como consecuencia de dos reformas procesales que, en 1988, eliminaron de hecho su jurisdicción de apelación —que tenía naturaleza obligatoria—, también con respecto a los tribunales federales, permitiéndoles elegir *ad libitum* el propio *docket*, es decir, las cuestiones de constitucionalidad a resolver.

Desde luego se permite una selección totalmente discrecional de los casos a examinar por el procedimiento que origina el *writ of certiorari*, con el que una de las partes del proceso principal pide al Tribunal Supremo que reexamine el caso: cada año se presentan millares de *writs*, pero el Tribunal decide solo sobre unos cuantos centenares.

Rara vez los tribunales federales inferiores, en caso de incertidumbre jurisprudencial, solicitan al Tribunal Supremo pronunciarse mediante la denominada *certification*, que implica la posibilidad de avocar la causa o un mero reenvío con instrucciones vinculantes (*binding instructions*). Semejante procedimiento se pone en marcha cuando el tribunal inferior tiene necesidad de alguna indicación, bien porque los precedentes del Tribunal Supremo se muestran inconciliables (como cuando su jurisprudencia está evolucionando), bien cuando el caso resulta hasta tal punto nuevo y singular que parece no poder hacerse referencia en modo alguno a los precedentes a fin de llegar a un pronunciamiento.

Desde los albores de su propia actividad, la *Supreme Court*, por el contrario, ha rehusado desarrollar una actividad de mero asesoramiento en materia constitucional, hasta que las denominadas *advisory opinions* fueron explícitamente rechazadas en 1911 con la sentencia *Muskrat vs. United States*, en la que se reforzó la propia naturaleza jurisdiccional (que, sin embargo, le permite pronunciar sentencias de mera verificación o *declaratory judgements*).

En relación con la variante austriaca, Kelsen, al igual que Hamilton y Marshall, partía del concepto de Constitución como norma “positiva” superior a todas las otras, pero en un contexto dogmático —el de la construcción por grados del ordenamiento (*Stufenbau*) y de los criterios conexos para comprobar la invalidez de las normas inferiores—, ignorado casi por completo en los Estados Unidos. ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? ¿De qué forma se desarrolla el control? ¿A quién compete activarlo? ¿Y en relación con qué actos? ¿Qué eficacia deben asumir, por último, las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes? —se preguntaba entonces el maestro de la Escuela de Viena—. Sus respuestas fueron las siguientes.

Kelsen responde que la comprobación de la conformidad de las leyes con la Constitución debe ser hecha por un órgano organizado en forma de tribunal, cuya independencia esté garantizada por la inamovilidad.

El control de constitucionalidad podría ser activado también mediante una acción popular, pero, según Kelsen, tal solución es desaconsejable, porque se presta fácilmente a abusos. Es, por el contrario, preferible atribuir a todas las autoridades públicas (o solo a algunas autoridades superiores —ministros, tribunales supremos— o bien a los jueces), llamadas a aplicar una ley que presumen que sea inconstitucional, el poder de suspender el procedimiento e interponer la cuestión al tribunal constitucional. Sin duda, en los Estados federales, del derecho a recurrir deben ser titulares los gobiernos de los Estados miembros contra los actos inconstitucionales de la Federación, y viceversa.

Kelsen no excluye además un derecho de recurso a favor de una minoría cualificada del Parlamento, como tampoco una intervención de oficio del tribunal constitucional mismo. Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados de fuerza de ley, es decir, inmediatamente subordinados a la Constitución (en la práctica, decretos-leyes y decretos legislativos), pero también los simples reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. En caso de que el tribunal constitucional constate un vicio de forma —es decir, relativo al procedimiento de creación del acto— o de fondo, por conflicto con el contenido de la Constitución, procederá a la anulación de la ley o de sus disposiciones concretas, con eficacia *pro futuro*, salvo un limitado efecto retroactivo.

Las propuestas de Kelsen acerca de la configuración, las funciones y la eficacia de las sentencias del tribunal constitucional constituyen el núcleo de un “modelo” abstracto elaborado a lo largo del tiempo por el maestro de Praga, e incluso fueron influenciadas por los análisis de varios ordenamientos a medida que eran dotados de una corte o tribunal constitucional.

Los dos modelos descritos obtuvieron un éxito sobresaliente en todo el mundo, aunque adaptados, hibridados, mezclados. Hay quien dice que estos ya no existen en su forma “pura”, tampoco en los dos países que primero los introdujeron: incluso en EE.UU., el control no es solo difuso y concreto, sino también concentrado y abstracto (por ejemplo en caso de conflicto entre estados, y entre estados y Federación); en Austria, a partir de la reforma de 1929, los tribunales superiores fueron autorizados a interponer recursos, mostrándose entonces perfiles de difusión y concreción.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

JURISDICCIÓN ELECTORAL

La materia electoral es amplia y ha tenido un importante avance en cuanto a la organización y realización de los comicios por un órgano integrado por ciudadanos y no por autoridades nombradas o subordinadas al Poder Ejecutivo; la absoluta autonomía e independencia, tanto en la designación de los miembros del órgano administrativo comicial, de los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como en su funcionamiento; la integración de un sistema legal de justicia electoral plasmado en la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, además de la consecuente creación de dos juicios que han adquirido gran relevancia: el de

protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el de revisión constitucional electoral, así como la existencia de un régimen de fiscalización de los recursos otorgados a los partidos políticos para el financiamiento de sus actividades, entre otros, son aspectos que permiten la viabilidad de consolidar el modelo democrático.

Relativo a la justicia electoral, con su implementación se creó un nuevo orden y contexto político y jurídico, pues a partir de entonces toda la conflictividad electoral tuvo como cauce la instauración de juicios y procedimientos. Una nueva realidad se vislumbraba en el panorama de la vida nacional, ya no sería la decisión unipersonal del Poder Ejecutivo. La incorporación del Tribunal Electoral implicó la oportunidad para darle cabal contenido a los derechos político-electorales y las figuras con ellos vinculados.

El Tribunal Electoral, a partir de su implementación, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propia de tribunales constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba esta manera de resolver los conflictos, pues en muchas ocasiones la realidad político-electoral rebasa los supuestos previstos en las leyes, circunstancia que obligó a quienes integraban las salas del Tribunal Electoral a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

El conjunto de normas orientadoras de la función jurisdiccional electoral se integra por principios, reglas o criterios de razón de distinta entidad jurídica, puesto que del examen minucioso del sistema jurídico electoral de nuestro país, se han identificado tres tipos o grados de principios que rigen u orientan la función pública de impartición de justicia electoral, a los cuales debe sujetarse el funcionario judicial electoral a fin de cumplir con el mandato constitucional que se le ha confiado y alcanzar, a su vez, los valores que se pretende proteger dentro del complejo acto electoral como actividad del Estado.

Los tres conjuntos de principios son los siguientes:

En un primer apartado, es posible identificar el conjunto de principios generales de naturaleza abstracta, relativo a las aspiraciones que se persiguen mediante el establecimiento de la función jurisdiccional especializada en materia electoral, ordinariamente integrados por ciertos valores que se pretenden alcanzar o proteger relativos al fenómeno judicial en general y el político electoral en lo particular.

En segundo lugar, encontramos los principios rectores que determinan las bases procesales y las reglas técnicas que, conforme a nuestro sistema jurídico, se han adoptado a fin de encausar procesalmente las controversias jurídico-electorales; asimismo, para hacer posible el alcance de los valores tutelados por los principios generales antes descritos.

El tercer conjunto lo integran los principios que regulan el acceso de la función judicial electoral, las garantías para el ejercicio independiente de la misma y el sistema de responsabilidad de los funcionarios judiciales especializados en la materia electoral, los cuales operan como parte de los

principios rectores de esta función estatal, en tanto que los mismos no tienen otro fin más que hacer efectivos y auténticos los dos conjuntos anteriormente mencionados.

Los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral se integran con una serie de valores, fines o aspiraciones de carácter abstracto, que constituyen la base estructural de un sistema jurídico y que, eventualmente, sirven de guía en la aplicación del derecho positivo.

A su vez, los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral pueden clasificarse en dos grupos: *a)* directos, que son aquellos que apuntan directamente a los fines o valores que se persiguen o tutelan mediante la existencia propiamente dicha de esta función especializada de los órganos de gobierno del Estado, esto es, los que guían la actuación del juez *per se*, y que la doctrina identifica como los principios dirigidos a los órganos aplicadores; y, *b)* los indirectos, que se refieren a los valores o fines generales que dan estructura y sentido al derecho positivo electoral.

Sobre los principios directos podemos referirnos a los principios de justicia y equidad (justicia, como producto de la aplicación invariable de una norma exacta al caso controvertido, y equidad como un criterio orientador en la búsqueda del valor supremo “justicia”), de igualdad (se traduce en que varias personas, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanen de dicho estado), tutela judicial (como el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisprudencial sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad, ejecuten esa resolución), de imparcialidad (se traduce en la cualidad con que deben actuar los jueces en el ejercicio de su función, consistente en su posición trascendente respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio; en otras palabras, de su neutralidad respecto de quien solicita una concreta tutela jurídica y respecto de aquel frente a quien esa tutela se solicita), de probidad (como cualidad que deben perseguir los juzgadores en el ejercicio de la función jurisdiccional y que se traduce en una rectitud, moderación, integridad, honradez y honestidad en el obrar), de legalidad (que consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que les otorguen las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se funden en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe), de certeza y seguridad jurídica (la certeza jurídica consiste en el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto con independencia de la intervención de los órganos coactivos del Estado para hacer respetar nuestros derechos, y la seguridad jurídica se manifiesta como un atributo esencial del Estado de derecho, en tanto se concibe como un valor moral y democrático que postula obedecer lo que dispone la norma positiva vigente como los principios generales del derecho), de supremacía constitucional (referente a la cualidad de la Constitución de fungir como norma jurídica

positiva superior, que da validez y unidad a un orden jurídico nacional), de objetividad jurídica (es poner en relieve todo aquello que, formal o materialmente, reconoce mayor grado de autonomía e independencia en relación con las estructuras mentales, actividades psicológicas y facultades valorativas de los sujetos del derecho; esto es, tratar de prescindir, en las reglas jurídicas y en su interpretación, de cuanto sea subjetivo, a la búsqueda de criterios realistas de validez general y de identificación demostrable), de profesionalismo y excelencia jurisdiccional (exigen que la función estatal de la impartición de justicia sea prestada con conocimiento, habilidad y ética de servicio; condiciones del ejercicio jurisdiccional que se obtienen con la creación de un cuerpo de funcionarios especializados en la materia y práctica jurídica), y de independencia jurisdiccional (implica, entre otras cosas, que el juzgador es emancipado, imparcial, no afiliado a bando ni partido alguno y que mantiene sus convicciones; en consecuencia, el principio de independencia implica que las decisiones de los órganos de gobierno que gozan de dicha cualidad, emitidas en el ejercicio de sus funciones, no están sometidas o influidas por distinta autoridad).

Los principios generales que de manera indirecta rigen el ejercicio de la función jurisdiccional electoral, son aquellos que integran los valores o fines generales que dan estructura y sentido al sistema jurídico electoral de nuestro país, puesto que son, precisamente, las controversias derivadas de los procesos electorales y del ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos, las que corresponde resolver, en última instancia, a las autoridades jurisdiccionales electorales. Ejemplos de estos son: la soberanía nacional (la cualidad del poder del Estado que consiste en el derecho de mandar en última instancia en forma inapelable —autodeterminación— o de hacerse obedecer en el territorio estatal, fijando las normas a las cuales circunscribe su actuación —autolimitación— y afirmando su independencia respecto de los demás Estados); el principio democrático (en la adopción de un régimen político en el que el pueblo tiene la doble faceta de gobernante y gobernado; donde se dan elecciones populares de los gobernantes; donde hay garantías individuales; se da el principio de división de poderes, existe un régimen de partidos, pluralismo ideológico y alternancia en el poder); la división de poderes (consiste en que cada una de las tres funciones del Estado —ejecutiva, legislativa y judicial—, se ejerzan separadamente por órganos de gobierno diferentes, de tal forma que su ejercicio no se concentre en un ente político, en contraposición a los regímenes monárquicos absolutistas o autocráticos o dictatoriales).

En el ámbito electoral relativo a las entidades federativas, el art. 116 constitucional prevé que las Constituciones y leyes de los estados garantizarán que en el ejercicio de la función electoral a cargo de las autoridades electorales sean principios rectores los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza, independencia, así como que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, para lo cual se debe establecer un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invaria-

blemente al principio de legalidad. Por lo que las resoluciones que emitan los tribunales electorales locales constituirán el medio natural, desde el punto de vista constitucional, para la solución de las controversias que surjan dentro de su ámbito.

La reforma constitucional de 2007 confirmó que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, con excepción de lo previsto en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal relativo a la intervención de la Suprema Corte en el control de constitucionalidad de normas de carácter electoral a través de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, con el propósito de fortalecer al Tribunal Electoral, la reforma le otorgó expresamente la facultad para decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, dando así solución a los casos en los cuales un ciudadano, que carece de legitimidad procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, pueda impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le ha sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema; precisa la reforma constitucional que las salas del Tribunal podrán resolver la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución, convirtiéndose así al Tribunal con el carácter de constitucional, precisando que las resoluciones que se dicten en ejercicio de esta facultad, solo se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio, generando efectos en el caso específico y concreto, a diferencia de la inconstitucionalidad decretada por la Suprema Corte, cuyos efectos son de carácter general y abstracto. Sin embargo, no hay que soslayar cómo justificar que una ley declarada inconstitucional puede seguir vigente para el resto de la población sin afectar el principio de igualdad ante la ley.

No obstante lo anterior, en virtud de que las salas regionales actualmente ya funcionan de forma permanente, y por lo tanto su competencia se ha ampliado para conocer de asuntos en los cuales con anterioridad conocía la Sala Superior, esta última también ha ampliado su competencia, mediante el recurso de reconsideración de las sentencias de fondo dictadas por las salas regionales en las que hayan determinado la no aplicación de una norma electoral por considerarla contraria a la Constitución.

Derivado de la reforma antes mencionada, la Sala Superior dejó de conocer del control de la legalidad y constitucionalidad de las elecciones para diputados locales y para la integración de los ayuntamientos, así como de los procesos de selección de candidatos que dentro de los partidos políticos se lleven a cabo respecto de tales elecciones, únicamente constriñéndose vía recurso de reconsideración de litigios relacionados con las elecciones mencionadas solo en los casos en que la sala regional competente declare con efectos *inter partes*, la inconstitucionalidad de una norma y consecuentemente la inaplique. Sin menoscabo de la variación de la competencia jurisdiccional de las salas del Tribunal Electoral, las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que regulan la jurisprudencia de dicho tribunal no fueron alteradas con la reciente reforma, por lo que se mantiene la prescripción de que para el establecimiento de jurisprudencia por reiteración de las salas regionales, se requiere la emisión de cinco sentencias no interrumpidas por otra

en contrario, que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, adicionada a la ratificación de la Sala Superior previa determinación de “si procede fijar jurisprudencia”; a diferencia de la jurisprudencia por reiteración formada por la Sala Superior que solo requiere de tres sentencias no interrumpidas.

A fin de evitar contradicciones o conflictos entre las salas regionales y la Sala Superior, la reforma en comento estableció las bases para la facultad de atracción de la Sala Superior de los juicios que conozcan las salas regionales, bajo los siguientes supuestos: *a) de oficio* cuando se trate de medios de impugnación que a consideración de la Sala Superior, por su importancia y trascendencia, así lo ameriten; *b) previa solicitud*, razonada por escrito, de alguna de las partes en el procedimiento del medio de impugnación, fundamentando la importancia y trascendencia del caso; *c) cuando la sala regional que conozca del medio de impugnación lo solicite*, precisando las causas que ameritan esa solicitud. Las determinaciones que emita la Sala Superior respecto al ejercicio de dicha facultad son intachables. La exigencia de que sea justificada la utilización de esta facultad requiere de la explicación de las razones que motivan la voluntad del juzgador en un determinado sentido, así como la justificación, exigiendo que la decisión sea sostenida con argumentos que la tornen aceptable. Esta nueva facultad de atracción es similar a aquella con la que cuenta la Suprema Corte, respecto de los amparos directos y recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito.

Los tribunales electorales son tribunales constitucionales y desde 1977 la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen los principios electorales, por lo que los principios que rigen las elecciones no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen su sustento en la Constitución. No se puede concebir a la Constitución como un instrumento programático político como si fuera un plan de gobierno o un catálogo de buenos deseos; es una norma jurídica, la ley fundamental.

Manuel González Oropeza

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La función jurisdiccional es un dato característico del Estado moderno. Este tiene a su cargo, entre otras tareas que se hallan en su origen natural, en su desenvolvimiento y en sus fines, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la solución de controversias, sea entre particulares, sea entre estos y los órganos del propio Estado. En consecuencia, incumbe a este, como manifestación de soberanía, conocer y resolver litigios en el ámbito de sus atribuciones territoriales, materiales y personales, con exclusión de otros Estados. Así se ha entendido tradicionalmente, hasta la aparición y el desenvolvimiento del nuevo derecho internacional público y de los órganos que este genera, con facultades que trascienden las fronteras nacionales.

La existencia de órganos jurisdiccionales internacionales, supranacionales o transnacionales —caracterizaciones que no examinaré en esta “voz”— es relativamente reciente. En otro tiempo —que no ha cesado— los conflictos entre Estados quedaban sujetos a soluciones pacíficas, mediante el ejercicio de

la diplomacia, o a presiones políticas y medidas de fuerza, bélicas inclusive. En muchos casos, sobre todo a propósito de diferencias por cuestiones fronterizas o territoriales, los Estados litigantes sometían sus querellas al conocimiento de árbitros, designados por acuerdo entre las partes, cuyos laudos revestían eficacia vinculante con respecto a aquellos en los términos del convenio arbitral correspondiente. Esto ocurrió, por ejemplo, en litigios territoriales suscitados entre México y otros países, cuya culminación no favoreció al Estado mexicano, al menos en un primer momento; así, los conflictos entre Francia y México por la Isla Clipperton, en el Océano Pacífico, sujeto al arbitraje del rey de Italia, y entre Estados Unidos y México, por el territorio de El Chamizal, sometido a una comisión arbitral binacional.

Actualmente han variado intensamente las relaciones internacionales y se han multiplicado los órganos llamados a atender conflictos derivados de aquellas. Se ha dicho, inclusive, que se halla en curso una redistribución del poder mundial (como ha operado un fenómeno semejante en el interior de los Estados, entre los órganos que tienen a su cargo el ejercicio de la soberanía y los entes jurisdiccionales, anteriormente escasos o desprovistos de verdadera influencia), que comparten ese poder con los Estados y con otros órganos generados en el marco de las relaciones bilaterales, regionales o universales (M. Delmas-Marty). Vivimos, pues, una “era de tribunales”, manifiesta en la recomposición de las relaciones entre los poderes clásicos.

En la comunidad de las naciones apareció en primer término, cronológicamente, la Corte Centroamericana de Justicia, por mediación de México y los Estados Unidos, desplegada en la Conferencia de Washington, en diciembre de 1907, para solucionar conflictos entre los países del área. Poseía jurisdicción obligatoria y admitía el acceso de particulares. Su primera sede estuvo en la ciudad de Cartago; posteriormente, en San José. Ha tenido un desempeño discontinuo, pero apreciable. Subsiste y actúa en el ámbito de sus facultades regionales, regida por el Protocolo de Tegucigalpa, la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y el Estatuto de la propia Corte. La nueva Corte inició funciones en 1994. Su ámbito jurisdiccional abarca El Salvador, Honduras y Nicaragua.

El órgano jurisdiccional de mayor relevancia en el plano mundial, que abrió el camino por el que han transitado las jurisdicciones internacionales, fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada al término de la Primera Guerra, competente para dirimir conflictos entre los Estados. Este alto tribunal, que produjo una jurisprudencia notable, aún relevante e invocada, cesó en la Segunda Guerra y cedió el espacio al nuevo órgano jurisdiccional mundial, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), instituida en el marco de la Organización de las Naciones Unidas bajo la Carta de esta y dotada de un Estatuto que fija su integración y atribuciones.

El art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas manifiesta que la CIJ es “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas”. Las disposiciones que rigen su desempeño se hallan en el capítulo XIV de la Carta, en el Estatuto anexo, firmado, como esta misma, el 29 de junio de 1945, y en el Reglamento expedido por la propia Corte. Está constituida por quince jueces, electos para un periodo de nueve años. Estos componen un “cuerpo de magistrados inde-

pendientes”, que por lo tanto no ostentan la representación de los Estados de su nacionalidad, sino actúan al servicio de la justicia internacional, en forma objetiva e imparcial y conforme al derecho internacional.

Este órgano posee competencia contenciosa y consultiva. Según el art. 59 del Estatuto, las sentencias de la Corte, dictadas en asuntos contenciosos, tienen efecto de cosa juzgada con eficacia relativa: obligatoria para los Estados litigantes y en relación con el caso concreto sujeto al conocimiento del tribunal. La función consultiva se ejerce a solicitud de los órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados autorizados para solicitar el ejercicio de esa competencia respecto de cuestiones jurídicas.

No es posible analizar en detalle, en una nota de estas características, la organización y competencia de todos los órganos jurisdiccionales dotados con atribuciones específicas (competencia material) en diversos espacios de las relaciones internacionales o de los conflictos entre Estados y particulares. Por ello me referiré someramente a algunos tribunales permanentes o con temporalidad amplia, que poseen gran relevancia y revisten especial interés para los estudiosos de la jurisdicción internacional.

La Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, está organizada dentro del Consejo de Europa y cuenta con 47 jueces: uno por cada Estado participante en el Consejo. Fue instituida a partir de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. Se planteó con el propósito de constituir —junto con la extinta Comisión Europea de Derecho Humanos— un instrumento para brindar garantía colectiva a los derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito europeo. Actualmente —a partir del Protocolo 11, adoptado en 1994 y vigente en 1998— cualquier persona puede recurrir, en vía contenciosa, ante ese tribunal. Posee competencia subsidiaria para la atención de litigios que surgen a propósito de la observancia de los derechos humanos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. El Convenio otorga a la Corte, asimismo, facultades consultivas.

En el ámbito americano funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por 7 jueces, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en 23 Estados de América, de los que 20 han reconocido la competencia contenciosa de ese tribunal. La Corte Interamericana tiene atribuciones consultivas, que ejerce a través de un importante número de opiniones de esta naturaleza; contenciosa, que despliega en procesos instados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez agotadas las vías de solución internas; preventivas, a través de medidas provisionales, y ejecutivas, mediante facultades de supervisión de cumplimiento. La jurisprudencia de la Corte —particularmente en materia contenciosa— es vinculante para los Estados parte en la Convención Americana, en tanto aquella constituye el órgano de interpretación oficial de ese instrumento —y, en diversa medida, de sus protocolos y de las convenciones especializadas en determinadas cuestiones concernientes a derechos humanos, vigentes en el área—, que a su vez ha sido “recibido” por los ordenamientos internos de un buen número de Estados americanos. Este tribunal, cuya sede

es San José, Costa Rica, celebra audiencias públicas en diversas ciudades del área, práctica establecida a partir de 2004-2005.

En la misma línea de tutela judicial de los derechos humanos, figura la Corte Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, con 11 jueces, atribuciones consultivas y contenciosas. Fue establecida mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada por los Estados integrantes de la Organización de la Unidad Africana, convertida posteriormente en Unión Africana. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004.

El antiguo propósito de sancionar por la vía penal las más graves violaciones de derechos humanos, consideradas en su condición de delitos o crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto, ha determinado el establecimiento del orden internacional penal, del que son instrumentos —además de los antecedentes registrados con posterioridad a la Primera y a la Segunda Guerras mundiales— los tribunales penales dispuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y especialmente la Corte Penal Internacional, con sustento en el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, vigente en 2002. La Corte Penal Internacional está integrada por 18 magistrados, cuenta con diversas salas, una Fiscalía y varias dependencias. Conoce de casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, delitos contra la administración de justicia y agresión.

En materia penal, con alcance nacional pero generación o integración mixta, también es pertinente mencionar a un importante conjunto de órganos jurisdiccionales internacionalizados o “híbridos”, a saber: Tribunal Especial para Sierra Leona, Cámaras Extraordinarias de Camboya, Paneles Especiales para Timor Oriental, Paneles Especiales para Kosovo, Cámara de Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina y Tribunal Especial para Líbano.

El surgimiento de las comunidades europeas, como proyecto de concertación económica al término de la Segunda Guerra, ha generado un derecho comunitario, supranacional y con control judicial. En este ámbito funciona el Tribunal de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Este órgano comparte la función jurisdiccional comunitaria con los tribunales nacionales de los Estados miembros, que en este sentido también son jueces de derecho comunitario, facultados y obligados a aplicar aquella normativa. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejerce un control del derecho por parte de los Estados incorporados en este régimen, a través de recursos que permiten conocer de problemas de incumplimiento —positivo o negativo— de las obligaciones de los Estados.

En el mismo marco del derecho comunitario se halla el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, instituido en el tratado de creación de esta Comunidad, en Cartagena de Indias, en 1979, y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú, en 1996. La Comunidad abarca Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El Tribunal está compuesto por 5 magistrados y es competente para conocer de acciones de nulidad, incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral, además de poseer competencia arbitral para resolver litigios a propósito de la aplicación o inter-

pretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración Económica o entre estos y terceros.

En el propio espacio del orden jurídico comunitario es pertinente mencionar al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), constituido por el Protocolo de Olivos, de 2002, integrado con 5 árbitros y que considera conflictos entre Estados a partir de la aplicación, la interpretación o el incumplimiento de las normas del instrumento constitutivo.

Agreguemos ahora la Corte Caribeña de Justicia, en el seno de la Comunidad Caricom, con motivo del interés de los Estados caribeños por contar con un órgano jurisdiccional propio, regional, en sustitución del Comité Judicial del *Privy Council*, órgano superior dentro del orden judicial de la Gran Bretaña. La Corte quedó establecida por acuerdo de 14 de febrero de 2001, con funciones de tribunal de única instancia y de apelación, esto último en materias civil, penal y constitucional.

Mencionaré, finalmente, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, instalado en Hamburgo, el 1o. de octubre de 1996, con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1994. Su competencia se extiende a todas las controversias relativas a esta rama del derecho internacional.

Un tema central en la revisión de la jurisdicción internacional es el concerniente al valor de las decisiones —resoluciones, criterios, jurisprudencia— de los órganos abarcados bajo aquel concepto. Evidentemente, las resoluciones emitidas en procedimientos contenciosos, a los que los Estados contendientes —entre sí o con particulares— se han sometido en forma general o especial, poseen fuerza *inter partes*, como la tiene, característicamente, una sentencia dictada por un tribunal competente. Esto no implica, sin embargo, que la jurisprudencia de un tribunal internacional o supranacional carezca de eficacia *erga omnes*, cuando interpreta oficialmente —con facultades convencionales para hacerlo— las disposiciones de un instrumento internacional que se ha integrado en la normativa interna a título de ordenamiento nacional de fuente internacional. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aplica la Convención Americana de su materia. Esto ha sido examinado y reconocido por dicho tribunal, pero también por altas cortes nacionales, entre ellas la Suprema Corte de Justicia de México.

En este punto también corresponde acudir a los conceptos y disposiciones vigentes acerca de las fuentes del derecho internacional, cuya aplicación incide en los planos nacionales. Al respecto, se suele invocar el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que fija el fundamento para las decisiones que adopte este órgano: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho y decisiones judiciales (inciso d) y doctrina. Los tribunales internacionales recurren con gran frecuencia a los criterios y determinaciones adoptadas por otros tribunales del mismo alcance, e incluso por tribunales internos. De aquí proviene una interacción fecunda, frecuentemente calificada como *cross fertilization*, que concurre a la

forja del un *ius commune* cada vez más necesario y útil a los fines de la justicia y la seguridad jurídica, servidas a través de la jurisdicción internacional.

Sergio García Ramírez

JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

Es la potestad dimanante de una porción de soberanía que un Estado nacional cede en favor de un órgano judicial erigido más allá de las fronteras estatales, que presenta las siguientes características: *a)* se genera a través de un acto de derecho internacional (resolución o tratado); *b)* se ejerce por conducto de tribunales o cortes, integradas por jueces o magistrados independientes; *c)* su función es la realización del derecho (principalmente convencional) en el caso concreto, juzgando de modo complementario e irrevocable.

Dicha jurisdicción es uno de los productos de la era de la globalización, la cual no restringe sus objetivos hacia el mero alcance de una paz a gran escala regional, sino a su establecimiento a nivel mundial; pretende hacer posible la continuidad entre ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo. No aspira a sustituir a la jurisdicción doméstica; su anhelo es imponer ciertos límites a la justicia nacional.

Las bases teóricas de un *ius gentium pacis* fueron construidas desde antaño (por ejemplo, la obra de Mirkin-Guetzévitch, *Derecho constitucional internacional*, París, 1933), bajo la premisa de que temas como la seguridad interna, la previsión de la existencia, el bienestar económico o la protección del medio ambiente, son tareas que exceden los límites de los Estados, quienes son —dado el concepto de “complementariedad” de una República mundial— los responsables primarios de otorgar a los individuos la garantía inmediata del derecho, empero, cuando ese afianzamiento no se brinda o resulta insuficiente, surgirá el sistema supranacional, a fin corregir ese déficit. Entonces, es posible que en el tráfico jurídico cotidiano acontezcan fricciones entre los diversos operadores del sistema (tanto individuos como órganos de derecho público), y por ende, es menester la implementación de medios civilizados de solución de los conflictos.

En ese orden de ideas, el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas incluye entre los medios pacíficos de solución de controversias, el denominado *arreglo judicial*, el cual implica un medio de solución de naturaleza jurídica, caracterizado por la intervención de órganos compuestos por jueces plenamente independientes de las partes en la controversia, que ejercen sus competencias, normalmente de forma permanente, a través de un procedimiento judicial de carácter contradictorio y que resuelve la diferencia que les es sometida mediante sentencias que tienen siempre carácter obligatorio para las partes en litigio. Dicho medio de solución de controversias se asemeja en buena medida al mecanismo básico de solución de diferendos empleado en los ordenamientos jurídicos estatales, que no es otro que el acceso a la justicia a través de un recurso judicial efectivo. Sin embargo, dicha componenda judicial presenta claras diferencias con los sistemas judiciales estatales, tanto por lo que se refiere a la estructura de la propia jurisdicción supranacional, a la forma de atribución competencial, a la legitimación de los interesados en el proceso, a

la naturaleza de las sentencias dictadas por los órganos judiciales y al peso y lugar que corresponde al arreglo judicial en el sistema global de aplicación del derecho internacional.

Los tribunales supranacionales son autónomos entre sí, carecen de ubicación única y jerarquizada y su competencia no es automática, sino que requieren de declaraciones expresas de voluntad de los Estados para ser reconocidas sus funciones. Sus sentencias generalmente son meramente declarativas y carecen de efecto ejecutivo. Los temas de legitimación y de admisibilidad de las causas, tampoco son uniformes entre cada uno de ellos. El *leitmotiv* del proceso formador de esa jurisdicción obedece a la aparición de una idea orientada a la paz y a la solidaridad internacional, entequeia que carecerá de concreción a menos que se realicen esfuerzos especiales y quizás, el más difícil, es la renuncia a parcelas sustantivas de soberanía.

En 1840 se generó un proyecto de los ingleses y los norteamericanos, consistente en establecer *A Congress of Nations*. En 1870 se planteó el proyecto de la Unión Interparlamentaria, y en 1873 la Cámara de los Comunes aceptó la celebración de tratados de arbitraje comercial. Luego surgieron otros debates, gestándose la tendencia hacia una cooperación parlamentaria en favor de la paz y del arbitraje internacional.

El surgimiento de tribunales supranacionales permanentes, como medio de solución de controversias, es un fenómeno característico del siglo XX, que se extendió progresivamente en esa centuria, siempre a la par de las organizaciones internacionales en la sociedad internacional. La primera manifestación real y efectiva de ese proceso se produjo en el marco regional americano. El 20 de diciembre de 1907, las repúblicas de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica firmaron un Tratado de Paz y Amistad en Washington. En las convenciones de este tratado se creó la Corte de Justicia Centroamericana (también conocida como la Corte de Cartago), para el arbitraje obligatorio en los conflictos político-sociales de esos países. Por un periodo de diez años Costa Rica sería la sede de esta institución, con asiento en Cartago y luego en San José. Esta Corte se extinguió jurídicamente en marzo de 1918.

Tras la Primera Guerra Mundial acontecieron otros impulsos (unos más efectivos que otros) para la instauración de jurisdicciones de alcance general. El primer intento para fincar una responsabilidad individual en el ámbito internacional aparece en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 (que puso fin a esa guerra), en donde se dispuso, para el enjuiciamiento del *Káiser*, que debía establecerse un tribunal penal internacional. No obstante, tal modelo sancionador no pasó a ser más que una anécdota, pues no llegó jamás a implementarse (al exemperador alemán se le concedió asilo en los Países Bajos, nunca se le juzgó). El segundo envión se sitúa en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, donde se previó la existencia de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que vio la luz en 1920, una vez que la Asamblea General aprobó el proyecto de Estatuto, elaborado por un Comité de Expertos. Dicho Tribunal tuvo su sede en La Haya, que desde entonces se convirtió en la capital judicial del mundo. Su actividad se vio truncada por la Segunda Guerra Mundial y dejó de existir formalmente el 18 de abril de

1946. Empero, inspiró lo que ahora es la Corte Internacional de Justicia, cuyo fundamento se encuentra en los arts. 7 y 92 de la Carta de las Naciones Unidas. Otro antecedente importante es el proceso instruido por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945), que hizo factible no solo la protección directa y efectiva de los derechos humanos, sino y sobre todo, la posibilidad de sancionar a individuos por la comisión de crímenes contra la humanidad, acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, los principales tribunales que ejercen la jurisdicción supranacional son el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); los tribunales penales internacionales (la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* para ex-Yugoslavia y Ruanda); el sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal General, tribunales especializados), y la Corte Internacional de Justicia.

Jorge Rivero Evia

JURISFIRMA

El jurisfirma fue un proceso foral para preservar de infracción de fueros y evitar contrafueros, liberando de toda violencia al oprimido al moderar, conforme a derecho, los injustos arrebatos, lo mismo de los reyes y sus jueces, que de quienes habitaban el reino.

Por medio del proceso foral aragonés de jurisfirma, *firma juris*, firma de derecho, o proceso de firma de derecho, se mantenía a alguno en la posesión de los bienes o derechos que se suponían pertenecerle, y precisamente a través de él podía el justicia mayor avocarse al conocimiento de cualquiera causa incoada ante otro tribunal, garantizando de los efectos de la condena impuesta por este, los bienes de los que recurrían a su asistencia. En consecuencia, se decretaba por el justicia mayor, y después, cuando desapareció este juez del Medievo, lo decretaría la Audiencia de Aragón, la más absoluta prohibición a quien lo obtenía, de molestarlo en sus derechos, en su persona o en sus bienes, según fuese el objeto del pedimento. En tal sentido, por el carácter de juez supremo que se le otorgó al funcionario competente del proceso foral de jurisfirma, y los derechos que encaminaba a salvaguardar el mismo proceso, puede considerarse un precedente de los procesos constitucionales contemporáneos.

Con este procedimiento jurídico no solo se garantizaba a la persona en sí, sino también se garantizaba a la propiedad, en relación con la misma, no pudiendo aquella ser presa, ni tampoco despojada de sus bienes, sino hasta que se hubiese dictaminado la sentencia, en el juicio correspondiente, a cuyo fin el que pedía el amparo por medio de este proceso foral, daba fianza como garantía de su derecho, y a su vez confería firma el justicia mayor, de donde se originaron las llamas firmas —*ne pendiente apellatione*—. El firmar el derecho o apellidar (de estas formas se denominaba el acto por el cual se promovía el proceso) se realizaba no solo contra actos de jueces, constituyéndose en el control de legalidad de los actos de tribunales inferiores, sino también en contra

de oficiales e incluso de particulares. Más aún, las firmas tuvieron un carácter revisorio, a manera de la casación, en donde el justicia mayor amparaba las libertades del reino, en contra de las arbitrariedades que hubiesen cometido o que pudieran cometer el monarca y las demás autoridades.

El jurisfirma fue estatuido en el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero, por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa. Existían diversos tipos de firmas de derecho: *a*) las comunes o volanderas (denominadas así por la extensión y generalidad de su aplicación), que podían ser simples o motivadas; *b*) las causales, divididas en posesorias o titulares; *c*) las de agravios hechos y temidos; y *d*) las de apelación.

La decadencia y desuso de los procesos de firma se aprecia en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, sobre administración de justicia; y posteriormente en los Decretos de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto de 29 de julio de 1707, expedido por el primer rey borbónico, Felipe V.

Juan Rivera Hernández

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de sentencias que emiten los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de la Constitución, en particular, a los fundamentos jurídicos o *ratio decidendi* de las resoluciones. Se relaciona con el concepto procesal de jurisprudencia, entendida como el conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que se contiene en ellas, acepción que tiene su origen en el principio de *stare decisis* del derecho angloamericano. En este sentido, la jurisprudencia constitucional es también fuente formal de derecho en tanto produce normas jurídicas generales aplicables a casos futuros indeterminados.

En el sistema jurídico mexicano, la jurisprudencia constitucional —como doctrina del intérprete supremo de la Constitución— se forma a través de las decisiones pronunciadas en los distintos medios de control constitucional. Al respecto, el párrafo décimo del art. 94 constitucional reserva a la ley la fijación de los términos en que será obligatoria la jurisprudencia que produzcan los órganos del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

En las acciones de inconstitucionalidad y controversias constituyen jurisprudencia obligatoria las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos (art. 43 de la L. R.). Es decir, tratándose de estos medios de control constitucional, la ley contempla un sistema de precedentes en el que son las reglas explícitas o implícitas contenidas en la argumentación y que justifican la resolución del caso (*ratio decidendi*) las que resultan obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales federales y del orden común, cuando se cumpla con la votación exigida. Este sistema de precedentes difiere del tradicional sistema de “jurisprudencia obligatoria”, surgido en el contexto del juicio de amparo, en donde

no son las razones del fallo, sino el criterio identificado en una tesis publicada, el que reviste obligatoriedad.

En materia de amparo, la jurisprudencia puede establecerse: (i) por reiteración de criterios del Pleno o de las salas de la Suprema Corte Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados de circuito; (ii) por contradicción de criterios, la cual se establece por los mismos órganos y, además, los plenos de circuito, o, (iii) por sustitución, a petición de los magistrados o ministros integrantes de un tribunal colegiado de circuito, un pleno de circuito o una sala de la Corte. La jurisprudencia se puede interrumpir y dejar de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie una sentencia en sentido contrario.

La jurisprudencia por reiteración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. Las salas y los tribunales colegiados establecen jurisprudencia en los mismos términos, pero la votación requerida es de cuatro votos para las primeras, y unánime para los segundos.

La jurisprudencia por contradicción de tesis se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre los órganos del Poder Judicial de la Federación. Así, el Pleno de la Suprema Corte resuelve las contradicciones suscitadas entre sus salas; el Pleno o las salas del alto tribunal resuelven, según la materia, cuando se susciten entre los plenos de circuito de distintos circuitos, o en materia especializada de un mismo circuito o entre sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente circuito; los plenos de circuito, cuando se susciten entre los tribunales colegiados del circuito correspondiente. El órgano que resuelva puede acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso o declarar la contradicción inexistente o sin materia.

En materia electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado para emitir jurisprudencia, la cual se establece por la Sala Superior mediante la reiteración de un mismo criterio en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario o a través de la resolución de una contradicción de criterios entre dos o más salas, o entre estas y la Superior, o, por las salas regionales, mediante reiteración en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario. Esta jurisprudencia es obligatoria para las salas y el Instituto Federal Electoral, así como para las autoridades electorales locales en asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o en aquellos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades. A su vez, las contradicciones que puedan suscitarse entre las salas del Tribunal Electoral y las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben ser resueltas por este último.

Adicionalmente a la jurisprudencia constitucional que generan los órganos del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2010, determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene fuerza vinculante para los jueces nacionales, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio. Las razones para ello se fun-

dan en que dicha jurisprudencia dota de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual constituye parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano. El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos, en primer lugar, que cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico se determine con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; que en todos los casos en que sea posible, se armonice la jurisprudencia interamericana con la nacional, y que, de no ser posible, se aplique el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas, todo lo cual encuentra fundamento en las herramientas interpretativas que el art. 1o. constitucional impone a todos los operadores jurídicos.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. El derecho constitucional, a la par de los otros sectores de la ciencia jurídica, tiene una importante base jurisprudencial. Tal característica ha sido consolidada en los Estados Unidos de América, donde se sostiene que la jurisprudencia de la Corte Suprema produzca efectos normativos, en concordancia a una regla que incluye las decisiones judiciales entre las fuentes del derecho. Pero también en otros sistemas donde vienen sistemas de justicia constitucional, algunos tipos de sentencia (en particular aquellas de inconstitucionalidad), vienen insertas en el catálogo de las fuentes del derecho. En algunos casos (España) el valor normativo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales está disciplinado por las Constituciones, en otros es la consecuencia de los particulares tipos de sentencia adoptadas por los tribunales y por su autoritarismo.

Los tribunales han individualizado diversas modalidades de solución de controversias, no tanto sobre la base de una teoría abstracta, cuando tomados por la necesidad de ponderar los efectos de las propias decisiones y de calibrarlas sobre la base del impacto que puedan provocar sea sobre el sistema jurídico, sea en las relaciones con otros poderes del Estado, *in primis* con el Parlamento y con el Poder Judicial. Para tal fin, los tribunales constitucionales, a través de sus decisiones, tienden a instaurar un “diálogo”, formas de colaboración con los otros poderes en el intento común de depurar los sistemas jurídicos de normas contrarias a la Constitución.

2. Los principales tipos de sentencias inspiradas a reglas entre Corte y legislador son constituidas por las sentencias c. d. “advertencias” y por aquellas finalizadas a reenviar en el tiempo los efectos de sus propios pronunciamientos.

Los jueces constitucionales recurren a las sentencias “advertencia” cuando están por afrontar cuestiones dotadas de un elevado grado de *politicidad* y prefieren limitarse a pronunciar su decisión en el sentido de la inconstitucio-

nalidad de la norma impugnada, sin llegar a declararla expresamente. En este caso, el juez constitucional introduce una escisión lógica entre la parte dispositiva y la motivación: la primera desestima la cuestión de constitucionalidad; la segunda, al contrario, deja entrever claramente que las dudas de constitucionalidad son fundadas. El juez en tal modo insta al legislador a intervenir.

En otros casos, el juez constitucional modula los efectos temporales de las decisiones de aceptación: de este modo, asegura al gobierno y al parlamento el tiempo necesario para colmar las lagunas provocadas por la decisión de aceptación. En general, tal resultado es obtenido adoptando: *a*) sentencias que constatan la incompatibilidad de una disposición respecto de las normas constitucionales, sin —aún— declarar su nulidad (sentencias de simple incompatibilidad, como en la República Federal de Alemania); *b*) sentencias que difieren efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición (como en el caso del Tribunal Constitucional austriaco).

Con otro tipos de sentencias los tribunales constitucionales no buscan un diálogo con el legislador, pero se sustituye a él: es el caso de las c. d. sentencias “adhesivas” con las cuales una disposición es declarada inconstitucional en cuanto contiene una “laguna” y necesita de una integración normativa que da directamente el juez constitucional. En tal modo, el Tribunal introduce en el sistema normas nuevas, especialmente cuando el parámetro de la resolución de constitucionalidad es constituido por el principio de igualdad y de no discriminación.

Para limitar la interferencia con las prerrogativas parlamentarias que tales pronunciamientos determinan, en ocasiones, los tribunales constitucionales adoptan sentencias llamadas “adhesivas de principio”. Con estas decisiones la Corte no introduce directamente en el sistema nuevas normas jurídicas, pero define los principios a los cuales el legislador mismo se deberá inspirar.

3. En los sistemas donde funciona la *judicial review*, la relación entre el control de constitucionalidad y la aplicación de las leyes se desarrolla en modo del todo lineal, desde el momento que la interpretación constitucional que los jueces deben utilizar al momento de aplicar una determinada disposición.

En este caso, la posibilidad de un contraste interpretativo entre la Corte Suprema y los jueces es anulado por las características del sistema: sea porque la jurisprudencia de la Corte constituye un precedente vinculante, sea en cuanto en caso de dudas interpretativas o ante una nueva causa, los jueces deben utilizar el instrumento de la *certification of questions*, mediante la cual la Corte Suprema revoca la cuestión o la reenvía al juez competente adjuntando instrucciones vinculantes.

Los contratos entre jurisdicciones constitucionales y gobierno parecen, por el contrario, difícilmente eludibles en los ordenamientos donde operan sistemas abstractos y centralizados de justicia constitucional: en este caso, el control de constitucionalidad está separado de aquel de legalidad y viene reservado exclusivamente a un órgano, generalmente externo al judicial. Como consecuencia, la autonomía interpretativa del juez se debe confrontar y contraponer con el monopolio interpretativo de los tribunales constitucionales por lo que concierne a la conformidad de las normas con la Constitución.

Para regular de mejor manera las relaciones con la magistratura común, los tribunales constitucionales han desarrollado dos tipos de pronunciamientos que han permitido limitar las posibilidades de conflictos y las interferencias: se trata de las decisiones correctivas y las sentencias interpretativas, sea de rechazo o aceptación.

Con los pronunciamientos c. d. “correctivos”, el juez constitucional no aborda el fondo de la cuestión; se limita a detectar que una determinada interpretación dada por el juez no es la correcta, en cuanto no ha tomado en cuenta el criterio del tribunal, del derecho viviente o del significado evidente de la disposición.

Este resultado es técnicamente posible partiendo de la distinción teórica entre disposición y norma. La primera representa la expresión lingüística mediante la cual se manifiesta la voluntad del órgano que emite un determinado acto jurídico; la norma, al contrario, constituye el resultado de un proceso interpretativo realizado sobre la disposición y que puede conducir, mediante el uso de la hermenéutica jurídica, a recabar más de una norma de una sola disposición o una sola norma de más disposiciones. Hecha la distinción, resulta relevante por cuanto permite separar la norma del significado lingüístico originario de la disposición y la *voluntas legis* adquiere autonomía en la confrontación con la *voluntas legislatoris*.

Con las “sentencias interpretativas de rechazo” la Corte aborda la situación de fondo, declarándola infundada, por cuanto es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente de aquel tomado por el juez o por el recurrente, conforme a la Constitución: la Corte, entre los posibles significados de una disposición, opta por aquel que considera compatible con la Constitución, dejando a un lado aquellos que podrían ser contrarios a la Constitución. En este caso, sin embargo, la interpretación ofrecida por la Corte no tiene efectos *erga omnes*: no es vinculante y puede imponerse solamente gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o por la autoridad del juez de las leyes.

En cambio, con las “sentencias interpretativas de aceptación”, el juez constitucional elige, entre los posibles significados de una disposición, aquel incompatible con la Constitución y lo declara inconstitucional, mientras permanece abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados. Con tal tipo de sentencia, el tribunal constitucional no elimina del sistema jurídico la disposición (como en las sentencias de aceptación), sino una de las normas que de tal disposición pueden obtenerse. La disposición, en otros términos, continúa siendo aplicada y, entonces, eficaz, con la excepción de la norma considerada inconstitucional.

Giancarlo Rolla
(traducción de Emanuel López Sáenz)

JURISPRUDENCIA ELECTORAL

Cuando el sentido de la ley es dudoso, el juzgador tiene que echar mano de todos los recursos que le brinda la técnica interpretativa: declarativa, restricti-

va, extensiva, progresista o evolutiva, gramatical, lógica-sistemática, histórica y finalista-teleológica.

La interpretación solo resulta posible cuando hay preceptos que así lo ameriten, pero cuando la cuestión sometida al conocimiento del juzgador no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, aquel no puede dejar de resolver. Si existe una laguna en la ley (que no en el derecho), debe el juzgador colmarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los códigos disponen que, en situaciones de este tipo, hay que recurrir a los principios generales del derecho o a la equidad.

La reiteración lisa y llana del texto legal en diversas sentencias no debe dar lugar a una tesis jurisprudencial: es más, dentro de las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, así como el Tribunal Electoral, se encuentra aquella referente al texto de la tesis que exige “...reflejar un criterio novedoso: por ejemplo su contenido no debe ser obvio ni reiterativo”.

El contenido sustancial de las tesis relevantes y de jurisprudencia se encuentra en las ejecutorias y resoluciones jurisdiccionales emitidas conjuntamente por todos y cada uno de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desde la elaboración del proyecto por el ponente y sus secretarios, el enriquecimiento de los contenidos, en las sesiones previas, con el conocimiento y la experiencia de los demás magistrados, hasta su culminación en la sesión pública de resolución, además de la depuración y aprobación final a la que todos dedican muchas horas, con empeño, con gusto, con total dedicación, lo que eleva, considerablemente, la calidad de la redacción y concisión de las tesis y de la fuerza expresiva de los rubros adoptados.

Las autoridades judiciales que cuentan con la facultad de formar jurisprudencia aplicable a la materia electoral, de la obligatoriedad de esta, son en primer término, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), con fundamento en los arts. 94 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los arts. 232 al 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En este sentido, el párrafo octavo del art. 94 constitucional contempla que “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación”. Asimismo, el art. 99 constitucional habla sobre la jurisprudencia electoral y el procedimiento relacionado con la fijación de la jurisprudencia.

Las salas regionales pueden establecer jurisprudencia con cinco sentencias no interrumpidas y ninguna en contrario, sostienen el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, siempre y cuando dicho criterio lo ratifique la Sala Superior del TEPJF; para ello la sala regional respectiva lo comunicará a la Sala Superior, a fin de que determine si procede fijar jurisprudencia.

La facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se establece en razón de lo expresado en el primer párrafo del art. 99 constitucional,

que refiere: “El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la frac. II del art. 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación”. Por lo que estamos en presencia de una excepción de la supremacía del TEPJF en su materia, la cual repercute en la jurisprudencia electoral, es decir, nos remitimos a la frac. II, del art. 105 constitucional, que dice: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”. De manera que cuando en forma directa o al resolver en contradicción de criterios entre la establecido por la jurisprudencia sustentada por el TEPJF y que pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas o el Pleno de la SCJN, cualquiera de los ministros, de las salas o las partes podrán denunciar la contradicción para que el Pleno de la SCJN, determine cuál criterio habrá de prevalecer en adelante. O bien, cuando alguna de las personas señaladas en la frac. II, del art. en comento, promuevan una acción de inconstitucionalidad, en tal caso, el criterio sustentado por la SCJN será obligatorio para el TEPJF, por lo que, en general, el único órgano facultado para interpretar la Constitución y dirimir controversias relativas a ella es la SCJN.

Los órganos encargados de impartir justicia electoral, y aun los administrativos de la materia, están obligados a acatar la jurisprudencia, excepto la SCJN. Ya hemos visto que tanto el TEPJF como la SCJN están facultados para emitir jurisprudencia electoral. Así pues, la jurisprudencia emitida por el Tribunal será obligatoria para los siguientes órganos:

- Sala Superior del TEPJF;
- Salas regionales del TEPJF;
- Instituto Federal Electoral;
- Autoridades electorales locales (tribunales, consejos, institutos, etcétera), y
- Colegios electorales.

A su vez, la jurisprudencia emitida por la SCJN será obligatoria para las salas del TEPJF, tanto la Superior como las regionales.

La jurisprudencia del Pleno de la SCJN será obligatoria para el TEPJF, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

Será obligatoria para las salas del TEPJF, la jurisprudencia que emite la SCJN, pero solo aquella establecida por el Pleno de la Corte, no así las de las salas, ni la de los tribunales colegiados de circuito, ya que el art. 94 de la Constitución remite que sea la ley secundaria la que fije los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación, por lo que debe estarse al art. 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Será obligatoria en todos los casos para la Sala Superior y para las salas regionales, la jurisprudencia dictada por el TEPJF, según el art. 233 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y para que resulte obligatoria se requiere la declaración formal de la Sala Superior, de conformidad con el último párrafo del art. 232 de la referida Ley Orgánica.

En materia electoral, el sistema de formación de la jurisprudencia por reiteración aparece por primera vez en 1991, a pesar de que el Tribunal de lo Contencioso Electoral, desde 1988, editó una obra que contenía los principales criterios sustentados por dicho órgano jurisdiccional; pues tal compilación, en una nota aclaratoria, sostuvo correctamente que dichos criterios solo tenían "...el propósito de ofrecer una información sistematizada de esos proveídos; ya que la normatividad legal que le es aplicable (artículo 60 de la Constitución Política y el Código Federal Electoral), no previene la integración de jurisprudencia en materia electoral".

A partir de 1996 este sistema incluye tanto a la Sala Superior, cuando en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de la norma, como a las salas regionales que en su caso debe sostenerse en cinco sentencias. Esta jurisprudencia no solo obliga a las salas del propio Tribunal, sino como se dijo anteriormente, a las autoridades electorales federales y locales.

El sistema de integración de jurisprudencia por reiteración requiere además de otro elemento indispensable, no basta la sola repetición del criterio en el número de veces ordenado por el legislador, sino que es necesario contar con la declaración formal de la Sala Superior para que el criterio de jurisprudencia resulte obligatorio, así lo sostiene a la letra el art. 232 último párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En otras materias, como el juicio de amparo, la jurisprudencia que deriva de este sistema resulta obligatoria aun sin que se haya redactado el texto, basta tan solo la existencia del quinto precedente en el mismo sentido.

El segundo sistema tradicional de integración de la jurisprudencia en materia electoral lo constituye el denominado por unificación.

Este sistema consiste en que una sola sentencia forma jurisprudencia; no se requiere de la reiteración o repetición del criterio contenido en ella, sino de que dicho fallo sea el que dirima una contradicción de tesis.

La regla general es que solo existe contradicción de tesis de jurisprudencia entre sí o de una tesis de jurisprudencia con una tesis aislada, emitidas por salas diversas, pues si son emitidas por la misma sala no estaremos en presencia de una contradicción, sino de una interrupción de tesis. Sin embargo, en materia electoral este sistema por unificación acarrea ciertas excepciones a la regla general antes referida, pues la ley permite su procedencia aun entre criterios que ni son tesis de jurisprudencia, ni son tesis aisladas (ahora denominadas tesis relevantes), sino meras consideraciones en los fallos emitidos por dos o más salas regionales.

El citado art. 232, frac. II, de la Ley Orgánica, señala que la jurisprudencia del TEPJF será establecida cuando las salas regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique.

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral señala que para la resolución de los medios de impugnación, las normas

se interpretarán conforme a los criterios: gramatical, sistemático y funcional. Y a falta de disposición, se aplicarán los principios generales del derecho, asimismo, contemplar la conservación de la libertad de decisión política y el derecho de autoorganización de los partidos políticos, respecto de las controversias internas de los partidos políticos sometidas a la jurisdicción del órgano jurisdiccional en materia electoral.

La interpretación que los tribunales hacen en materia electoral es por regla general de estricto derecho, dichas resoluciones se apegan con fidelidad al texto de las leyes, evitando así la aplicación de la ley de manera extensiva, ni la suplencia de la misma de manera genérica.

Sin embargo, las prescripciones constitucionales no gozan del mismo detalle del que cuenta una ley secundaria, existen principios abstractos y genéricos, por lo que los tribunales electorales desarrollan una interpretación constitucional, en la que no están constreñidos al texto de la norma constitucional, en razón de la imposibilidad de encontrar en la norma constitucional el detalle, singularidad y especificidad que podría encontrarse en la ley electoral. Por lo que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios constitucionales de contenido electoral los que corresponde apreciar en cada caso y en su momento interpretar, para dotar de un contenido específico, ajustado al caso en análisis, al principio que se invoque para justificar la resolución.

Por tanto, la interpretación que desarrolla el TEPJF, y en general todos los tribunales electorales del país, no pueden tener la misma característica que la interpretación gramatical de la ley, ya que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios los que deben ser apreciados por el juez, siempre con mayor liberalidad y amplitud de criterio, con la intención de potenciar los derechos políticos.

En razón de las múltiples reformas, adiciones y modificaciones o derogaciones que ha sufrido el texto constitucional, algunos de los principios establecidos en esta generan contradicción con otros inmersos de igual manera en el contenido de la misma, por lo que se debe ser cuidadoso cuando se habla de interpretación constitucional. De tal suerte que hay que hacer una interpretación integral de la Constitución, de manera sistemática, ponderando qué principios deben prevalecer cuando la Constitución nos muestre principios contradictorios.

El hecho de que el TEPJF sea un órgano de última instancia nos permite afirmar que lleva implícita la obligación de desempeñar las atribuciones constitucionales y legales de la mejor manera. Es un reto del que depende la democracia y los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos y que solo se logrará a base de una interpretación constitucional extensiva, abierta, progresista, y que dé la pauta a los ciudadanos para hacer valer sus derechos.

La reforma constitucional de 2007 tomó en cuenta la convivencia y tesis relevantes del TEPJF, es decir, se encuentra íntimamente conectada con la jurisprudencia electoral más relevante expedida; dicho hecho es relevante puesto que finalmente la jurisprudencia representa la aplicación de la ley en casos concretos en problemas específicos cuya resolución la ley no contempló. La utilización de precedentes de tribunales internacionales dentro de la interpretación jurisdiccional es consecuencia derivada de la Constitución, que le

otorga a los tratados internacionales fuerza de ley suprema de la unión; es por ello que las resoluciones de organismos creados por tratados internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen fuerza de precedente, como lo ha venido realizando el TEPJF. Sin embargo, la interpretación jurisdiccional no se debe limitar aquí; ampliar la consulta a resoluciones de tribunales constitucionales de otras latitudes, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos, e incluso de la Suprema Corte de Canadá, proporcionan valiosos criterios orientadores, al ser innegable la actual globalización judicial que se vive; por tanto, es importante la atención a los criterios de otros órganos jurisdiccionales en materia de derechos civiles y políticos.

Manuel González Oropeza

JURISPRUDENCIA POR RAZÓN FUNDADA

La Constitución de México se reformó el 31 de diciembre de 1994 para crear las acciones de inconstitucionalidad y fortalecer diversos aspectos de las controversias constitucionales; lo anterior dio lugar a que el 11 de mayo de 1995 se publicara la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución.

En estos mecanismos de control constitucional se prevé la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declare la invalidez de una norma general con efectos *erga omnes*, y que esta invalidez se extienda a todas las normas que dependan de la norma invalidada.

Entre las innovaciones en estos mecanismos de control se encuentra la confección de un tercer sistema de conformación jurisprudencial, pues además de la jurisprudencia que establecen los órganos jurisdiccionales bajo los sistemas de reiteración y de unificación de criterios, se configuró la jurisprudencia por razón fundada.

El art. 43 de la ley mencionada dispone que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, son obligatorias para las salas, plenos de circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, tanto federales como locales.

Si bien la ley reglamentaria no hace referencia expresa a la conformación de la “jurisprudencia” en estos procesos constitucionales, el hecho de que las razones contenidas en los considerandos se consideren como tal tiene sustento, entre otros preceptos, en el art. 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual reconoce la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales federales emitan jurisprudencia en ejecutorias que pronuncien en asuntos distintos al juicio de amparo.

Lo anterior se robustece tomando en consideración que la esencia de la jurisprudencia subyace en el hecho de que un órgano jurisdiccional emita criterios vinculantes para otros órganos encargados de la impartición de justicia, situación que es regulada de dicha forma en el art. 43 de la Ley Reglamentaria citada.

Respecto de la jurisprudencia por razón fundada se tienen seis aspectos que determinan su existencia y obligatoriedad, como se aprecia a continuación:

— El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único facultado para emitirla.

— Únicamente se puede configurar derivado de las sentencias que dicte en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

— Se requiere un criterio para que se conforme.

— Se debe sustentar en las razones contenidas en los considerandos que fundan los resolutivos de las sentencias.

— Se requieren ocho votos de los ministros respecto del criterio que se aprueba.

— Es obligatoria para los órganos jurisdiccionales federales y locales.

Por último, debe replantearse si en efecto existe justificación para que el máximo órgano de impartición de justicia emita jurisprudencia en mecanismos de control de constitucionalidad de una forma compleja y de una forma simplificada; el primer supuesto bajo la Ley de Amparo por la reiteración de cinco precedentes, y el segundo supuesto, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, al requerirse un solo precedente.

Mauricio Lara Guadarrama

JURISPRUDENCIA POR REITERACIÓN DE CRITERIOS

Para abordar la voz compuesta “jurisprudencia por reiteración de criterios”, necesariamente debemos partir de la concepción jurídica de la jurisprudencia, entendida como la producción interpretativa y, en ciertos casos, como una función integradora ante la ausencia de normas (lo que no siempre es aceptado), que llevan a cabo los tribunales por un determinado número de veces, y cuya formación se encuentra generalmente a cargo de un órgano jurisdiccional de carácter superior.

En ese contexto, la jurisprudencia, acorde con distintos sistemas jurídicos, puede ser una fuente de derecho de mayor o menor importancia, cuya implementación y regulación en ocasiones alcanza el nivel constitucional, pero otras veces solamente está contemplada en normas generales secundarias. En el derecho anglosajón se considera a la jurisprudencia como una importante fuente jurídica, y algo semejante ocurre en países como México, en donde distinguidos doctrinarios le dan ese carácter, a pesar de que resulta obvio mencionar que los alcances y conformación son diversos.

La acumulación de precedentes en un mismo sentido, sin ninguna resolución en contrario, bajo determinadas circunstancias y condiciones, da lugar a la fijación de criterios firmes que pueden resultar obligatorios para órganos judiciales de menor rango, como ocurre en el caso de España, Guatemala y México. La importancia y valor de la jurisprudencia por reiteración, radica, por supuesto, en que la forma de resolver determinados negocios judiciales es utilizada para fallar casos iguales o análogos en un mismo sentido. La uniformidad de criterios que se alcanza empata perfectamente con un objetivo

central generalmente atribuido a la jurisprudencia, que es generar seguridad jurídica en los justiciables, aun cuando esta no se consigna de manera absoluta por el dinamismo interpretativo que pueden generar otros criterios por encima de los previamente establecidos.

Por supuesto, el origen de la jurisprudencia se encuentra justamente en las resoluciones o sentencias, pero sobre todo interesa el criterio en ellas contenido, que constituye lo que se conoce como precedente, que formalmente puede incluso ser redactado de manera independiente al fallo, pero siempre en estricto apego a lo considerado en él. Por sí mismo, en distintos países, el precedente llega a tener fuerza de vinculación moral, puesto que es, muchas veces, resultado de un trabajo jurisdiccional de un ente supremo al que se le supone con una importante autoridad y solvencia ética, y que por tanto se le dispensa respeto; sin embargo, ello no implica un acatamiento forzoso en sistemas jurídicos que contemplan el proceso de reiteración como fundante de la jurisprudencia. Bajo cualquier perspectiva, el precedente judicial, que en algunos lugares se conoce como tesis aislada o incluso tesis de ejecutoria, es un referente objetivo y valioso que tiene una gran utilidad para que los jueces y tribunales examinen el criterio que sustenta el precedente y resuelvan conforme a su arbitrio el caso concreto; se trata entonces al menos de una visión preliminar autorizada de cómo podría resolverse el asunto, sin que exista una sujeción absoluta al criterio que sustenta el indicado precedente, lo que incluso puede llegar a ser enriquecedor en el debate interpretativo y argumentativo que lleve a la autoridad jurisdiccional a una conclusión final.

Por otra parte, el número de precedentes que lleguen a fijar los legisladores o los órganos judiciales para formar jurisprudencia es un tema sumamente interesante que amerita algunos comentarios. Un primer punto que podría someterse a reflexión, tendría que ver con el número de precedentes que se pudiera estimar como el más conveniente para dar nacimiento a una jurisprudencia. Por muchos años, en el juicio de amparo mexicano, verbigracia, se ha establecido la formación de la jurisprudencia con motivo del pronunciamiento de cinco ejecutorias uniformes sin ninguna en contrario, de tal forma que la pregunta que podríamos formular es si ese número resulta o no el más adecuado o podría pensarse en un número mayor o menor. Al respecto, es muy importante tomar en cuenta, en principio, los efectos obligatorios que conlleva la emisión de una jurisprudencia, lo que a su vez nos conduce a ponderar si por razones de seguridad jurídica debe alargarse la espera de la fijación de un criterio mientras no se resuelvan un total de cinco asuntos, o bien, sería mejor reducir el número de reiteraciones a tres o quizás dos, como ocurre en España, con la finalidad de generar certidumbre en un lapso más corto en beneficio de los gobernados. Esta primera postura sería atendible justamente por lo positivo que resultaría contar con una directriz que en un menor tiempo generara certidumbre, pero en una postura de mayor apertura y prudencia, igualmente podrían proporcionarse buenas razones para considerar que el sometimiento de cinco asuntos a debate, y más aún si se resuelve esa cantidad de asuntos en sesiones o audiencias distintas, permite una reflexión más profunda al órgano emisor del precedente, lo que pudiera generar que se aprecien otros panoramas metodológicos o puntos de vista

disímbolos que no se hubieran tenido en cuenta al emitir el primer o primeros precedentes.

En un ángulo optimista, la jurisprudencia por acumulación o reiteración de criterios es un mecanismo jurídico que propicia un trabajo judicial de gran solidez en la consolidación de la doctrina judicial, que a su vez incide en la construcción de una consistente cultura jurídica derivada de la experiencia abrevada por los jueces y tribunales en su quehacer cotidiano, siempre bajo la condición de que los criterios obligatorios que resulten puedan ser modificados o abandonados si se encuentran razones suficientes.

Dicha condición esencial permitiría en todo momento generar nuevas respuestas judiciales para la solución de problemas que puedan resultar más justas y equitativas. De esa manera se rompería en todo momento la posibilidad de que se emitieran criterios únicos y definitivos, impidiendo la evolución del derecho.

La integración de la jurisprudencia en la forma a que nos hemos referido, asume la complejidad que existe en el fenómeno jurídico, pero busca emparejarlo con la realidad circundante en constante transformación.

A pesar de lo anterior, una crítica que pudiera hacerse a este sistema jurisprudencial, como a cualquier otro procedimiento del que emana jurisprudencia obligatoria, es el que con su implementación se inhiban las facultades creativas de los jueces y se obstruya su arbitrio judicial con el establecimiento de soluciones anticipadas.

Walter Arellano Hobelsberger

JURISPRUDENCIA POR UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

La unificación de criterios es una de las formas en que se puede integrar la jurisprudencia. El principio de contradicción, a virtud del cual se establece que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, es lo que, de acuerdo con la lógica formal aristotélica, en principio justifica racionalmente la institución que se analiza, pero igualmente con la lógica no formal o dialéctica es posible explicar la importancia que tiene la unificación de criterios, ya que no resulta razonable que, en los mismos momento y espacio, existan dos o más criterios jurídicos formalmente válidos, en distintos sentidos, para resolver un mismo problema de hecho o de derecho.

La jurisprudencia por unificación de criterios o por contradicción, como también se le conoce, permite superar conflictos interpretativos que se suscitan entre dos o más tribunales de la misma o de diferente jerarquía, que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales cotidianas sostienen puntos de opinión discrepantes, opuestos o contradictorios.

Es bien sabido que los precedentes interpretativos, ya sean o no vinculatorios, no están llamados a regir para siempre, lo que es implícita y explícitamente admitido en diversos sistemas jurídicos contemporáneos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe una figura jurídica conocida como *overruling*, por medio de la cual se establece la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia deje sin efectos sus precedentes. Ahora bien, si se trata de tesis o precedentes aislados que entran en pugna, o de

criterios que ya integran jurisprudencia, o un precedente y una jurisprudencia opuestos, menos aún se justifica su permanencia y, en tal caso, no solo es posible, sino conveniente, que se busque una línea interpretativa que disuelva la oposición, para establecer cuál criterio debe prevalecer, o se dé lugar a la formación de uno nuevo, que puede ser distinto de los que se encontraban en contradicción.

Un sector de la doctrina especializada se refiere a la discrepancia de criterios como algo connatural a la labor jurisdiccional y no como un mal en sí mismo, o bien, como una incidencia que se considere negativa o indeseable, con lo cual convenimos enteramente, pues el derecho, por su propia naturaleza, y en especial porque la conducta humana que regula reviste un sinnúmero de matices y suelen existir varios caminos interpretativos en torno a las normas jurídicas, se abre a un muy fértil campo de opinión y debate. Es justo ello lo que nos lleva a considerar a nuestra disciplina científico social como una rama del saber humano de alta complejidad, que no previene respuestas únicas y definitivas. En otras palabras, las decisiones jurídicas que se lleguen a dar están impregnadas con frecuencia de un alto sentido de opinabilidad por la esencia misma del fenómeno jurídico, situación que justifica plenamente las posiciones antagónicas que en sus quehaceres cotidianos asumen los jueces y tribunales.

Es siempre muy atendible la idea de que las discrepancias interpretativas o integradoras se resuelvan por parte de un órgano judicial superior, que podrá ser la máxima instancia de justicia de un país, funcionando en pleno, a veces con votación calificada, fijando el criterio que debe prevalecer en un ámbito y momentos determinados, ya sea en materia de constitucionalidad o de exclusiva legalidad. Esta verticalidad genera mayor certidumbre en los gobernados, quienes estarán atentos al criterio que finalmente se llegue a tomar y que en lo sucesivo deberá regir su actuación, así como la de los jueces y tribunales.

Un problema natural en una decisión que unifica criterios jurisprudenciales, se refiere a si el nuevo criterio tendrá o no influencia en los asuntos ya decididos en uno u otro sentido. Al respecto, la solución que legisladores o los propios órganos jurisdiccionales han encontrado, es en el sentido de que el nuevo criterio surgido con motivo de la contradicción sometida a la potestad jurisdiccional no afecte situaciones jurídicas que hubieran sido decididas anteriormente. Esta solución tiene la bondad de ser respetuosa con la cosa juzgada, impidiéndose con ello que al dirimir un conflicto interpretativo se genere una segunda instancia o incluso una tercera.

En algunos sistemas normativos, como acontece en el caso del juicio de amparo en México, se considera a la uniformidad de criterios como una exigencia fundamental que pretende generar seguridad en el orden jurídico. Sin embargo, ha de reconocerse que no se trata de una seguridad jurídica absoluta, de carácter permanente y definitivo, pues la evolución interpretativa de la propia jurisprudencia, así como el dinamismo del fenómeno jurídico, puede legítimamente marcar pautas que a su vez conduzcan al abandono de los nuevos criterios de jurisprudencia originados, o bien a retomar posturas que se habían asumido anteriormente.

Los mecanismos o procedimientos que se pueden emplear para alcanzar la unidad interpretativa son muy diversos y comprenden múltiples cuestiones, como los supuestos de su procedencia, los agentes, personas o entes legitimados para denunciar la contradicción de criterios, las autoridades jurisdiccionales que pueden sustentar criterios susceptibles de entrar en pugna, así como los alcances del criterio que llegue a surgir, y la vinculación u obligatoriedad de la jurisprudencia que dirima el conflicto interpretativo o integrador, sin desatender, por supuesto, los órganos jurisdiccionales que deben acatar el nuevo criterio que ha surgido.

En el caso mexicano, la jurisprudencia por contradicción ha sido muy prolífica, al grado que se le puede considerar como un factor trascendente en la evolución de la cultura jurídica. En un esfuerzo por ir perfeccionando sus procedimientos, la jurisprudencia ha establecido como exigencias para estimar la existencia de contradicción de criterios las siguientes: *a)* el examen de cuestiones jurídicas esencialmente iguales y la adopción de posiciones o criterios jurídicos discrepantes; *b)* la diferencia de criterios ha de presentarse en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de los fallos correspondientes, y *c)* los distintos criterios deben provenir del examen de los mismos elementos.

Walter Arellano Hobelsberger

JUSTICIA CONSTITUCIONAL ELECTORAL

Es el sistema de protección de los principios constitucionales en materia electoral. Se integra por los medios de impugnación a cargo de órganos jurisdiccionales especializados. Este conjunto de medios jurídicos técnicos de impugnación o control de los actos, resoluciones y procedimientos electorales se substancian ante un órgano de naturaleza jurisdiccional para garantizar la regularidad constitucional de las elecciones, cuya principal finalidad es la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, entre los que se encuentran la certeza, la objetividad, la imparcialidad, la autenticidad, la transparencia y la libertad electoral.

En este sentido, la justicia electoral tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, en la transmisión y desempeño del poder; en la elección de los poderes Ejecutivo y Legislativo de la unión y de las entidades federativas, así como de los municipios y otros funcionarios municipales; en el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos; en el control de la constitucionalidad de las leyes electorales; así como en la definitividad e inatacabilidad de los actos realizados durante el proceso electoral.

Por ser de carácter especializado, los medios de control de la constitucionalidad en materia electoral se encuentran encomendados a tribunales constitucionales u órganos supremos del Poder Judicial. En México, la justicia constitucional electoral está a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de los tribunales y salas electorales de las entidades federativas. Esto último considerando la corriente que sostiene que la justicia electoral es justicia

constitucional, al fundar sus resoluciones en los principios constitucionales en materia electoral.

Debe señalarse que el Tribunal Electoral, a partir de su incorporación al Poder Judicial de la Federación, en 1996, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propias de tribunales constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba resolver eficazmente los conflictos, lo que obligó a quienes integraban el Tribunal a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

Esto se encuentra a tono con la idea de que la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen y determinan los principios electorales, por lo que los principios que rigen la materia electoral no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen además un evidente sustento en la Constitución, misma que establece principios que no son solo buenos deseos, pues no se puede concebir a la Constitución como un instrumento programático-político, sino como una norma jurídica, la ley fundamental. Así, resulta lógica la pretensión de que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales, así como de los actores políticos, se sujeten a tales principios constitucionales. Ello sin obviar el contenido e interpretación de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, de donde pueden extraerse también principios aplicables en la materia electoral.

La justicia constitucional electoral presenta dos aspectos: el control abstracto que se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el concreto, desarrollado a través de los medios de impugnación reconocidos a los tribunales federal y locales en materia electoral. El primero se ocupa del control de leyes, mientras que el segundo sirve para revisar el ajuste constitucional de actos y resoluciones de las autoridades electorales.

Así, respecto al control de leyes electorales federales y locales, se reconoce como vía adecuada la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este mecanismo procesal tiene por objeto plantear la posible contradicción entre la norma electoral y la Constitución federal, exigiéndose que las normativas electorales deben promulgarse y publicarse noventa días antes del inicio del proceso electoral en que habrán de aplicarse, a efecto de que el órgano revisor tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las mismas y se genere certeza sobre el marco jurídico aplicable. El fallo de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión del sistema normativo de dicha norma contraventora de la Constitución.

En el caso de los actos y resoluciones, debe considerarse que se reconoce como principio la posibilidad de conservar los actos válidamente realizados; sin embargo, será el análisis jurisdiccional el que determine si se declara legal y constitucional la actuación sometida a escrutinio. A partir del contenido de la Constitución mexicana (art. 99), el legislador federal estableció en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, entre otros, los siguientes medios de justicia constitucional electoral:

Recurso de apelación. Sirve para combatir la generalidad de los actos o resoluciones del Instituto Federal Electoral, concretamente las resoluciones del Consejo General, Junta General Ejecutiva, presidente del Consejo General, órganos unipersonales del propio Instituto a nivel local o distrital, como vocales ejecutivos de las juntas locales o distritales, o los consejeros presidentes de los consejos locales o distritales.

Juicio de inconformidad. Se emplea para cuestionar la validez de una elección, la legalidad de los resultados asentados en las actas de cómputo; el otorgamiento de las constancias de mayoría y validez de la elección, en las elecciones de diputados, senadores y presidente de la República.

Recurso de reconsideración. Sirve para impugnar la determinación dictada por una sala regional que declara la validez de las elecciones de diputados y senadores en cada uno de los distritos uninominales y en cada una de las entidades federativas de su circunscripción emanada de un juicio de inconformidad.

Juicio de revisión constitucional. Se emplea para impugnar actos o resoluciones definitivas de autoridades competentes en las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver controversias que surjan de los mismos.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Sirve para impugnar actos y resoluciones que violen los derechos de los ciudadanos a votar, ser votados, de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, así como para integrar órganos electorales.

La mayoría de las Constituciones y legislaciones procesales electorales en el ámbito local mexicano establecen similares instrumentos procesales, mismos que son del conocimiento de los tribunales y salas especializadas en la materia electoral. Aquí cabe señalar que la mayoría de los órganos electorales, administrativos y jurisdiccionales, tienen en la actualidad el carácter de permanentes.

En el mismo tenor, la Constitución mexicana otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, especialmente pensada para los casos en los que un ciudadano pretendiera impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le haya sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema, toda vez que dicho ciudadano carece de legitimación procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, limitándose dicha resolución únicamente al caso concreto sobre el que versa el juicio. Este mecanismo complementa el modelo donde la acción de inconstitucionalidad está limitada por la legitimación activa reconocida a determinados sujetos.

David Cienfuegos Salgado

JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

Los ordenamientos jurídicos compuestos se caracterizan por integrar diversos órdenes normativos con ámbitos de validez determinados que encuentran plena racionalización en una norma fundamental. Regularmente cada uno de esos órdenes obtiene el fundamento de su validez en un texto constitucional, de forma tal que el orden jurídico nacional se desprende de una Constitu-

ción general, mientras que los ordenamientos jurídicos parciales dependen de Constituciones particulares que, a su vez, están sometidas a la observancia de los principios establecidos en la primera.

Esta doble dualidad constitucional es la premisa básica para entender la doble caracterización que adquiere la justicia constitucional. La aplicación vinculante de la Constitución nacional, llevada a cabo por tribunales ordinarios, o bien, por tribunales especializados, de manera concentrada o difusa, a través de específicos instrumentos procesales de tutela o bien de procesos jurisdiccionales ordinarios, representa el contenido de la noción “justicia constitucional”. Sin embargo, en Estados que se caracterizan por su descentralización tanto política como jurídica, se ha desarrollado el concepto de “justicia constitucional local” para hacer referencia a la actividad de tutela de la Constitución estatal dentro de específicos ámbitos de actuación competencial, siempre que se lleve a cabo por jueces estatales ordinarios o especializados, en ejercicio de un control concentrado o difuso, y en el contexto de específicos procesos constitucionales, o bien, de procesos de carácter ordinario.

La experiencia comparada indica que la justicia constitucional local es un rasgo característico de países como Alemania, Argentina, Brasil y México, ya que derivado de su connotación de Estados federales han establecido tribunales constitucionales en sentido estricto o jurisdicciones constitucionales para el conocimiento de procesos específicos para la tutela de la constitución del *Länder*, del estado o de la entidad federativa, o han habilitado a sus jueces ordinarios para que al interior de cualquier proceso jurisdiccional realicen ejercicios de compatibilidad entre las disposiciones de derecho ordinario estatal y su Constitución.

Alemania destaca por que la justicia constitucional estatal se ejerce por tribunales constitucionales que existen en 16 de sus *Länder*, con excepción de Schleswig-Holstein, cuyas competencias se encuentran diversificadas, pero es común que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas del *Land* vía recurso directo o de amparo, conflictos entre órganos constitucionales, control previo de constitucionalidad y contenciosos electorales. En Argentina, la principal experiencia de justicia constitucional local se encuentra fundamentalmente en Buenos Aires, a través del conocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia. En Brasil, cada uno de sus 27 estados cuenta con una justicia constitucional estatal de carácter marcadamente concentrado a través de las acciones directas de inconstitucionalidad que pueden conocer los tribunales de justicia de cada entidad.

En México, la revalorización de las Constituciones estatales se produjo en el 2000, como consecuencia de la reforma integral de la Constitución del Estado de Veracruz. Más allá de su consideración como documento que da forma jurídica al poder estatal, el texto veracruzano se caracterizó por reivindicar su cualidad de norma jurídica vinculante mediante la instauración de un auténtico sistema de justicia constitucional local, que desde la propia Constitución abrió el espacio para especificar los órganos de garantía judicial del texto y el conjunto de instrumentos procesales bajo los cuales procedería la tutela constitucional. Esta experiencia se expandió rápidamente al interior

del país, generando importantes reformas constitucionales en los estados de Coahuila, Guanajuato y Tlaxcala en 2001, Chiapas en 2002, Quintana Roo en 2003, Nuevo León y el Estado de México en 2004, Querétaro en 2008, Nayarit en 2009 y Oaxaca en 2011.

Las entidades federativas aludidas se caracterizan esencialmente por haber creado jurisdicciones constitucionales de tipo concentrado —el único caso de un sistema mixto, concentrado y difuso, es el de Coahuila— que habilitan al Tribunal Constitucional (Chiapas), al Pleno del Tribunal Superior de Justicia (Veracruz, Coahuila, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Nuevo León y Oaxaca), a la Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit y Querétaro), o a dos de estos órganos (el Pleno y la Sala Constitucional en Veracruz y Quintana Roo) a llevar a cabo el control de la constitucionalidad.

El conjunto de procesos y procedimientos constitucionales a través de los cuales se lleva a cabo dicho control incorpora inicialmente a las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, presentes en todos y cada uno de los estados referidos; los juicios de tutela de los derechos fundamentales se reconocen en Veracruz, Tlaxcala, Nayarit, Oaxaca y Querétaro; las acciones por omisión legislativa se encuentran en Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro y Coahuila; las cuestiones de inconstitucionalidad están en Veracruz, Chiapas y Oaxaca; el control previo de constitucionalidad únicamente se estipula en Oaxaca; el juicio de protección de intereses difusos o colectivos solamente aparece en Querétaro, y el recurso sobre los actos del Ministerio Público que vulneren derechos está presente en Veracruz y Quintana Roo.

Las demás entidades federativas del país se caracterizan por establecer como reminiscencia histórica la figura de la controversia constitucional y conceder su substanciación al tribunal superior de justicia correspondiente. Este proceso constitucional no se encuentra regulado legislativamente y, además, prácticamente no es utilizado como mecanismo de resolución de conflictos entre órganos del estado o niveles del gobierno local. La figura aparece en Colima, Durango, Guerrero, Morelos y Zacatecas.

Sin embargo, el punto de inflexión que para el sistema jurídico mexicano ha significado la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla* de noviembre de 2009, la trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, y los expedientes *varios* 489/2010 de septiembre de 2010 y 912/2010 de julio de 2011, resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han derivado en el reconocimiento de que todos los jueces del país son ahora “jueces constitucionales y convencionales”, habilitados para realizar un examen de compatibilidad, con efectos vinculantes, entre actos y disposiciones normativas internas y un parámetro de control conformado fundamentalmente por los derechos contenidos en la Constitución general de la República y los tratados internacionales, con la consecuente inaplicación o declaración de invalidez de conformidad con las competencias que cada uno tenga atribuidas.

La distinción entre juez federal y juez estatal no es relevante para adquirir la connotación de juez constitucional. Sobre las espaldas de todos los jueces,

sin importar jerarquía, materia, grado, competencia o instrumento de tutela procesal, recae la exigibilidad de los derechos fundamentales reconocidos en un parámetro que se desdobra en varios niveles, y donde el criterio distintivo fundamental recae en la habilitación para expulsar normas del ordenamiento jurídico o únicamente para inaplicarlas.

En este sentido, el sistema de justicia constitucional local tiene una vertiente concentrada allí donde es un juez especializado el que ejerce el control al interior de determinados instrumentos de tutela constitucional, y una renovada vertiente difusa que obliga a todos los jueces locales a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* bajo un doble parámetro de constitucionalidad, conformado por la Constitución general de la República y la particular de la correspondiente entidad federativa.

César Astudillo

JUSTICIA CONSTITUCIONAL (MODELOS)

Un modelo reagrupa, con una forma ordenada, un cierto número de datos dispersos a fin de darles una coherencia. El uso de modelos permite, por un lado, establecer una coherencia en el interior de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales, y por otro, clasificar entre ellos, de manera racional, los diversos elementos comparados, con el resultado de facilitar la utilización de los datos.

Un modelo puede entenderse como *Rechtstypus* (tipo jurídico), individualizado a través de la comparación y que, por ende, porta consigo características comunes de un conjunto de ordenamientos; o bien como *Rechtsideal* (tipo ideal o ideal jurídico), es decir, como aquel modelo que responde a algunos arquetipos ideales o a “lo que debe ser”: un modelo teórico, abstracto y externo al derecho positivo. En otras palabras, es un modelo que no describe esta o aquella realidad jurídica, elevándola a prototipo o modelo ejemplar. Su utilidad, por lo tanto, está en ofrecer al comparatista un parámetro de referencia con base en el cual expresar sus propias evaluaciones críticas sobre los términos de la comparación (*comparatum* y *comparandum*), llegando así al *juicio comparativo*. Representa, al mismo tiempo, un parámetro de evaluación preliminar de las condiciones de homogeneidad entre los términos de la comparación. De hecho, el cotejo de las reglas o las instituciones que hay que comparar con el modelo asumido como parámetro, evidencia la subsistencia o no de las condiciones de la comparación.

El uso del término “modelo” se entiende como una especie de representación sintética de fenómenos de la realidad, en combinación con la idea de “forma ejemplar” y, por tanto, algo digno de imitarse.

En el campo de la justicia constitucional, la teoría de los modelos es objeto de crítica porque la realidad es tan variada, y las soluciones prácticas tan distintas, que intentar adscribir un sistema a uno u otro modelo parece casi imposible (Tusseau). Los modelos —afirma esta teoría— son platónicos, ideales, no tienen correspondencia con la realidad. Mejor partir de esta última, y reconstruir las clases.

Sin embargo, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y

los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos incluso en los “formantes” dinámicos (legislación y jurisprudencia), y sobre todo también en el mismo “formante” doctrinal.

Así, muchos autores siguen haciendo referencia a los arquetipos clásicos: el modelo norteamericano, forjado en *Marbury vs. Madison* en 1803, y el modelo austríaco-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

No obstante, proponiendo nuevas clasificaciones, sobre todo hibridando los dos modelos clásicos, se construyen nuevos modelos teóricos en donde encuadrar las nuevas experiencias: *modelos de referencia* que actúen como *tertium comparationis* en el cotejo entre *comparatum* (lo que viene comparado) y *comparandum* (lo que se debe comparar). Se trata, en palabras más simples, de la “idea” de lo que une, frente a la búsqueda de lo que divide.

Junto a las clasificaciones, la doctrina ha propuesto modelos, cuyo éxito, sin embargo, no ha logrado la fama de los modelos clásicos, derivados de una experiencia concreta (Francia, Estados Unidos, Austria). Por ejemplo, solo pocos están convencidos de que exista un “modelo europeo”, incluyente Francia como Austria (arquetipo de 1920), Alemania e Italia, y tal vez otras experiencias; igualmente, no todos comparten la idea de un “modelo latinoamericano”, siendo hoy el mapa de la justicia constitucional en América Latina muy variado, aunque la ruta sea en la dirección de una concentración del control. Tampoco existe un “modelo socialista” (este sería un “non-modelo”).

En el derecho constitucional comparado, la existencia de “modelos” que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la difusión de los modelos mismos. Lo que explica por qué solo las fórmulas que impliquen la existencia de un ejemplar que opera como emblema de cada clase han sido objeto de imitación.

Así ha circulado el modelo “difuso”, identificado en el sistema estadounidense (sobre todo en el ex-*Commonwealth*, desde Canadá a África a Asia y a Oceanía), aunque la difusión represente solo una de las características principales, pero no exclusiva, del *sistema de judicial review*; igualmente se ha propagado la idea de control concentrado según el esquema propuesto por Kelsen (particularmente en Europa, pero no solo ahí), y el “modelo preventivo” francés (en las excolonias). Después de la gran hibridación propuesta por Alemania e Italia, posterior a la Segunda Guerra Mundial, el modelo más difundido es el llamado “modelo incidental”. Finalmente, en Iberoamérica, se ha extendido la idea de introducir al lado del control difuso un control concentrado (en salas o tribunales *ad hoc*).

Se trata de elementos característicos de cada sistema-*leader* que se han propagado, en los primeros casos, en virtud del prestigio de los países exportadores, en el caso de Francia en virtud de influjos no solo jurídicos, y en el caso de América Latina debido a los éxitos favorables de las primeras experiencias.

La divulgación de los modelos jurídicos por imitación implica afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales, económicas y jurídicas. Lo que no ha impedido al modelo estadounidense de control difuso afirmarse en América Latina, aunque falte aquí una condición básica del mismo: la eficacia vinculante o “persuasiva” del precedente judicial.

De un modelo puede difundirse solo una parte: por ejemplo, la idea de que la dicotomía entre sentencias estimatorias y desestimatorias, teorizada por Kelsen, no tenía sentido en la realidad ha circulado inmediatamente; en cambio, se ha extendido la idea de que las cortes y tribunales constitucionales podían introducir sentencias “intermedias”: interpretativas, creativas, “monitorias”, entre otras.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

JUSTICIA CONSTITUCIONAL (TIPOLOGÍA)

No existe por naturaleza ninguna tipología de justicia constitucional, sino solo clases forjadas por la doctrina constitucionalista y sobre todo comparatista, tomando en cuenta los modelos cada vez individualizados en la experiencia histórica, o contruidos a partir de la búsqueda de un elemento unificador, y llegando a la propuesta de un tipo ideal.

Tampoco existe ninguna diferencia, salvo léxica, entre “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional”. Las dos expresiones definen el mismo objeto, ni más ni menos como “carro” y “coche” definen el mismo referente en España y Latinoamérica. Solo aludiendo a la disciplina científica (entonces no a un fenómeno del mundo jurídico, de las normas, sino al “formante” —es decir, cada elemento constitutivo del derecho— doctrinal), también el “derecho procesal constitucional” define el mismo objeto.

Definir la tipología de la justicia constitucional significa definir la tipología de la jurisdicción constitucional; igualmente, definir la tipología de la justicia (o jurisdicción) constitucional significa explicar sus clasificaciones (y modelos).

Hay, sin embargo, una diferencia entre modelos y sistemas. Cada país tiene (salvo excepciones, como Reino Unido) un sistema de justicia constitucional, pero solo en pocos casos se puede hablar de “modelos”.

En su obra de construcción de clases taxonómicas, la doctrina comparatista ha propuesto soluciones divergentes, aunque la clasificación más plausible hace referencia a una primera distinción entre justicia constitucional política y justicia constitucional jurisdiccional (en este sentido, hay diferencia entre las dos expresiones, siendo el término “justicia” más amplio).

A la primera clase pertenecería el sistema francés, cuando menos hasta: *a*) la incorporación al *bloc de constitutionnalité*, por parte del *Conseil constitutionnel*, del preámbulo de la Constitución, de modo que de mero controlador de las esferas de competencias delineadas en el texto del 58 (y, en particular, de guardián del predominio gubernativo), el *Conseil constitutionnel* pasó a transformarse en juez pleno de la constitucionalidad de las leyes, también en relación con la violación de los derechos y de las libertades; *b*) la aprobación de la Ley constitucional de 29 de octubre de 1974, por la cual el poder de acudir al *Conseil* se adjudicó también a sesenta diputados o a sesenta senadores; de manera que las minorías parlamentarias, valiéndose desde el día siguiente de la introducción de la *saisine parlementaire* de la posibilidad de interponer una cuestión de constitucionalidad al *Conseil constitutionnel*, contribuyeron a un inusitado crecimiento cuantitativo y cualitativo del control de legalidad de las leyes); *c*) finalmente,

a la Ley que introdujo en el 2008 la *question de constitutionnalité*, transformando el francés en un verdadero sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes.

A la misma categoría pertenecen además no tanto sistemas, sino modalidades de control preventivo, que se encuentran en muchos ordenamientos, cuando el presidente de la República u otros órganos constitucionales pueden solicitar un examen por parte de la Corte (Irlanda, Portugal, Chipre, Hungría, Rumanía, etcétera). Formas de control político se encontraban incluso en algunos países del socialismo, como Yugoslavia. Hay también que recordar formas anómalas, como el control de las comisiones parlamentarias sobre la legitimidad constitucional de decretos-leyes (Italia), y el control de la constitucionalidad de la ley por parte del presidente de la República en sede de promulgación (veto, reenvío).

A la categoría de la justicia constitucional *jurisdiccional* pertenecen todos los demás sistemas, sean los inspirados en el modelo estadounidense (difuso y concreto), o los que, siendo del *civil law*, sin imitar a Estados Unidos, son difusos y concretos (Norte de Europa, Grecia), sean los sistemas prevalentemente (pero no exclusivamente) caracterizados por ser concentrados y concretos (el alemán, el italiano y muchos países imitadores del Este de Europa, de la ex-URSS, de las ex colonias francesas, y ahora Francia); sean finalmente los que utilizan al lado del control difuso el control concentrado (Portugal, Rusia, África del Sur, muchos Estados latinoamericanos). Faltan los tributarios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* de matriz kelseniana, siendo este modelo puro regresivo. Ningún país está caracterizado por confiar solo al recurso directo frente a un tribunal constitucional la protección de la Constitución.

Lo que parece evidente es que la justicia constitucional representa un formidable laboratorio de soluciones empíricas y de adopción de modelos parciales. Los paradigmas clásicos (por ejemplo, donde falta el valor vinculante del precedente, el modelo difuso no puede funcionar, como imaginaba Cappelletti, o donde la doctrina tradicional de la división de poderes lo impide, nunca el Parlamento podría ser controlado por los jueces) se desmienten cada día. Cada país añade al lado de una modalidad prevalente de control de la ley, una o dos o muchas más. Concreción y abstracción, recurso e incidente, eficacia declarativa y constitutiva, efectos *erga omnes e inter partes*, conviven casi siempre, se adaptan, generalmente ampliando el poder de las cortes y tribunales cuales guardianes de la Constitución.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

JUSTICIA ELECTORAL

A imagen y semejanza de lo acontecido en el origen y desarrollo del denominado “contencioso administrativo”, que surgió en el Estado moderno de manera “prudente”, casi desapercibida en cuanto a su contenido y trascendencia futura, o incluso como una gracia o concesión del emperador, rey o monarca y que, a partir de un auténtico principio de división de poderes, se ha considerado como un caso de “justicia delegada” por el Poder Ejecutivo, la

cual se ha impartido bajo el rubro de “justicia administrativa”, por conducto de los tribunales administrativos y que en el derecho del presente se identifica, adecuadamente, como “derecho procesal administrativo”. Así ha sucedido en el ámbito del derecho electoral mexicano, en cuyo contexto, desde su origen, con la Constitución de Cádiz de 1812, se ha previsto y practicado un sistema de recursos electorales de tipo “administrativo”, es decir, procedentes, tramitados y resueltos, como en el derecho administrativo; por regla, en beneficio de los ciudadanos y candidatos a un cargo de representación popular y, en el derecho moderno, a favor de los partidos políticos, principalmente, a fin de impugnar la votación recibida en las mesas directivas de casilla o bien una elección en su conjunto, así como los resultados obtenidos en las elecciones populares.

Igualmente, los recursos electorales han tenido por objeto controvertir la legalidad y validez de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos de autoridad electoral.

Sin embargo, a partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en diciembre de 1986 y de la expedición del Código Federal Electoral en febrero de 1987, que instituyeron al Tribunal de lo Contencioso Electoral (TCE), en el contexto del derecho electoral mexicano, teórico y práctico, e igual en la praxis política, se empezó a hablar de la “justicia electoral”, en términos generales, es decir, abarcando todos los recursos previstos en la legislación electoral ordinaria, tanto los procedentes ante los organismos electorales, encargados de preparar y llevar a cabo las elecciones populares, como los medios de impugnación jurisdiccional, que eran competencia del novedoso TCE federal.

No obstante, como la expresión “impartir justicia” se orienta más a identificar, específicamente, a la actividad que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales en todo Estado de derecho y, en este particular, a la función estatal asignada a los tribunales electorales (justicia electoral), con el transcurso del tiempo se ha tratado de adecuar el título a su contenido; por ende, se ha identificado al conjunto de juicios y recursos electorales, tanto administrativos como jurisdiccionales, con la expresión genérica “sistema de medios de impugnación”, la cual ha dado título, indebido, por redundante, extenso y asistemático, a las leyes procesales, federal y locales, vigentes en la materia.

Así, el legislador federal ordinario, en noviembre de 1996, expidió el vigente código o ley procesal electoral, bajo el título de Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la cual fue actualizada con el Decreto legislativo de reformas, adiciones y derogaciones, publicado oficialmente en julio de 2008, para adecuarla al Decreto de reformas a la CPEUM, expedido por el poder revisor permanente de la Constitución, en noviembre de 2007.

En la actualidad, usar la expresión “justicia electoral” como sinónima de “derecho procesal electoral” es un desacierto en México, porque en el presente, en esas dos palabras se encierra un contenido demasiado amplio, complejo y variado, que no se reduce a la ya en sí misma trascendente función jurisdiccional del Estado, consistente en dirimir, mediante la aplicación del derecho, las controversias de trascendencia jurídica (litigios) emergentes, de manera

inmediata y directa o solo mediata e indirecta, de los procedimientos electorales llevados a cabo para la renovación periódica de los depositarios del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, tanto federal como local, así como de los integrantes de los ayuntamientos de los estados y de los correlativos depositarios del poder público en el Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales.

La frase “justicia electoral”, ahora, abarca todas las vías, constitucional y legalmente establecidas, para garantizar que todos los procedimientos, actos y resoluciones electorales se ajusten, invariablemente, al principio de legalidad *lato sensu*, es decir, al principio de constitucionalidad y al de legalidad *stricto sensu*.

El vocablo “todos” comprende la actuación de la totalidad de los sujetos de derecho electoral, con y sin personalidad jurídica, sean gobernados o autoridades, electorales y no electorales, administrativas, legislativas o jurisdiccionales, siempre que su actuación, activa u omisiva, tenga efectos jurídicos en materia electoral.

En resumen, la frase “justicia electoral”, actualmente, tiene una connotación demasiado amplia, porque incluye al: 1) derecho procesal electoral, orgánico y dinámico, relativo a todos los juicios y recursos jurisdiccionales electorales; 2) derecho procedimental electoral, es decir, el que tiene por objeto a los recursos electorales de naturaleza administrativa, contra las autoridades y los partidos políticos; 3) derecho procesal constitucional, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para impugnar leyes electorales, federales y locales, consideradas contrarias a la CPEUM; 4) derecho penal electoral, correspondiente a la tipificación de determinadas conductas como delitos electorales, federales y del fuero común; 5) derecho procesal penal electoral, que tiene por objeto al proceso, juicio o causa, con motivo de la comisión de delitos electorales; 6) derecho administrativo sancionador electoral, que tiene por objeto las conductas electorales ilícitas, tipificadas y sancionadas como infracciones administrativas electorales, así como las reglas jurídicas sobre la denuncia o queja y el procedimiento para tramitar y dictar resolución; finalmente, se puede incluir al 7) derecho procesal laboral electoral, que comprende los juicios y recursos, administrativos y jurisdiccionales, a favor de los servidores públicos del Instituto Federal Electoral y del TEPJF, para dirimir las diferencias y/o controversias que surgen con motivo de la correspondiente relación laboral.

Recientemente, en países como Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana, donde se han instituido tribunales electorales similares al de México, se empieza a usar la voz derecho procesal electoral y, como sinónima, la dicción “justicia electoral”; sin embargo, es necesario hacer la correspondiente conceptualización, clasificación y sistematización, en beneficio de la ciencia jurídica y del Estado de derecho democrático.

Flavio Galván Rivera

JUSTICIA MAYOR

En la Edad Media existe un precedente del juez constitucional y del juez convencional: el justicia mayor, quien al conocer y resolver los procesos fora-

les aragoneses (los de mayor arraigo eran de manifestación de personas, de inventario, de jurisfirma o firma de derecho, y de aprehensión), “amparaba” a las personas y a sus bienes en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero (parangón de los actos inconstitucionales) en perjuicio de los mismos, asegurándose este funcionario del cumplimiento de los privilegios de los habitantes de la ciudad, la organización política, y, en general, el derecho de la misma (en el que preponderaron las costumbres locales), todo ello estatuido, por ejemplo, en un alto ordenamiento, como lo fue el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa.

En el Reino de Aragón el justicia mayor era juez supremo. Ejercía elevadísimas funciones, era el último intérprete de las leyes, conocía de las causas del rey, era considerado como un baluarte contra la opresión, pues él, en caso de duda, decidía si eran conformes a las leyes los decretos u órdenes reales, y si debían en consecuencia ejecutarse o no; él amparaba a los particulares cuando contra ellos o sus bienes se cometía algún atentado o se temía que se cometiese por las autoridades; y contra sus fallos, que debían obedecerse en todo el reino, no prevalecían ni las órdenes del soberano. Así habían llegado los aragoneses a asegurar sus derechos naturales.

La finalidad funcional del justicia mayor de Aragón (juez que también existió en el Reino de Castilla), que implicó al mismo tiempo la causa de su creación, se precisó en el *Pacto de Sobrarbe*, en cuyo punto V se disponía: “Para que nuestras libertades no padezcan detrimento ni daño, habrá: juez medio sobre el Rey y sus súbditos, a quien sea lícito apelar el que recibiere agravio, o de los que recibiese la República o sus leyes, para su remedio”.

El justicia mayor de Aragón tuvo dos tipos de facultades: unas de índole político y otras de naturaleza estrictamente jurisdiccional. En relación con estas últimas, realizaba funciones de juez medio entre el rey y sus vasallos, como se estableció en el Fuero de Sobrarbe, y se encargaba de resolver los procesos forales aragoneses, precedentes de los procesos constitucionales.

Debido a la abundante demanda de sus funciones, se le autorizó en 1348 para que nombrase un lugarteniente, quien le auxilió en sus labores, autorización que se extendió posteriormente a dos en 1352, los cuales desde 1461 fueron designados por insaculación de la bolsa formada con este objeto por los diputados del reino. En 1592, las Cortes de Zaragoza aumentaron a cinco el número de lugartenientes. La agrupación de estos funcionarios se denominó *justiciaazgo*.

Si bien la figura del justicia mayor nació a finales del siglo XII e inicios del XIII, es decir, a mitad de la Edad Media, su esfera tutelar de mayor desarrollo fue en los siglos XIV a XVI (1436 a 1520), especialmente al sustanciar el proceso foral de manifestación de personas. Desde esta perspectiva, el justicia mayor tenía como función más importante y prestigiosa el recordar a quienes gobernaban que las leyes las debían de cumplir todos, empezando por el que las promulgaba. Así, ya en el juramento de los reyes de Aragón decía: “Te hacemos Rey si cumples nuestros Fueros y los haces cumplir, si no, no”. Se infiere que el justicia mayor constituye un precedente del amparo, en cuanto

a la categoría procesal de la *jurisdicción*, así como un antecedente de los jueces constitucionales y convencionales contemporáneos, por ser el guardián e intérprete del sistema jurídico español de la Edad Media.

La aparición de la inamovilidad de este juez supremo (garantía de la independencia judicial entonces y ahora, objeto de estudio del derecho constitucional procesal), y en consecuencia de la irrenunciabilidad del cargo, causó su fortaleza pero también trastornos. Mas la inamovilidad requirió a su vez de otra garantía: la de la inviolabilidad de la persona. Problema conexo con el de responsabilidad del justicia y sus lugartenientes, que fue abordado en el fuero de 1436, esto es, el justiciazgo se robusteció al establecerse que solo el conjunto de las Cortes y el rey podía hacerlo responsable.

Cabe destacar que el justicia mayor sufrió diversos avatares por defender las leyes y soportó represalias transcendentales en diversos momentos de la historia, y en específico cuando en las Cortes de Tarazona, de 1592, se establece que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído el cargo por el rey. De suerte que, el justiciazgo quedó mermado y a merced del soberano español, acontecer que se ejemplificó con la orden de ejecución del último verdadero justicia, don Juan de Lanuza. La desaparición del justiciago se confirma con la expedición de los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, en 1707.

Juan Rivera Hernández

JUSTICIA TRADICIONAL INDÍGENA (USOS Y COSTUMBRES)

La locución “justicia tradicional indígena” es de nuevo cuño en la doctrina jurídica contemporánea. En efecto, la teoría jurídica de la última parte del siglo XX ha delineado las características de la justicia indígena y su relación con otras ciencias sociales. Se advierte que la contribución científica de diversas ciencias sociales (como la antropología, la etnología, la sociología, entre otras) ha sido determinante y ha permitido contar con un cuerpo doctrinario que ha posibilitado la articulación de una auténtica perspectiva sobre los derechos de los pueblos indígenas. Dicho en otras palabras, la doctrina jurídica ha delineado diversos ejes de reflexión, a partir de los planteamientos de otras disciplinas sociales para establecer una teoría jurídica de los usos y costumbres indígenas. Esto, sobre todo porque los usos y costumbres indígenas como núcleo del sistema jurídico indígena establecieron desafíos a los clásicos principios de la modernidad jurídica: derechos colectivos frente a derechos individuales; culturalización de los derechos humanos; emancipación social frente a la regulación estatal, entre otras cuestiones. Dichas temáticas nacieron con un componente de marginalidad en el discurso jurídico y por ello su obligado desarrollo en otras disciplinas. Un ejemplo claro de lo anterior es la creación de la teoría del derecho de las minorías indígenas, cuya articulación fue realizada sobre los planteamientos realizados por la filosofía política anglosajona. Sin embargo, es dable apuntar que las diversas teorías de los derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de la justicia indígena han contribuido al debate nacional y su relación con la exuberante doctrina y principios jurídicos del derecho comparado en materia de pueblos indígenas.

El nacimiento de los derechos indígenas, como reclamos institucionales, ha estado marcado por la paradoja. En América Latina, algunos países tienen una población indígena significativa y solo hasta tiempos recientes, el sistema jurídico ha regulado los derechos de dichas poblaciones. Justamente, la falta de regulación jurídica de los pueblos indígenas en el espectro constitucional provocó que la realidad indígena fuera objeto de un olvido institucional. De hecho, la relación entre las políticas públicas y los pueblos indígenas se encuentra todavía en gestación en un buen número de países latinoamericanos. Sin embargo, las razones de omitir la mención de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos no son gratuitas; al contrario, respondió al paradigma jurídico planteado por la modernidad y dominado principalmente por el principio de igualdad jurídica que pretendió colmar cualquier tipo de reclamo ciudadano, incluyendo el indígena. A pesar de lo anterior, las contribuciones jurídicas de los últimos años se han incrementado para conformar un “corpus” teórico que permite señalar la existencia de una auténtica ciencia del derecho indígena. Inicialmente la discusión del derecho indígena ha sido considerada desde el derecho constitucional, pero hay otras disciplinas que han sido especialmente pródigas en reflexiones de alto calibre, como la sociología jurídica y la antropología jurídica. También es conveniente recordar que en algunos países, como México cuya reforma indígena se llevó a cabo en los albores del siglo XXI, la inclusión de los derechos indígenas en el texto constitucional ha galvanizado un rico derecho constitucional estatal. Esto es, en países de corte federal, el reconocimiento constitucional indígena ha estado aparejado a un cambio en las leyes de las diversas entidades federativas.

Por otra parte, se debe evidenciar la importancia de diversos movimientos sociales y políticos que han reivindicado las necesidades de los pueblos indígenas para coadyuvar en el debate de los pueblos indígenas, como fue el caso del alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México en 1994. En esta sede, debe señalarse la importante labor de variadas organizaciones no gubernamentales (ONG), expertos independientes, y Estados que han debatido la realidad indígena y que han actuado para mejorar el nivel social de los pueblos indígenas. Todos estos esfuerzos han ido cristalizando después de varios años y a través de diversas generaciones.

Es necesario recordar que en algunos casos, como el de México, el reconocimiento constitucional ha sido tardío o en algunos otros, como en el caso de Bolivia, los derechos indígenas son el núcleo del texto constitucional. Sin embargo, en las diversas legislaciones latinoamericanas se pueden señalar, principalmente, dos grandes grupos. Aquellos países que otorgan ciertos derechos a los pueblos indígenas, como Honduras, el Salvador y Costa Rica. En un segundo plano, encontraríamos a otros países que regulan de manera más extensa los derechos de los pueblos indígenas; en este grupo encontramos países tales como México, Nicaragua, Colombia, Panamá, Argentina, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Perú, Brasil y Guatemala. Asimismo, el reconocimiento constitucional ha ido de la mano del desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales de los Estados o de jurisprudencia de algunos tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase por ejemplo la sentencia del 23 de junio de 2005 del caso *Yatama vs. Nicaragua*).

La discusión del derecho indígena centra su atención en cuestiones que tradicionalmente la ciencia jurídica no había analizado respecto a la realidad indígena, como la costumbre, el municipio, la pluralidad jurídica, el reconocimiento de las minorías, la autonomía, por citar algunas de las discusiones más prominentes en que se ha visto involucrada la cuestión indígena. Esto, precisamente, ha motivado la participación de los juristas en los grandes debates sobre el diseño institucional del Estado latinoamericano contemporáneo. Aún más, la figura de los derechos individuales, característica del Estado liberal, ha sido puesta en jaque con la inclusión en diversos ordenamientos jurídicos de los denominados derechos colectivos indígenas. De tal suerte que la doctrina sobre los derechos de los pueblos indígenas ha permitido la conformación de un aparato crítico que brinda originalidad al perfil del sistema jurídico de América Latina. Es así que la ciencia jurídica latinoamericana está creando un derecho común en materia de derecho público. En la reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas, los juristas latinoamericanos han participado en la gran introspección histórica que han realizado la mayoría de los países latinoamericanos en los últimos años. Los Estados latinoamericanos no son entidades homogéneas, sino comunidades políticas pluriculturales.

Veamos algunas de las temáticas que han sido objeto de las legislaciones nacionales sobre derechos indígenas: 1) reconocimiento de usos y costumbres indígenas; 2) derecho a la autoadscripción; 3) derecho a la libre determinación; 4) derecho a la autonomía; 5) derecho a la preservación de la identidad cultural; 6) derecho a la tierra y al territorio; 7) derecho de consulta y participación; 8) derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado; 9) derecho al desarrollo (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México).

Otro elemento que es necesario señalar en el debate de los pueblos indígenas es la referida al marco internacional de los derechos indígenas. Como se ha señalado, “la cuestión de los pueblos indígenas no es nueva para el derecho internacional, sino que ha figurado con mayor o menor relevancia en el discurso y la práctica jurídico-internacionales durante siglos” (James Anaya). Desde Bartolomé de las Casas hasta Lassa Oppenheim, pasando por Francisco de Vitoria, la cuestión indígena ha sido objeto del derecho internacional. Sin embargo, esta disciplina ha destacado la importancia del derecho indígena situando la discusión en el ámbito de los derechos humanos, derechos colectivos, defensa del medio ambiente, entre otros. Para tal fin, se han creado diversos instrumentos de carácter internacional, entre los que se mencionarán solo dos, que reflejan la importancia del fenómeno indígena: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 1/2 del 29 de junio de 2006), o bien, el célebre Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989 en su 76a. sesión) cuyo impacto en los sistemas jurídicos nacionales ha sido determinante en el derecho de los pueblos indígenas. También es relevante en el ámbito del derecho internacional, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (en virtud de la resolución 2001/57

de la Comisión de Derechos Humanos del 24 de abril de 2001, en su 57o. periodo de sesiones), cuyo mandato tiene los siguientes objetivos: *a)* recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; *b)* formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y *c)* trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Rodolfo Stavenhagen).

La justicia indígena es pues, uno de los principales sistemas que han surgido en la ciencia jurídica contemporánea y que permiten comprender que el derecho es una entidad dinámica que debe abrazar la tensión entre realidad social y norma jurídica. Con el debate de los pueblos indígenas hemos asistido a una nueva forma de comprender el derecho, una nueva manera de enfrentar la añeja discusión entre ser y deber ser. El derecho indígena ha evidenciado el carácter dinámico de los sistemas jurídicos.

Mario Cruz Martínez

JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES

I. JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES. Ambas expresiones no son conceptos de definición exacta. Admiten diversidad de usos dada la variedad de sistemas y de competencias que pueden atribuirse a una y otra. Su delimitación es positiva e histórica, varía en cada ordenamiento. Algunos autores equiparan ambos conceptos. Pero no creo sean equivalentes. La noción de “justicia” es más amplia si la comprendemos como la encargada de la aplicación judicial de la Constitución, pues igualmente resuelven pretensiones conforme a normas constitucionales los órganos judiciales. Jueces y tribunales amparan derechos, revisan la constitucionalidad de los reglamentos, resuelven controversias competenciales, y adecuan normas a los mandatos constitucionales mediante una interpretación conforme. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el único. No existe un *monopolio de aplicación* de la Constitución, sino solo *de rechazo de la ley* en los sistemas concentrados. Pero una jurisdicción constitucional debe mantener unida y sin contradicciones una pluralidad de órganos judiciales que, de forma muy difusa, ejercen la justicia constitucional. Pese a que el sentido más empleado de jurisdicción constitucional la identifica con el *control de constitucionalidad de las leyes*, es necesario operar con un concepto más amplio. Finalmente, la adopción de una jurisdicción constitucional comporta un concepto de *Constitución formal y rígida*, a la que esta garantía jurisdiccional sirve.

II. SISTEMAS: EUROPEO, AMERICANO E HÍBRIDOS. Están estudiadas las disimilitudes entre dos grandes sistemas: el modelo americano —difuso, concreto y declarativo—, y el modelo europeo —concentrado, abstracto y constitutivo—. Más tarde advertimos sus similitudes hasta llegar a pensar (Pizzorussu) en la

existencia de un único modelo. Una tesis excesiva, pues volvimos a apreciar las diferencias que persisten: en los efectos de las sentencias, en el poder de una pluralidad de jueces ordinarios que es grande —al menos en teoría— en un sistema difuso, y en los específicos rasgos del juicio de inconstitucionalidad concreto e incidental. No podemos tampoco olvidar los diversos híbridos de uno y otro modelo surgidos en Iberoamérica.

III. INSUFICIENCIAS DE LA TEORIZACIÓN DEL PERIODO DE ENTREGUERRAS. Desde Kelsen, la jurisdicción constitucional europea se hace coincidir con el *monopolio de control* de constitucionalidad de la ley. Pero el propio clásico se encontró en apuros a la hora de diferenciar entre la jurisdicción constitucional y la *contencioso-administrativa*, y concluyó que solo las normas positivas pueden realizar ese deslinde, de manera convencional y formal antes que material. Ese marco teórico tampoco preveía ese posterior aditamento que fue el *amparo*, y que ha acabado por devorar algunas jurisdicciones constitucionales —más del 90% de los asuntos— generando una clara hipertrofia. Esa posición no parece adecuada a la realidad, pues incurre en una simplificación: tomar una parte por el todo. Asimismo, su visión abstracta se complace mal con la actual generalización tanto de unas *acciones abstractas*, conformadas por una comparación normativa indeterminada, como de otras *concretas* donde los hechos son incidentales y se introducen en las normas hasta determinarlas.

IV. LA JURISDICCIÓN NO SE IDENTIFICA POR EL MONOPOLIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES SINO POR LA AGREGACIÓN DE TRES FUNCIONES DIVERSAS. El modelo europeo es ciertamente concentrado, pero ya no es solo abstracto y objetivo, pues ha incorporado diversas acciones subjetivas y concretas. En segundo lugar, alberga varias funciones superpuestas en una *commixtio*.

V. TRIBUNAL DE CONFLICTOS, SENADO Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSA. La primera en el tiempo es la herencia germánica de un tribunal de conflictos: Una jurisdicción de Estado que arbitra la división de poderes entre órganos constitucionales y entes territoriales. Pero comparte la solución de las *controversias constitucionales* con otras instituciones: los *senados territoriales*, que deben ser una cámara de interconexión de políticas competenciales; con la labor arbitral de diversas *comisiones administrativas de cooperación*; con la intervención de la *jurisdicción contencioso-administrativa* en la solución de conflictos entre entes territoriales por la vía de recursos contenciosos. Este tribunal de conflictos carece de un “monopolio de decisión” como ocurre, en cambio, con el “monopolio de rechazo” de las leyes. Los silencios del legislador y las contradicciones de la jurisprudencia han producido un largo debate —todavía no resuelto en España a diferencia de en Alemania—, sobre la relación entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa.

VI. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. En segundo lugar, un control de constitucionalidad de las leyes en vía directa y abstracta, y más tarde incidental y concreta; un sistema generalizado por toda Europa después de la Segunda Guerra Mundial e incorporado en parte a Iberoamérica, puede explicarse como un control jurídico de normas infraconstitucionales por su adecuación a un canon o parámetro de normas superiores en jerarquía: la Constitución o el bloque de la constitucionalidad.

VII. TRIBUNAL DE AMPARO. En tercer lugar, la jurisdicción constitucional alberga un *tribunal ciudadano* con competencia para enjuiciar un *amparo constitucional* de derechos fundamentales. Una construcción expandida en Europa tras la última mitad del siglo XX, de génesis germánica y con antecedentes en México y en la Constitución Española de 1931. Este juicio de ponderación de derechos no es en esencia diferente del *amparo judicial u ordinario* ante los órganos del Poder Judicial, ni del *amparo europeo* o acceso directo ante el Tribunal de Estrasburgo, e incluso del acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos después del filtro de la Comisión; salvando los distintos efectos de las sentencias y las diversidades procesales. Asistimos a una europeización y americanización de las jurisdicciones constitucionales como gran reto.

VIII. CARÁCTER INTERCAMBIABLE DE LOS PROCESOS. Las tres funciones se cumplen en diversos procesos, y no exclusivamente en los más propios de cada una de ellas. Existe una interrelación de todos ellos hasta formar un sistema. El control de leyes sirve también para garantizar derechos en forma objetiva, y no subjetiva como en amparo. El recurso de inconstitucionalidad se usa además para elucidar vicios formales y materiales de inconstitucionalidad, para resolver vicios de incompetencia territorial, a través de lo que son materialmente conflictos de competencia legislativa. Las cuestiones de inconstitucionalidad tampoco dejan de utilizarse para resolver controversias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas, y han sido el camino habitual de acceder los municipios.

IX. ¿FUNCIÓN PRINCIPAL? Las tres labores son igualmente “funciones principales” en el sentido de definitorias del órgano constitucional. Pero, estadísticamente, los amparos suelen ser muy superiores en número al control de constitucionalidad y a veces también los conflictos. La importancia cualitativa del control no puede negarse, pero ciertos entendimientos reduccionistas pugnan con las normas y la realidad. No obstante, es cierto que el control de la ley es la única función indefectible, de forzosa y exclusiva atribución al Tribunal Constitucional, y, en consecuencia, esencial.

X. UNA DEFINICIÓN SUBJETIVA Y FORMAL. Las tres funciones son tan distintas entre sí que no parece correspondan a un único modelo de jurisdicción constitucional diseñado unitariamente. Acaso solo se puede teorizar como sistema por su atribución a un único *tribunal constitucional* en el modelo concentrado. La actividad de este órgano identifica la jurisdicción, que viene delimitada en clave subjetiva antes que material. De manera complementaria, las categorías de *sentencia constitucional* y *procesos constitucionales* contribuyen, asimismo, a identificar formalmente la jurisdicción. Hablar de una jurisdicción constitucional es referirse a los intensos efectos de las sentencias constitucionales, su eficacia *erga omnes* que las aproxima a las leyes, las diversas consecuencias de los vicios de inconstitucionalidad —formal, material y de incompetencia—, la nulidad como sanción en sus distintas variantes —retroactiva, declarativa, prospectiva— o la posibilidad de una inconstitucionalidad sin nulidad, la extraordinaria intensidad del efecto de “vinculación”, la menguada eficacia de la categoría de “cosa juzgada”, la amplia gama de medidas de restablecimiento del daño, etcétera. Todo un *derecho procesal constitucional* derivado del derecho sustantivo.

L



LEGISLADOR NEGATIVO

El concepto de legislador negativo se emplea para referirse a la primigenia concepción de los tribunales constitucionales según el diseño de estos elaborado por Hans Kelsen. Sobre la base de la distinción entre la función legislativa, que consiste en crear normas generales, y la función jurisdiccional, que genera normas individuales, Kelsen es el formulador de la teoría del tribunal constitucional como legislador negativo: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo por así decirlo más que una confección con signo negativo. La anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el Tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”.

El titular, por tanto, de esta potestad legislativa negativa es un tribunal de derecho, independiente tanto del Gobierno como del Parlamento, a quienes en última instancia debe controlar. Además, existe otra gran diferencia entre el legislador positivo y el negativo. El legislador negativo actúa en aplicación de las normas de la Constitución, y a diferencia del legislador positivo, carece de un poder de libre creación normativa: “En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro Tribunal”. En definitiva, el legislador negativo, a diferencia del positivo, aplica —y no crea— el derecho.

Ahora bien, Kelsen fue consciente del problema relativo al riesgo de que el legislador negativo acabara suplantando al Parlamento; por ello, para remediarlo propuso la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales: “Si la Constitución quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”. Evidente resulta que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial abundan en ese tipo de cláusulas en la medida en que formulan mediante categorías genéricas los principios y valores del Estado constitucional. Ello ha determinado que esta concepción de los tribunales constitucionales como legisladores negativos haya sido superada por la historia. El derecho constitucional comparado pone de manifiesto cómo las cortes constitucionales a través de una amplia tipología de sentencias (interpretativas, aditivas, manipulativas, de recomendación al legislador, etcétera) han pasado a convertirse en legisladores positivos.

Javier Tajadura Tejada

LEGISLADOR POSITIVO

El legislador es aquel poder del Estado que es titular y ejerce ese mismo poder en el Estado. La potestad legislativa es la facultad atribuida a determinados órganos del Estado para aprobar las leyes o normas con rango de ley del mismo. Históricamente, esta potestad se identificaba con la soberanía —hacer la

ley era uno de los principales atributos del soberano (J. Bodino)—, pero en el Estado constitucional se configura como una potestad constituida y limitada, tanto material como formalmente, por la propia Constitución.

En el constitucionalismo europeo basado en el modelo francés, el legislador se confundió con el soberano, y el dogma de la ley como expresión de la voluntad general (J. J. Rousseau) derivó en el principio de soberanía parlamentaria que hizo inviable el Estado constitucional, basado, como es sabido, en la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, y en la supremacía de aquel sobre estos, incluido el legislador (R. Carré de Malberg). Los intentos de Sieyès (1795 y 1799) de crear un tribunal constitucional que controlara al legislador y pudiera anular sus actos fueron rechazados en un contexto histórico caracterizado (a pesar de la trágica experiencia del “Terror”) por un fuerte prejuicio proparlamentario. Hubo que esperar al surgimiento en Europa de los primeros tribunales constitucionales en los años veinte, creaciones del gran jurista austriaco Hans Kelsen, para concebir al legislador como un poder limitado. Al mismo tiempo hicieron así su aparición en la historia unos órganos que por tener atribuida la función de declarar nulas las leyes inconstitucionales fueron considerados titulares de un Poder Legislativo negativo. Con el tiempo, la generalización y la consolidación de los tribunales constitucionales, el aumento de sus funciones y el surgimiento de nuevos tipos de sentencias (aditivas, interpretativas, etcétera) han hecho que la concepción de los tribunales constitucionales como meros legisladores negativos, según la concepción kelseniana, haya sido superada, y en puridad, son también titulares de un Poder Legislativo positivo.

En el constitucionalismo norteamericano, el carácter limitado de la potestad legislativa fue asumido desde que, en 1803, el juez Marshall, en una célebre y clásica sentencia, sentó las bases del control jurisdiccional de las leyes, siendo el más formidable instrumento para impedir “la tiranía de la mayoría” (A. de Tocqueville).

Con carácter general, en el seno de un Estado constitucional, las asambleas representativas o parlamentos ejercen la potestad legislativa. Tradicionalmente, Parlamento y Legislativo eran términos sinónimos, pero en la actualidad y al margen de que, como acabamos de señalar, quepa distinguir también entre un legislador positivo y otro negativo (H. Kelsen), el Legislativo es un poder que aparece muy fragmentado. En primer lugar, porque la sustitución del Estado liberal por el Estado social y la progresiva intervención del Estado en la vida económica han puesto de manifiesto la necesidad de que el tradicionalmente denominado Poder Ejecutivo, esto es, los gobiernos, sean titulares también de la potestad legislativa y puedan dictar normas con rango de ley. A mayor abundamiento, en los regímenes parlamentarios la inmensa mayoría de las leyes aprobadas trae causa de proyectos de ley de elaboración gubernamental.

Por otro lado, en el contexto de los diversos procesos de descentralización política (federalismo) el Poder Legislativo se reparte desde un punto de vista material entre la Federación o Unión, y las entidades infraestatales. Hasta tal punto esto es así, que la existencia o no de diversos órganos legislativos en el

seno del Estado es lo que permite distinguir un Estado federal o compuesto (por ejemplo, México) de uno que no lo es (por ejemplo, Francia).

Finalmente, el proceso de creación de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, determina que sobre determinadas materias los Estados le hayan atribuido la potestad legislativa. Aunque no exista el término “ley europea”, los reglamentos y directivas de la Unión Europea son materialmente leyes europeas emanadas de un nuevo legislador supranacional, integrado por dos cámaras: el Parlamento Europeo, donde están representados todos los ciudadanos europeos, y el Consejo, donde están representados los Estados.

Javier Tajadura Tejada

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASOS DE INTERESES DIFUSOS

El aseguramiento de derechos denominados “de tercera generación”, como el derecho a la protección del medio ambiente, el derecho a la calidad de vida, el derecho de los consumidores y usuarios, entre otros, otorga la titularidad de ellos a individuos y a colectividades que puede ser difícil de precisar. El acceso a la jurisdicción de estos derechos, según Ferrer Mac-Gregor en el libro *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, es uno de los temas “recientes” del derecho procesal contemporáneo, por lo que las Constituciones de fines del siglo XX se han preocupado de abrir y asegurar cause a legitimaciones, denominadas por Pablo Gutiérrez, en su obra *La tutela de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos*, como “supraindividuales”, que hagan efectivo el acceso a la jurisdicción.

Los derechos o intereses difusos y los derechos o intereses colectivos, según los diferentes países, pueden tomarse como sinónimos o pueden diferenciarse. En todo caso, la legitimación para la tutela de los derechos o intereses difusos o colectivos se basa en un interés legítimo específico que debe ser invocado por el actor o demandante; ello lo distingue de las acciones populares, que se sostienen solo en el interés de la juridicidad, estando legitimadas para accionar todas las personas que invoquen la calidad de ciudadanos. Independientemente del concepto que rijan al derecho o interés difuso, como parte de la defensa de la ciudadanía, su finalidad es satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a los individuos. El derecho o interés difuso, debido a que la lesión que lo infringe es general, afectando a una población o a extensos sectores de ella, vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas solo por una misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución. Es la lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que señala el contenido del derecho e interés difuso.

El interés difuso se diferencia del interés colectivo en que este último, en cuanto a su naturaleza, es mucho más concreto para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no solo para el que lo detenta, sino también para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinado de personas (perseguido de manera unificada), por tener ese grupo sus características y aspiraciones sociales comunes; por otra parte, los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de estos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo, y pertenecen por entero a todos ellos.

Diferentes Constituciones en los distintos continentes regulan la legitimación, ya sea individual y/o colectivamente para el amparo de los derechos o intereses difusos y/o colectivos, o bien se permite una legitimación activa por acción popular. En algunos ordenamientos constitucionales y legales, tanto de América Latina como de Europa, posibilitan también que el respectivo Defensor del Pueblo tenga legitimación activa en la materia para proteger los derechos e intereses de determinados segmentos de la población en la materia. Asimismo, en diversos países el ordenamiento jurídico contempla la legitimación activa en acciones colectivas o difusas a las asociaciones que propenden a promover y garantizar esos derechos. Finalmente, hay diversos Estados donde el ordenamiento jurídico institucionaliza organismos públicos a los cuales se les otorga legitimación activa en acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores, o de prestaciones financieras, comerciales o de determinados servicios (agua potable, electricidad, telefonía, entre otros) brindados por instituciones o empresas privadas.

En este ámbito señalaremos, a modo ejemplar, las disposiciones pertinentes de algunas Constituciones latinoamericanas.

La Constitución de Brasil de 1988, en su art. 5o., fracción LXIII, considera la existencia de una acción popular, mediante la cual la jurisprudencia judicial ha admitido la protección de grupos indeterminados en materia de medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, así como en materias de desarrollo urbano.

La Constitución colombiana de 1991, en su art. 88, establece lo siguiente: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. A su vez, el art. 89 complementa el texto anterior: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus de-

rechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

La Constitución de Paraguay de 1992, en su art. 38, se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos, donde toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

La Constitución de Argentina (reformada en 1994), en su art. 43, determina lo siguiente: “Podrán interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de la organización”.

La Constitución Política del Ecuador (1998), en su art. 95, otorga legitimación a cualquier persona, por su propio derecho o como representante legítimo de una colectividad, para ejercer una acción de amparo ante el organismo judicial competente.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 26, estableció el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer los derechos e intereses, “incluso los colectivos o difusos”.

Es posible señalar como requisitos para hacer efectiva la legitimación activa, en el caso de particulares o grupos de personas que concretan acciones sobre derechos o intereses difusos o colectivos, los siguientes:

- a) Que la acción se presente no en virtud de un interés individual, sino en función del derecho o interés difuso o colectivo.
- b) Que la razón de la demanda sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de algunos sectores de él.
- c) Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación individual.
- d) Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda al conjunto de la población o parte de ella.
- e) Que el actor que demanda o requiere en virtud del interés general sea afectado por el daño o peligro en que se encuentra la colectividad afectada.
- f) Que el sujeto pasivo deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL CONCRETO O INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Nos referimos a “legitimación activa” para determinar aquellas personas naturales o jurídicas, así como órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, dotados de la facultad de ejercer el derecho a

la jurisdicción ante la judicatura constitucional respectiva en procesos y procedimientos como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.

La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) de control de constitucionalidad y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse en seis los grupos legitimados, que son: determinadas autoridades u órganos constitucionales de carácter político (presidente de la República; Gobierno o primer ministro; Congreso, Asamblea Parlamentaria o Parlamento); un número o porcentaje de parlamentarios que integran una de las Cámaras o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular o pública), y órganos que representan derechos de sectores débiles de la sociedad (Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos).

Por “control concreto de constitucionalidad” entendemos aquel que se efectúa no sobre el enunciado del precepto normativo (generalmente un precepto legal), sino sobre la norma que emana del mismo precepto en su aplicación a un caso específico, siendo la aplicación de esa norma la que se declara inaplicable por ser inconstitucional o contraria a la Constitución.

La legitimación activa para ese control concreto de constitucionalidad generalmente se entrega a la parte afectada en sus intereses subjetivos en la gestión judicial que está en curso en la jurisdicción ordinaria o en procedimiento administrativo, cuando en tales procedimientos se haya invocado una norma jurídica cuya aplicación al caso concreto genere un efecto inconstitucional. En este caso la parte puede plantear un incidente o una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la respectiva jurisdicción constitucional (Chile, España, Italia) o ante el mismo tribunal ordinario de justicia (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, por señalar algunos ejemplos).

En algunos ordenamientos jurídicos, la legitimación activa en control concreto se entrega no solo a las partes que participan en la gestión judicial, sino también al mismo juez del tribunal respectivo, el cual puede activar el control incidental (España e Italia) ante la jurisdicción constitucional, o bien plantear una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile).

En otros casos, la legitimación activa en control concreto incidental la ejerce el juez o tribunal ordinario de oficio, como ocurre en Ecuador o Venezuela.

Las decisiones en que se ejerce el control concreto de constitucionalidad tienen una significación general innegable, ya que se desaplica en el caso concreto, producto de su efecto constitucional en ese caso específico, la norma que emana de una ley que se encuentra vigente y que sigue rigiendo en el ordenamiento jurídico, siendo aplicable para el resto de los operadores jurídicos.

En algunos países, la doctrina ha señalado la escasa incidencia del control concreto de constitucionalidad y la debilidad de las magistraturas ordinarias en ejercerlo, de acuerdo a lo contemplado por Jesús M. Casal en *Constitución y justicia*, y Bewer en *La Constitución de 1999*.

En otros casos, el control concreto de constitucionalidad constituye la mayor actividad de la respectiva jurisdicción constitucional, como es el caso del tribunal constitucional chileno, donde la activación del control lo realizan las partes dentro de una gestión judicial en curso ante magistratura ordinaria o especial, o el juez cuando tiene duda de la constitucionalidad que puede producir en un caso concreto la norma que emana de la aplicación de un precepto legal determinado.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL ABSTRACTO

La legitimación en el control abstracto de constitucionalidad de la ley implica, por una parte, la posibilidad de activar el funcionamiento de tribunales o cortes constitucionales o supremas con funciones de constitucionales, y por otra, el hecho de que el propio legislador establezca en la Constitución —en ocasiones en la ley o en ambas— un catálogo de entes, sujetos, poderes u órganos —inclusive ciudadanos— con la atribución necesaria para que las normas que él mismo confecciona puedan ser cuestionadas ante un órgano jurisdiccional de control constitucional por su presunta contravención con la norma fundamental.

En cuanto a legitimación activa en México, existe un *numerus clausus* diseñado por el legislador en la Constitución federal en 1994 —considerando las reformas del mismo rango en 1996, 2006 y 2011—; la relación o “catálogo” de los legitimados se establece de los incisos *a* al *g* de la fracción II del art. 105 constitucional, que son los siguientes:

“Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea;

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los Derechos Humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...”.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR ACCIÓN POPULAR O PÚBLICA

La legitimación activa por acción popular o pública de inconstitucionalidad es aquella en que toda persona capaz procesalmente tiene la facultad e interés procesal y jurídico para requerir, demandar o accionar de inconstitucionalidad ante el órgano que ejerce jurisdicción constitucional, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. En el caso de legitimación activa por acción popular, el actor se constituye en un defensor del orden constitucional en control abstracto, generalmente de carácter reparador de constitucionalidad. La sola defensa del orden constitucional le da interés para actuar, sin que haya sufrido un daño en su interés personal o subjetivo producto de la inconstitucionalidad del precepto normativo infraconstitucional.

Este tipo de acciones populares de inconstitucionalidad es excepcional en la perspectiva del derecho constitucional comparado.

En el ámbito latinoamericano, los ordenamientos jurídicos que la contemplan desde el siglo XIX son los casos de Colombia y Venezuela; asimismo, más recientemente, en la Constitución de Guatemala de 1985 se establece una acción popular abstracta de inconstitucionalidad, así como también en la Constitución ecuatoriana de 2008. Igualmente, esta figura se encuentra, en una versión muy tímida y atenuada, en la Constitución chilena reformada en 2005, en el art. 93, núm. 7.

En Colombia, la Constitución vigente contempla la acción popular de inconstitucionalidad, ya que de acuerdo con el art. 241, núms. 4 y 5, de la Constitución, cualquier ciudadano puede solicitar que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley, con fundamento en los arts. 150, núm. 10, y 341 de la Constitución.

En Venezuela, al igual que en Colombia, desde el siglo XIX existe la acción popular de inconstitucionalidad, según lo establecido en el libro *Instituciones políticas y constitucionales* (t. IV) por Brewer, de la cual conoce, de acuerdo a la carta constitucional vigente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. La base normativa de derecho positivo de esta acción popular se encuentra establecida en el art. 21, párrafo 9o., de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual establece que: “Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal... puede demandar la nulidad del mismo, ante el Tribunal Supremo, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”. El hecho de que el texto se refiera a que el accionante sea afectado “en sus derechos e intereses”, la Corte Suprema de Venezuela, mediante la Sentencia del Pleno del 30 de junio de 1982, publicada en la *Revista de Derecho Público* (núm. 11), lo interpreto señalando que debe presumirse que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos e intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano.

En el caso de Guatemala, esta acción popular de inconstitucionalidad se encuentra establecida en el art. 134 de la LAEP y C.

En el caso de Ecuador, cualquier ciudadano puede iniciar una acción pública de inconstitucionalidad conforme al art. 436, núm. 2, de la Constitución.

En Chile se ha introducido tímidamente la acción popular en el art. 93, núm. 7, de la Constitución vigente, conforme a la reforma constitucional de 2005, para demandar la inconstitucionalidad de un precepto legal en control abstracto con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico, pero ello requiere como prerequisites que, previamente, el Tribunal Constitucional haya declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo precepto legal en control concreto con efectos interpartes, de acuerdo con el art. 93, núm. 6, de la carta fundamental; asimismo, que la acción popular se sustente respecto del mismo vicio de inconstitucionalidad sobre el cual ya se pronunció el Tribunal Constitucional en el control previo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En Europa, en el último cuarto del siglo XX, también aparece, de acuerdo a lo establecido por Fernández Rodríguez en el libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, la acción popular para la impugnación directa de la inconstitucionalidad de leyes en Austria, desde 1975 opera respecto de las leyes que vulneran derechos fundamentales; en Bélgica, la acción popular opera desde 1988. Con respecto a Europa del Este, la acción popular de inconstitucionalidad contra todo tipo de normas jurídicas opera en Hungría.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER EJECUTIVO

La legitimación activa por parte del Ejecutivo (presidente de la República o Gobierno, dependiendo del tipo de gobierno que contempla la respectiva Constitución) opera generalmente en la modalidad de un control abstracto, objetivo y directo, ya sea en control preventivo, o bien en reparador. La legiti-

mación activa del Ejecutivo en control abstracto opera en control preventivo respecto de reformas constitucionales (Colombia, Chile, Ecuador, Perú, entre otros), de convenciones o tratados que son objeto de control de compatibilidad con la Constitución (Bolivia, Colombia, Chile, Francia, Venezuela, entre otros) o proyectos de preceptos legales en tramitación parlamentaria (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador); en cambio, opera en control reparador cuando se habla de tratados internacionales (Alemania, España, Italia, Perú, Costa Rica, entre otros), de preceptos legales o con fuerza de ley en Estados latinoamericanos que cuentan con corte o tribunal constitucional (los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Perú, Santo Domingo); como también eventuales conflictos de jurisdicción o contiendas de competencia horizontales (entre órganos estatales) o verticales (entre órganos estatales y órganos de entidades federativas o regionales), lo que constituye una regla generalizada. En Europa, en el marco de tipos de gobierno parlamentarios republicanos o semipresidenciales, también se reconoce legitimación activa para requerir o demandar de inconstitucionalidad al presidente de la República (Alemania, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Francia, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Rusia, Turquía, Ucrania); al presidente del Gobierno (en el caso de España), y al primer ministro (en el caso de Francia), o por el Gobierno en su conjunto en Alemania (canciller federal con acuerdo del gabinete de Ministros) y en Italia (primer ministro con acuerdo del Consejo de Ministros), por señalar algunos ejemplos.

A través de esa legitimación activa, el Ejecutivo puede impugnar tanto vicios formales derivados de la creación de las normas sin respetar requisitos, órganos, procedimientos o el quórum determinado por la carta fundamental, como vicios materiales derivados del desarrollo de normas infraconstitucionales contrarias a valores, principios y reglas sustantivas aseguradas y garantizadas constitucionalmente.

Por medio de la legitimación activa en control abstracto, el Ejecutivo, en virtud de su posición institucional y funciones, tiene por tarea hacer respetar el orden constitucional, el bien común o el interés general, finalidades que se concretan instrumentalmente mediante la activación del control de constitucionalidad, sin condicionamiento alguno para hacer efectiva la defensa objetiva de la Constitución, con el objeto de impedir la aplicación y la permanencia en el ordenamiento jurídico de preceptos normativos contrarios a la carta fundamental.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER LEGISLATIVO

Por regla general, los países que estructuran su sistema de control de constitucionalidad bajo el modelo germano austriaco, con modalidad de control concentrado de constitucionalidad de preceptos legales, con un control de carácter reparador, por vía de acción, en control abstracto y con efectos de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma infraconstitucional considerada contraria a la Constitución, establecen por regla general una legitimación activa reducida a determinados órganos político-representativos, como son el

presidente de la República, el Gobierno, el Parlamento o alguna de las ramas de un Congreso o Parlamento, así como un porcentaje o número significativo de parlamentarios de alguna de las ramas del Congreso o Parlamento.

Esta legitimación activa la pueden ejercer también los congresos o parlamentos en el caso de controles concentrados de constitucionalidad que pueden llevar a cabo cortes supremas de justicia o salas constitucionales de cortes supremas, que ejercen un control reparador abstracto de constitucionalidad respecto de normas infraconstitucionales.

En este caso nos interesa solo considerar la legitimación activa para impulsar una acción de inconstitucionalidad por el Poder Legislativo, el cual toma forma a través de un Parlamento, Asamblea Parlamentaria o Congreso Nacional, siendo esa legitimación activa concretada cuando así lo acuerda institucionalmente la Asamblea Parlamentaria o la rama específica de ese Parlamento (Cámara de Representantes o Diputados, o Senado, en su caso).

La materia sobre la cual versa normalmente la legitimación activa de este parlamento a través de una acción de inconstitucionalidad puede ser en un control preventivo de constitucionalidad sobre un proyecto de reforma constitucional, la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico o un proyecto de ley en tramitación parlamentaria. En el caso del control reparador será generalmente un control abstracto de preceptos legales o normas administrativas, reglamentos parlamentarios y autoacordados de tribunales superiores de justicia, para señalar los principales enunciados normativos que pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad parlamentaria.

La legitimación por minorías parlamentarias. En algunos países pueden requerir el pronunciamiento del órgano jurisdiccional constitucional respectivo (tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional de corte suprema), algunas minorías significativas de las ramas o cámaras del Congreso Nacional o Parlamento, con ello se busca superar los eventuales abusos de poder o afectación de los derechos fundamentales protegidos objetivamente por la Constitución frente al gobierno y las mayorías parlamentarias, junto con constituir un instrumento para la protección de las minorías. Esta protección de las minorías es parte de la democracia pluralista, en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella en el contexto de una democracia constitucional.

En la democracia actual, la regla de la mayoría no asegura por sí misma la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, la que puede contener vicios tanto de forma (procedimentales) como sustantivos o materiales (contradicción con valores, principios y derechos constitucionales), los cuales dentro de un Estado constitucional democrático deben ser respetados y garantizados, siendo parte del pacto constituyente, que constituye el consenso bajo el cual se produce y desarrolla la integración política y social.

La legitimación activa de la minoría parlamentaria constituye un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno tanto en los regímenes presidencialistas como parlamentarios actuales, otorgando a las minorías un instrumento de control y garantía, con el objeto de impedir el paso de la democracia a la autocracia, así como el potencial abuso y concentración del poder.

La minoría parlamentaria en un sentido amplio designa un conjunto heterogéneo de parlamentarios que aceptan los principios establecidos en la Constitución vigente, y que, en virtud de su posición institucional y de acuerdo a su criterio jurídico constitucional, cumpliendo los requisitos que la respectiva Constitución señala, impugnan ante el órgano de jurisdicción constitucional existente, en su ordenamiento jurídico en control preventivo o reparador de constitucionalidad, un enunciado normativo del ordenamiento jurídico como inconstitucional. Esta minoría parlamentaria puede estar integrada por parlamentarios de oposición, como eventualmente también por parlamentarios que sustentan el gobierno, pero que discrepan de este en materias específicas.

La legitimación activa se otorga a la minoría parlamentaria en virtud de su alta calificación política, producto de su función institucional, con el objeto de defender una pretensión objetiva, como es el impedir que se incorporen al ordenamiento jurídico enunciados normativos inconstitucionales o para depurar el ordenamiento jurídico de ellos, dependiendo si el control es preventivo o reparador.

Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la Constitución, y el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la carta fundamental, con el fin de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución.

La legitimación activa de una minoría parlamentaria para impugnar normas jurídicas en elaboración o preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico presenta el riesgo de ser utilizado también como una instrumentalización política de la jurisdicción constitucional para proseguir por vía jurisdiccional lo que no se obtuvo por vía política; sin embargo, la forma de configuración del control tiende primariamente a asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y solo secundariamente a proteger eventuales lesiones a derechos subjetivos. La legitimación activa de la minoría parlamentaria tiene un efecto desactivador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional.

Este procedimiento es utilizado en muchos de los tribunales constitucionales europeos, donde se exige un quinto de los diputados (Andorra, Eslovaquia, Portugal y Rusia); un cuarto de los diputados (Bosnia Herzegovina); un tercio de los diputados (Alemania, Austria, Eslovenia y Letonia), y un grupo parlamentario (Turquía). En otros países europeos se exige un número determinado de diputados, como ocurre en España, Polonia, Turquía y Rumania, donde tienen legitimación activa cincuenta diputados, o en Francia, donde se requieren sesenta diputados.

Una realidad similar la encontramos en América Latina donde hay tribunales constitucionales. En Bolivia, cualquier diputado o senador tiene legitimación activa en control abstracto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional; en Chile, a lo menos una cuarta parte de los diputados o de los senadores en ejercicio tienen esa legitimación activa en control preventivo de proyectos de ley o de reforma constitucional, y en control reparador de decretos con fuerza de ley o cuando el presidente de

la República promulgue una ley diversa de aquella que constitucionalmente corresponda. En Perú, el 25% del número legal de congresistas, conforme al art. 202, núm. 4, de la Constitución; de una tercera parte de los miembros del Senado o la Cámara de Diputados, conforme al art. 185, núm. 1, de la Constitución de 2010. En países con un sistema mixto de control de constitucionalidad, donde existe una acción abstracta de constitucionalidad que se puede ejercer solo frente a la máxima instancia del Poder Judicial, como es el caso de la Suprema Corte de México, la legitimación activa la tiene el 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados o del Senado, conforme dispone el art. 105 de la Constitución.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El derecho a iniciar un proceso constitucional depende de la legitimación. Este es un criterio jurídico que nada se relaciona con el derecho de petición a las autoridades; es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el “acto de pedir” (y, por tanto, debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el “derecho de pedir”, porque este último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación, entonces, se refiere a la capacidad para obrar dentro de un proceso. De allí que ocupa al actor, al demandado y aun a ciertos terceros.

En la tradición se confunde ser dueño del derecho con la posibilidad de reclamar cuando se sufre una afectación. Pero una afirmación como esta sería igual que presentar un obstáculo para el acceso a la justicia.

Al mismo tiempo, dar permiso a toda persona para que tenga posibilidad de reclamar por derechos que no tiene, sería riesgoso e impropio, porque el derecho a estar en juicio comprende una sumatoria de requisitos, donde la legitimación es parte de ellas.

Cada uno de estos requerimientos va apareciendo ordenadamente. Primero, quien pide ha de tener capacidad; es decir, contar con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; esa capacidad civil no es igual a la capacidad procesal, que requiere mayoría de edad y tener legitimación *ad causam*. Esta legitimación en el proceso supone relacionar el derecho del que pide con la posibilidad jurídica de lograr ante la jurisdicción una tutela suficiente. Finalmente, esa legitimación en derecho debe vincularse con la legitimación *ad processum*, con la cual conseguirá la calidad de parte y entrar así en el proceso judicial.

Por eso, la doctrina más actual reclama un cambio en estas exigencias que condicionan la protección efectiva de los derechos del hombre. Pues bien, se observa que la legitimación en la práctica supone preguntar al que pide ¿usted quién es?, y si no tiene la suma de requisitos comentados, no contará con posibilidades reales de tener un juez ni un proceso. La pretensión de cambio es conseguir que en los procesos constitucionales se pregunte ¿qué quiere?, porque suele ser más importante el derecho a proteger que la persona que lo representa.

Lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal se le otorgan una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad. Estos que, ejemplificativamente, podrían ser los derechos civiles, no ofrecen mayores problemas, pues están bien perfilados y reconocidos como derechos subjetivos en el plano constitucional. Por lo común, no suscita inconvenientes conferir legitimación procesal a quien reclama su defensa.

Otras veces, los derechos que la misma persona tiene se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, quedando atrapada la expectativa de su protección.

Lo mismo ocurre de frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, *prima facie*, reconocimiento alguno (por ejemplo, interés simple).

Este bosquejo simplista de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas llevadas al proceso le otorgará legitimación a quien demande o sea demandado, de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determinará la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en el proceso supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos, reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad. En efecto, Bidart en la obra *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. I) dice lo siguiente: “no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia, tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie”.

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se tratan de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas, que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional.

Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal, porque no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte grupalmente con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso, en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustrato constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastarán las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino, en todo caso, en darles a ellos una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

La jurisdicción internacional no requeriría una justificación muy elaborada si esta no implicara un ejercicio de autoridad pública. Entendemos el concepto de autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades; es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de hecho. Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitar la libertad. El hecho de que las sentencias internacionales frecuentemente no sean respaldadas por mecanismos coercitivos tiene poca relevancia desde el punto de vista de la legitimidad. Existen otras maneras de ejercer la autoridad pública, no menos decisivas e incisivas, que la aplicación coercitiva y que todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.

Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando esas sentencias van más allá del texto normativo, estas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes; incluso, en ocasiones emerge la expectativa de que los tribunales internacionales actúen en lugar de los mecanismos político-legislativos para conseguir los resultados, en beneficio del interés colectivo, que el proceso político “normal” no ha sido capaz de obtener.

A la luz del incremento en la autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas sobre las cuales deciden los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad. Estos objetivos no pueden ofrecer bases suficientes para decisiones concretas, que inevitablemente también implican cuestiones normativas y de redistribución del poder o de los recursos. Además, los argumentos funcionales no ofrecen una solución para los casos en los cuales diferentes objetivos se encuentren en conflicto. En ocasiones, la jurisdicción internacional alcanza lo que todos quieren, pero no habían podido lograr. Pero esto puede ser un golpe de suerte. La historia advierte que no se debe confiar demasiado en gobernantes benevolentes e iluminados. La democracia, entendida como mecanismos de inclusión, es un ineludible fundamento.

Evidentemente, cualquier trabajo que se destine a indagar la justificación de las sentencias internacionales sería claramente inútil si la naturaleza de las sentencias correctas fuera la cognición. Aún prevalece la visión según la cual la correcta interpretación debe ser derivada de las disposiciones pertinentes, enmarcadas en la integralidad del tratado internacional respectivo, anclado en el orden jurídico internacional y aplicado al caso concreto de acuerdo con la lógica intrínseca del discurso jurídico. Ciertamente, los tribunales no contradicen esta visión de su labor; sin embargo, el significado concreto de una norma no puede ser descubierto, sino solamente creado. No obstante, la aplicación del derecho en el presente tiene que conectarse con el pasado, de ma-

nera que sea convincente en el futuro. Poder anclar las decisiones judiciales en prácticas discursivas es un elemento importante de su legitimidad. Es por eso que la justificación de las decisiones, es decir, los argumentos que dan soporte a una decisión judicial, son parte de la legitimación de los órganos judiciales.

El problema central relativo a la justificación de los tribunales internacionales, a diferencia de los tribunales nacionales, es que su autoridad pública no forma parte de un sistema político receptivo. Una de las más importantes lecciones del pensamiento constitucional moderno es que la creación legislativa del derecho y la aplicación judicial de este son dos fenómenos que deben permanecer separados y al mismo tiempo ser entendidos en su interacción. En las sociedades democráticas, la mayoría (usualmente entendida como el gobierno electo) puede intervenir en el orden jurídico por la vía de los procedimientos legislativos, y por ende, modificar el derecho. Esta legitimación por la vía de la representación democrática es llevada al límite cuando se trata del derecho internacional.

Los problemas relativos a la justificación democrática de las sentencias generalmente se enfrentan a través de cambios en los procedimientos y por medio de procesos de reforma político-legislativa.

La tendencia hacia la ampliación de la participación en los procedimientos judiciales atestigua un creciente reconocimiento de que los efectos que producen los fallos trascienden a las propias partes. También existen tendencias hacia la expansión de la participación en los procedimientos, que pueden ser discutidas de mejor manera en relación con el papel del *amici curiae*. Sobre todo, la participación de las ONGs puede abrir potenciales de legitimación, ya que pueden tender un puente entre los procedimientos jurídicos y un público global o nacional; también pueden introducir perspectivas adicionales o pueden desencadenar procesos de mayor publicidad que contribuyan a la discusión y a la movilización del público en general.

La autoridad pública de los tribunales internacionales también requiere politización como parte de su justificación. Es un tema muy delicado; seguramente no proponemos “cortes politizadas” ni “juegos de poder” en el sentido común de estas expresiones. Más bien, concebimos la politización como respuesta al hecho de que los tribunales internacionales anhelan tener contrapartes político-legislativas, ya que las instituciones judiciales necesitan ser entendidas como parte de un contexto más amplio de la política democrática. Una vía clásica para lograr una mayor “politización” y legitimación democrática de una autoridad pública es la elección o selección de las personas que ejercen el poder. No es sorpresa para nadie que, cuando los tribunales se involucran en la creación judicial del derecho en áreas que son muy discutidas, las tendencias políticas de los jueces adquieren un papel preponderante. En la jurisdicción constitucional doméstica hay buenas razones para involucrar a los parlamentos en la elección de los jueces; podría ser beneficioso vincular a estos en la elección de los jueces de tribunales internacionales y además complementar su participación con una legitimación adicional, como la que ofrecen los órganos políticos internacionales y la sociedad civil internacional. No obstante, debe ser apuntado que el grado de justificación transnacional y cosmopolita depende de la calidad discursiva de la participación.

La fragmentación también crea problemas para la legitimación democrática de la autoridad pública de los tribunales internacionales. En respuesta, la interpretación sistemática podría ser una estrategia para frenar estos efectos negativos. El punto decisivo es que la interpretación de una norma “reside en el entorno jurídico más amplio, el «sistema» del derecho internacional en su conjunto”. La integración sistemática es solo el objetivo señalado por las reglas de interpretación; aún más, las decisiones individuales están inmersas en contextos discursivos más amplios. En el curso de la fragmentación también es posible que diferentes concepciones compitan en un diálogo entre cortes. Las interpretaciones de tribunales funcionalmente especializados pueden ser alineadas por medio del lenguaje común del derecho internacional. Desde luego, esto requiere que los tribunales internacionales observen una actitud dialógica.

Por último, los problemas de legitimidad pueden ser disminuidos si se mantiene la responsabilidad política y jurídica que los órganos constitucionales nacionales poseen sobre la decisión de los efectos de las decisiones internacionales y si se tiene presente su papel fundamental para retroalimentar los desarrollos del plano internacional. En el estado actual del derecho internacional debería existir la posibilidad de que las decisiones acerca de los efectos de las normas internacionales, así como de las decisiones judiciales, sean tomadas sobre la base del orden jurídico nacional, al menos en las democracias liberales, y en la medida en que la norma o decisión internacional entre en severo conflicto con principios constituciones nacionales. Este enfoque libera al orden jurídico internacional de cargas legitimadoras, que no siempre estará en posición de aguantar.

Por último, es importante apuntar que el punto de partida de las justificaciones democráticas son los individuos, cuya libertad da forma a las sentencias, sin importar lo indirecto y mediado que esto resulte ser. De esta manera, la jurisdicción internacional en la constelación de la gobernanza global debe reconocer, por un lado, su base legitimadora en los Estados, pero al mismo tiempo deberá estar guiada por la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita.

Armin von Bogdandy

LENGUAJE JURÍDICO

El lenguaje jurídico es el conjunto infinito de voces que denotan principios, preceptos, reglas, acciones, teorías, nombres y situaciones relativos al derecho. Como podemos ver en este *Diccionario*, “El derecho es un mundo de palabras [...]” (Ovilla Mandujano, *El lenguaje de los abogados*).

El lenguaje jurídico es el instrumento de trabajo de las personas que ejercen el derecho; esto es, personas ocupadas en la legislación, en la abogacía, en la judicatura, en la notaría, en la administración pública, etcétera. El lenguaje jurídico se emplea en las leyes y en otros textos normativos, así como en demandas, en sentencias, en actos administrativos, en contratos, en testamentos, en diligencias; también se usa en documentos de análisis sobre el derecho, como artículos científicos, monografías, voces de diccionarios, y otros más.

El código o lenguaje jurídico es un lenguaje técnico o tecnolecto, que forma parte del español jurídico, también denominado “lenguaje del derecho”, “lengua de especialidad”, “lengua especializada”, “lenguas especiales académicas”, “lenguaje técnico-jurídico”, “lenguas especializadas de la legislación y la jurisprudencia” (Alcaraz Varó y Hughes, *El español jurídico*).

La función del léxico jurídico es sintetizar los conceptos básicos en los que se apoya la experiencia y el saber metódico acerca del derecho. Su propósito es la univocidad semántica, la economía léxica y la precisión conceptual o claridad entre quienes ejercen el derecho.

En el aspecto pragmático, el lenguaje jurídico se caracteriza por el uso de términos incluidos en la lengua común desde sus orígenes. Son los que utiliza el ser humano como integrante de una sociedad en la que compra, vende, intercambia objetos, transmite sus bienes al morir, contrae matrimonio (Lara Sáenz, *Procesos de investigación jurídica*).

Nuestro sistema jurídico tiene sus bases históricas en el derecho romano-germánico (con elementos del Corpus Iuris Civilis, del derecho canónico y de los pueblos germánicos) —introducido a México a partir de la conquista española—, con marcada influencia de tecnicismos latinos.

En el aspecto teórico-normativo, la terminología jurídica procede de las denominadas “fuentes” del derecho; es decir, el origen de donde proviene algo. Las fuentes principales del derecho son el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la realidad social, en algunos casos la costumbre y la doctrina jurídica.

En lo que se refiere al aspecto lingüístico, el lenguaje jurídico proviene de varios idiomas, la mayor parte del latín. Otras voces, provenientes del griego, también forman parte del lenguaje del derecho. El vocabulario jurídico también incluye arabismos. Asimismo, cuando hubo necesidad de emplear nuevos términos porque así lo exigía el desarrollo de la ciencia jurídica, se tomaron elementos del derecho romano.

La cantidad de términos jurídicos es abundante e infinita; en este lugar solo ofrecemos una muestra de los rasgos más distintivos de ese lenguaje (López Ruiz, *El lenguaje jurídico*).

En el lenguaje jurídico no existen propiamente tecnicismos, sino que se emplean muchas voces del habla común, pero con un significado jurídico específico, como “auto”, “oficio”, “juicio”, “sala”, “concurso”, “vista”, etcétera.

En este lenguaje especializado existen ciertas expresiones terminológicas compuestas, como “juicio de amparo”, “prisión preventiva”, “diligencias para mejor proveer”, “caducidad de la instancia”, etcétera.

En el sistema jurídico mundial existen muchos principios jurídicos de aplicación obligatoria, como el principio de igualdad, el principio de legalidad, el principio de razonabilidad, etcétera.

De la misma manera, cada una de las diferentes ramas del derecho tiene sus propios principios; por ejemplo, en el derecho administrativo existen los principios de gratuidad, de sencillez, de eficacia del procedimiento; en derecho penal, los principios de irretroactividad, de presunción de inocencia, etcétera.

Una gran cantidad de principios aún son utilizados en latín, como *ignorantia iuris non excusat* (“la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”); *restitutio in integrum* (reposición íntegra de las cosas antes de una violación)...

Asimismo, existen otros términos latinos que no encierran un principio, sino que son voces técnicas que resumen una situación, como *sub iudice* (periodo en que un asunto o proceso se encuentra en fase de investigación); *nasciturus* (hijo[a] concebido[a], pero no nacido[a]); *vacatio legis* (periodo de no obligatoriedad de una ley comprendido entre la publicación y su entrada en vigor), y otras más.

Cada una de las numerosas ramas del derecho tiene su propia terminología. Por ejemplo, en derecho penal se usan términos como “homicidio”, “procesado”, “víctima”, “violación”; en el derecho administrativo, “servicios públicos”, “petición”, “acto”, “autorización”, y otros más.

Incluso, dentro del mismo derecho hay vocablos que tienen varios significados (polisemia) según la rama jurídica en la que se utilizan, como «acción» (hipotecaria, penal, social); «fraude» (a la ley; de disposición indebida; de doble venta; de usura)...

En la terminología del derecho, algunas voces tienen un significado más amplio del que se conoce comúnmente. Por ejemplo, mientras que en el lenguaje cotidiano la voz “alimentos” está relacionada únicamente con la comida y con la bebida para subsistir, en el ámbito jurídico esa palabra incluye además otros derechos, como el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.

Asimismo, en el derecho es abundante (y necesario) el empleo de definiciones para fijar el contenido de los conceptos, así como las diversas clasificaciones, conexiones y ordenaciones que se establecen entre los diversos términos jurídicos.

En el ámbito del derecho es constante la referencia a personas. Aunque generalmente en los textos jurídicos esos nombres aparecen solo en masculino, también se debe incluir su equivalente en femenino, en atención a la equidad o igualdad de género que ordenan los tratados internacionales, como “contribuyente”, “propietario”, “propietaria”, “ciudadano”, “ciudadana”, etcétera.

Sin embargo, la terminología jurídica no proviene únicamente del lenguaje del derecho, pues cada día esta ciencia regula numerosas materias técnicas y especializadas que inciden en ella.

En la actualidad, con motivo de la globalización, o mundialización, y de los avances en muchas de las ciencias, como la biología, la química, la física, la medicina, las ciencias sociales, etcétera, han aparecido nuevos términos, que tienen consecuencias de orden jurídico. En esta época de la llamada “tercera revolución industrial” se manejan otros conceptos, como “telemática”, “delitos informáticos”, “ciberespacio”, “material fisionable”, “fuente de radiación”, bioética, biogenética, dispraxis, *boullyng*, etcétera.

A través de la doctrina jurídica se han incorporado al derecho mexicano, y son motivo de estudios recientes, figuras jurídicas de otros países. Por medio de esta disciplina, como fuente del derecho, se analizan figuras de otros sistemas jurídicos, que después se traducen a nuestra lengua, como el caso del

Ombudsman (defensor del pueblo, origen de las comisiones Nacional y estatales de derechos humanos), las *class actions*, las *affirmative actions*, la *judicial review*, etcétera. Cuando en nuestro país apenas empiezan a ser objeto de estudio y aplicación algunos de esos términos, en otros sistemas jurídicos se observa un gran avance.

En los tiempos actuales, en muchas resoluciones judiciales y en escritos doctrinales es frecuente la cita de casos contenciosos paradigmáticos de la jurisprudencia internacional. Ejemplos: *Marbury vs. Madison* (sobre el control difuso de constitucionalidad de las leyes); el *arrêt* (sentencia, fallo) Blanco (sobre el origen de la responsabilidad patrimonial del Estado); “caso Ángel Siri” (libertad de prensa y de trabajo); “caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (desaparición forzada), etcétera.

A pesar de que muchos países tienen el mismo sistema jurídico romano-germánico que México, sin embargo, en algunos casos el uso del lenguaje jurídico para una misma situación no es uniforme entre ellos, incluso dentro de nuestro país. Por ejemplo, en México, el grupo llamado “delitos contra la seguridad de la nación” puede asumir, en algunas entidades, las siguientes denominaciones: “delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado”, “delitos contra la seguridad del Estado”, “delitos contra la economía pública”, “delitos contra la seguridad pública”. De la misma manera, a las uniones homosexuales se les denomina “sociedad de convivencia”, en el Distrito Federal; “pacto civil de solidaridad”, en Coahuila, México; “unión civil”, en Buenos Aires; “convivencia homosexual”, en Río Negro, Argentina; “unión concubinaria”, en Uruguay, etcétera.

Por otra parte, dentro del lenguaje jurídico existen ciertos términos que nosotros consideramos básicos, y cuyo significado cualquier profesional del derecho conoce, o debe conocer, independientemente de la rama de su especialización. Es de advertir que muchos de esos términos carecen de un verdadero consenso acerca de su significado, y otros experimentan un constante replanteamiento. Algunos de ellos son: “norma jurídica”, “conceptos jurídicos fundamentales”, “supremacía constitucional”, “validez”, “juridicidad” (mejor que “legalidad”), “subordinación a la ley”, “seguridad jurídica”, “certeza jurídica”, “eficacia” o “efectividad”, “razonabilidad”, “reserva de ley”, “Estado de derecho”, “procedimiento legislativo”, “interpretación jurídica”, “fundamentación y motivación”.

En el amplio campo del derecho existen normas y términos poco claros, ambiguos, contradictorios, engañosos, alejados de la realidad; asimismo, las mismas personas que ejercen el derecho contribuyen a complicar el lenguaje jurídico al asignarle a los términos del derecho un significado distinto. Como ejemplo de lo anterior podemos señalar la confusión entre algunos términos, como “permiso”, “licencia”, “autorización” y “concesión” y otros más; las antinomias, las falacias, la vaguedad, la ambigüedad, las cláusulas programáticas, los conceptos jurídicos indeterminados, las lagunas de la ley, la omisión normativa, las normas en blanco, así como algunos principios jurídicos inoperantes, las innecesarias voces técnicas en latín, la inequidad de género, la imprecisión, y las definiciones erróneas, multívocas o incompletas.

Debido a la dinámica de la actividad social, a la globalización y a la influencia de la jurisprudencia, de los tratados y de la doctrina internacionales, cada día se hace necesario emplear nuevos términos, o replantear otros.

Al respecto podemos mencionar las nuevas ramas del derecho (el “derecho de las generaciones futuras”, el “derecho de internet”), los nuevos principios y la expansión de otros, como “seguridad”, “proporcionalidad”, “derecho a la defensa”, “derecho al mínimo vital”; los “derechos fundamentales”, como los “derechos humanos”, “las libertades”, las “garantías individuales”, las “generaciones” de derechos humanos, y los “derechos colectivos”.

Aún más: en los últimos tiempos se ha registrado una progresiva actividad jurídica en materia constitucional y de de derechos humanos, o derechos fundamentales, acompañada de nuevos términos, muchos de los cuales constantemente amplían su ámbito de protección.

Así, han aparecido: 1. Términos sobre aspectos constitucionales: “control difuso”, “acciones de inconstitucionalidad”, “controversias constitucionales”, “control de constitucionalidad”, “control de convencionalidad”, “bloqueo de constitucionalidad”, “interpretación conforme”; 2. Términos relativos a los derechos humanos: “universalidad”, “progresividad”, “interdependencia”, “indivisibilidad”; 3. Términos sobre la interpretación y aplicación de los principios de derechos humanos: pro persona (mejor que *pro homine*), fuerza expansiva de los derechos fundamentales, *pro actione*, posición preferente de los derechos fundamentales o *preferred freedoms* (o *preferred rights position*); 4. Los denominados “juicios orales”, y 5. El “juicio de amparo”.

Como podrá usted observar, el lenguaje jurídico no es un conjunto de términos absolutos o inmutables, sino un cuerpo dinámico e infinito de voces de diversos orígenes, que se emplean para regular las complejas y cambiantes relaciones humanas. Es un lenguaje en el que no cuentan los factores de expresividad personal, como en la literatura, sino las pautas y convenciones que debe seguir la sociedad.

Miguel López Ruiz

LESA HUMANIDAD

La palabra “lesa” se refiere al adjetivo agraviado, lastimado u ofendido, mientras que la connotación demográfica de “humanidad” se asocia a la población mundial, por lo cual la combinación de ambas se refieren a las atrocidades que lastiman gravemente a todos los seres humanos, lo cual implica comportamientos cuyas características traspasan las fronteras de los delitos para considerarse como crímenes, cuyas primeras referencias se circunscriben a confrontaciones bélicas entre naciones. Así, en la Declaración de San Petersburgo del 11 de diciembre de 1868 se prohibió el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas, con el fin de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. Posteriormente, en la conferencia de Paz de la Haya de 1899, el delegado ruso, Fyodor Fyodorovich Martens, declaró: “Hasta que un código más completo de las leyes de guerra se emita, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias

adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”. Ello fue incorporado en el preámbulo del Segundo Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre, tomando el nombre de cláusula Martens, la cual implica el deber del trato humano hacia los combatientes de guerra, de ahí que siempre esté presente en los subsecuentes instrumentos internacionales en materia humanitaria.

Ya en el siglo XX, durante la Primera Guerra Mundial, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 proclamó que los crímenes cometidos por el gobierno turco en contra de la población Armenia en Turquía constituían crímenes contra la humanidad y la civilización. Con posterioridad, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 determinó cuáles son los crímenes contra la humanidad, mientras que la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 los consideró como uno de los apartados de los crímenes de guerra.

Es en el art. 5o. del Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, donde se agrega el vocablo “lesa” a los crímenes contra la humanidad, los cuales son enumerados en el art. 7o., a saber: “a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Las reglas de la responsabilidad penal individual están previstas en el art. 25 del Estatuto en los términos siguientes:

“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su sanción es imprescindible. Por ello, los Estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de enjuiciar o extraditar a los responsables (*aut dedere aut iudicare*) para que sean sancionados, sin que pueda impedirlo alguna forma de inmunidad o de prescripción; su aplicación es indistinta en tiempo de paz o de conflicto armado, y su jurisdicción es universal.

Enrique Díaz-Aranda

LEY

La etimología de la “ley” (del latín *lex, legis*) es dudosa: algunos la derivan del verbo *legare* en el sentido de “distribuir” (entonces, la palabra “ley” se entiende como acto que atribuye a cada uno lo suyo), o bien en aquel de “leer”, a su vez ligado a la voz griega *gagēin*, “decir” (entonces, individualizando una conexión las forma que se recitaban para crear vínculos obligatorios); otros del verbo *legare*, es decir, “delegar un poder” y, por extensión, “obligar”, “disponer”, etimología que también se encuentra en la raíz indo-europea *lagu* (véase, por ejemplo, *legislatio*), y finalmente, la derivan de “ligar” en el sentido de “delegar y vincular”. Todas las diferentes propuestas reconstructivas afianzan en realidad distintos aspectos, pero igualmente presentes en la ley, y esto se confirma con el correspondiente análisis etimológico de la correspondiente traducción en otros idiomas; por ejemplo, en inglés *law*, de *lagu*, que se traduciría con “establecer, poner, fijar” (a partir de la cual viene *to lay*), que en las formas

más antiguas fue remplazado por *gesetnes*, que de inmediato reclamaba el *das Gesetz* alemán, que a su vez se refiere al verbo *setzen* (determinar, establecer, proveer), e igualmente al sustantivo *der Satz* (“frase”, donde regresa el tema de la palabra, de la fórmula).

En un sentido amplio, con el término “ley” se entiende el conjunto de las normas en vigor en un ordenamiento, independientemente de la fuente de producción, aunque también como sinónimo de “derecho”. Para entender el motivo por el cual la palabra “ley” se utiliza a menudo como una sinécdoque de *ius*, se requiere recorrer toda la historia del derecho de los clásicos hasta hoy día y, en particular, centrarse en la transición de la forma de Estado absoluto en sentido liberal. Sea tanto en el mundo griego como en el latín, la ley en sentido técnico es simplemente una de las diversas fuentes de derecho, en particular aquella de “lugar” de la asamblea popular e introducida por escrito; para los romanos es la contraposición a los *mores* (las costumbres, las tradiciones). En la Edad Media, salvo en Inglaterra, donde la ley, en concurrencia con el *common law*, debía siempre mantener los requisitos de racionalidad, se afirma la tendencia a hacer coincidir la ley con la voluntad del príncipe, cualquiera que sea su contenido. La extensión de significado, hasta la coincidencia con el derecho en su conjunto, se tiene con la aparición de los conceptos contractuales de soberanía y, por tanto, con el nacimiento de los Estados-nación; en primer lugar, a través del absolutismo, donde cada otra fuente del derecho que no fuera la ley puesta por el soberano se deslegitimada; a continuación, en la transición a una forma de Estado liberal, donde los parlamentos se convirtieron en el lugar para garantizar los derechos y las libertades reclamados por la burguesía a través de las grandes revoluciones del XVIII, asumiendo las primeras cartas constitucionales de naturaleza flexible, y finalmente, con la venida del Estado democrático-social, donde las instituciones representativas se han convertido en “fabricas” de leyes, casi como factores de la producción de tipo industrial.

La contraposición entre *lex* y *ius* provee razones obvias en términos de contenido y no en el nivel de solo forma; de hecho, *ius* indicaba en origen sea el conjunto de las normas, sea el objeto de la justicia: el derecho debía ser “justo”, dirigido al bien común, ¿y la ley? Una vez más, en la historia y en la filosofía del derecho se encuentra una tensión perenne entre las partes de los que abogan por un concepto de ley en sentido formal, como un acto deliberado de un proceso por un organismo competente, y aquellos que lo entienden en un sentido sustancial, como un acto caracterizado por un contenido preceptivo. Limitándose a la Edad Moderna, el primer sentido se toma en el sentido propio del positivismo jurídico, por el cual una ley es tal por el solo hecho de poseer la forma, con el único vínculo del respeto de las metanormas sobre la producción del derecho, mientras es indiferente el contenido que el acto asume. El segundo sentido es el de las teorías iusnaturalistas, por las cuales la ley no puede disolverse por mera arbitrariedad, ya sea por el príncipe, o bien por una asamblea electoral, y ha encontrado reconocimiento en la forma del Estado democrático, en el principio de rigidez de la Constitución y en la consecuente difusión en Europa, sobre todo en la Segunda Posguerra, de la justicia constitucional, en función de las garantías de los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la cartas fundamentales. Respecto

al problema de la “justicia” de la ley (es decir, en términos de legitimidad), el primer significado de ley es el acto adoptado conforme al procedimiento normal previsto en la Constitución, mientras que en el segundo la ley debe tener también carácter normativo y, por tanto, cumplir con los requisitos de generalidad, abstracción y capacidad de innovación. Por último, se distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material, incluso cuando se aborda el problema de la “fuerza” de la ley (es decir, en términos de eficacia), en la que todos los ordenamientos también prevén otros actos con fuerza de ley, así como el derecho común, incluyendo aquí toda delegación legislativa, pero solo en algunas jurisdicciones (Italia y España) están incluidos los decretos de urgencia (decreto-ley y ordenanzas de necesidad, legislación delegada).

En sentido técnico jurídico, la ley es el acto público típico de ejercicio de función normativa por parte del Parlamento, aunque el mismo término se utiliza para indicar tanto el producto como el productor, o sea, tanto la norma entendida como acto, como el procedimiento que la ha puesto en marcha (procedimiento legislativo).

Por último, debemos destacar el papel de las diferentes fuentes de derecho que la ley desempeña en los sistemas del *civil law* y en aquellos del *common law*, donde el acto normativo del Parlamento toma el nombre del estatuto o *Act* (*Common law*, *Civil law*, *Statute law*). Como se sabe, estos últimos se definen como sistemas de derecho basado en la jurisprudencia; aunque la doctrina autorizada ha puesto de manifiesto la llegada del *Welfare State*, el *common law* ha llegado a la era de los *statutes* (Calabresi). La aparente paradoja (aunque en gran medida explicada por razones de orden histórico, cultural, social, geográfico, económico) se encuentra en el hecho de que en el Reino Unido, donde se predica en vía formal la máxima soberanía del Parlamento (tanto no es así que no existe una Constitución escrita para representar un límite al Poder Legislativo), la ley no vive por su cuenta, sino en cuanto a la integración de la jurisprudencia: es solo en el momento de la primera aplicación cuando la norma positiva pasa a formar parte de una *ratio decidendi* que recibe el sople vital, y solo a través de estrictos cánones interpretativos muy rígidos (interpretación literal, la estricta construcción, regla de oro). El marco debe ser completado, sin embargo, recordando a una de las partes que en los Estados Unidos, la integración entre *common law* y *statutory law*, es siempre más flexible, incluso para la existencia de una Constitución escrita inmediatamente interpretada como la “Ley suprema del país”, pero que un enfoque realista para el estudio de los sistemas de *common law* solo puede destacar hoy en día un papel crucial en la fuente legislativa sobre el derecho sustantivo, sea en el nivel cuantitativo por las materias disciplinadas con *statutes* (fuentes del derecho, formas de Estado).

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

LEYES AUTOAPLICATIVAS

El principio general del derecho dice que las leyes son de aplicación inmediata, a menos que el propio legislador difiera su vigencia en el tiempo; sin

embargo, hay casos en los que la ley no produce efectos por su sola entrada en vigencia, sino que es necesario otro acto jurídico por parte de alguna rama del poder público para que la norma tenga plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico. Las normas que no necesitan de otro acto jurídico para tener plenos efectos dentro del sistema legal, y cuya aplicación no ha sido diferida en el tiempo por el legislador, son las denominadas “leyes autoaplicativas”.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido por lo menos tres criterios para identificar las leyes autoaplicativas. El primer criterio sostenido por la SCJN es que una ley es autoaplicativa si al momento de ser promulgada crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de manera inmediata a su promulgación, sin requerir ningún acto jurídico posterior para ser aplicada. Esto implica que su individualización es incondicionada; es decir, que cambia la situación jurídica de los destinatarios de la ley de forma instantánea. El segundo criterio que la SCJN ha desarrollado para saber si una norma es autoaplicativa es el que podría denominarse “el criterio de la conexidad”. En efecto, si un quejoso se encuentra obligado por una determinada disposición legal autoaplicativa, y esta pertenece a un cuerpo normativo más amplio, entonces se considera que las otras normas que hacen parte de esa normatividad están conectadas o son conexas con la que se le quiere aplicar al quejoso, entonces estas también son autoaplicativas, pues comparten la característica de no necesitar de otro acto jurídico para afectar la esfera jurídica de los receptores de la norma. El tercer criterio es el siguiente: si una norma jurídica de forma inmediata, y desde que entra en vigor, modifica las relaciones jurídicas de un grupo de sujetos identificables frente al Estado o a terceros, ya sea otorgándoles derechos, o bien imponiéndoles nuevas obligaciones, entonces esa ley se considera autoaplicativa.

Contra las leyes autoaplicativas cabe la posibilidad de promover un juicio de amparo dentro de los quince días siguientes a la notificación de la norma que se demanda; sin embargo, el art. 17 de la nueva Ley de Amparo, sección primera, dice que el juicio de amparo podrá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la “norma general autoaplicativa”. Las secciones tercera y cuarta del mismo art. también hacen excepciones al plazo para presentar el juicio de amparo. En el caso de la sección tercera, dice que si una norma llegara a privar del goce de los derechos agrarios a los núcleos de población comunal o ejidal, tendrán un plazo de siete años para presentar el correspondiente juicio de amparo. Por otro lado, la hipótesis planteada por la sección cuarta dice que si el acto reclamado tiene como consecuencia la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de un procedimiento judicial, la deportación, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, el reclutamiento obligado en las fuerzas armadas del Estado, junto con las prohibiciones establecidas en el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el amparo podrá presentarse en cualquier tiempo.

Las leyes autoaplicativas están sujetas a ser controvertidas a través del amparo indirecto, ya que acorde con el art. 107 de la nueva Ley de Amparo, este juicio procede contra las normas generales que con su sola entrada vigor causen un perjuicio al que presenta la queja. El efecto de la sentencia que re-

suelva el amparo es que esa norma no tendrá validez y no se le podrá aplicar al quejoso en ninguna otra actuación sucesiva; en otras palabras, la sentencia de amparo declara que no hay validez personal de la norma atacada y, por eso, no puede volver a aplicársele al quejoso.

La otra acción que puede presentarse contra las leyes autoaplicativas es el amparo directo; sin embargo, este amparo no es para atacar directamente la norma acusada de inconstitucional, ya que este solo se puede presentar contra resoluciones judiciales. El amparo directo sirve para mostrarle al juez que al hacer la subsunción de los hechos lo hizo con una norma inconstitucional para el caso concreto, y por tanto, la subsunción debió hacerla con otra norma que esté de acuerdo con la Constitución. El efecto del amparo directo es que la norma no pierde su vigencia ni su validez personal, e incluso puede ser utilizada en otro proceso contra el promovente. La consecuencia de la sentencia de amparo es que si el juez encuentra que la norma es inconstitucional para ese caso concreto, esta no puede ser tenida en cuenta dentro del proceso del que el quejoso es parte y deberá buscarse la que mejor se adecúe al caso pendiente de resolución.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

LEYES CONSTITUCIONALES

En el derecho constitucional mexicano, la noción de leyes constitucionales hace referencia a las Constituciones que han estado vigentes en México a lo largo de su historia republicana. Este camino ha sido largo y complejo, como en general lo ha sido para todo los países en su conformación nacional; sin embargo, la pluralidad y la riqueza de los diferentes experimentos constitucionales mexicanos les ha permitido a otros países aprender de su experiencia en la configuración de sus respectivas Constituciones. Un ejemplo de esto son las leyes de reforma del siglo XIX, las cuales fueron la base de la legislación que otros Estados latinoamericanos tomaron para decretar una separación efectiva entre la Iglesia católica y el Estado.

Esta historia comienza con la independencia de México de España, que trajo consigo la necesidad de ordenar el territorio y establecer un sistema institucional que le permitiera al gobierno del naciente Estado mexicano tener la suficiente estabilidad y legitimidad para ser gestionado de una manera eficaz. Es así que nacen diversas Constituciones que buscaban dar cuenta, de la mejor manera posible, de los cambios políticos, económicos y sociales que tenían lugar a lo largo de los siglos XIX y XX. Por este motivo, se suele identificar los eventos constitucionales más relevantes con la triada de la Independencia, la Reforma y la Revolución, ya que cada uno de ellos obedece a un momento constitucional determinante. El primero hace referencia al momento en que el nuevo Estado se dota de una Constitución propia, de carácter federal, presidencialista y republicana, donde se declaró como religión oficial al catolicismo; esta Constitución fue redactada en 1824. En 1835 se derogó la Constitución de 1824 y durante el período que va de 1835 a 1836 se proclamaron las Siete Leyes Constitucionales de la República mexicana. Estas leyes eran de carácter centralista y conservaron la división de poderes, pero le agregaron un

cuarto poder denominado “el Supremo Poder Conservador”, el cual estaba integrado por cinco ciudadanos y tenía el poder de intervenir en las decisiones que tomaban los otros tres poderes públicos (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), bajo el supuesto que eran los verdaderos intérpretes del espíritu de la Nación.

Después de la Constitución de 1835 se expidió la Constitución de 1857; su inspiración era de carácter liberal, republicana y federal. Además, se estableció una clara diferenciación entre la Iglesia católica y el Estado. Este último punto generó tensiones con los conservadores mexicanos, pues de acuerdo con la Reforma, la Iglesia perdió muchos de sus privilegios tributarios, se le prohibió la compra de bienes y se expropiaron los que ya tenía para ser subastados por el Estado. Al mismo tiempo, la Iglesia perdió el monopolio de la educación para que la enseñanza fuera asumida en su totalidad por el Estado. En últimas, la Constitución de 1857 y las leyes de reforma lo que buscaron fue quitarle a la Iglesia los privilegios de los que había gozado durante mucho tiempo, con el fin de ponerla bajo las órdenes del Estado.

La Constitución de 1857, salvo el lapso de la invasión francesa, estuvo vigente hasta 1917 cuando se expidió la Constitución de Querétaro, la cual fue la primera Constitución con contenidos sociales a nivel mundial. Si bien los constituyentes de 1917 tomaron muchos aspectos de la Constitución anterior, también estuvieron atentos a los reclamos políticos y sociales dejados por la Revolución mexicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1917. Gracias a ello, se introdujo, además de las doctrinas clásicas del constitucionalismo (como la división de poderes y la garantía de los derechos individuales), la cuestión social en una Constitución. Este paso fue decisivo, pues desde entonces el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos sociales a todos los que habitan en su territorio. Esta es la Constitución vigente de México, aunque ha tenido múltiples reformas. Una de las más importantes reformas a la Constitución es la que se hizo en 2011, pues se incorporaron los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano al derecho interno, y permitió la existencia de un control difuso por parte de los jueces de la República.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

LEYES HETEROAPLICATIVAS

Las leyes heteroaplicativas son aquellas que necesitan de otro acto jurídico para poder tener plenos efectos dentro del ordenamiento legal. En efecto, hay leyes que no son eficaces con la mera promulgación, como sería el principio general, sino que necesitan de un acto jurídico complementario para que de ellas pueda predicarse eficacia. Sin la presencia de ese acto jurídico no es posible aplicar esa norma jurídica a ninguna de las personas que habitan dentro del territorio nacional.

La diferencia entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas es que las personas que son destinatarias de las primeras pueden ser determinadas con la simple promulgación y entrada en vigencia de la ley. Por el contrario, en el caso de las leyes heteroaplicativas, el sujeto al que se le debe aplicar la norma jurídica solo se concreta cuando el organismo del poder público en-

cargado de hacerlo expide el acto jurídico que es suplementario de la ley. El acto jurídico que le permite tener plena eficacia a una ley heteroaplicativa va desde un reglamento hasta una sentencia judicial. Por otro lado, las leyes heteroaplicativas no crean, modifican ni extinguen relaciones jurídicas de forma inmediata como lo hacen las leyes autoaplicativas. En otras palabras, las leyes autoaplicativas con el solo hecho de su promulgación y entrada en vigor modifican las relaciones jurídicas que existen entre el destinatario de la norma y el Estado, e incluso otros particulares. Las leyes heteroaplicativas, por el contrario, necesitan ser concretadas a través de un acto jurídico diferente del que las creó; en este orden de ideas, ellas no pueden ser aplicadas por las autoridades de forma directa, pues si llegaran a hacerlo, la consecuencia directa es que se estaría violando el principio de legalidad, uno de los pilares de cualquier orden constitucional. Así pues, las leyes heteroaplicativas no modifican de manera inmediata y directa la esfera jurídica de sus destinatarios, sino únicamente hasta cuando aparece el acto jurídico que le da plena eficacia a la ley. En conclusión, las leyes heteroaplicativas tienen la característica principal de ser plenamente efectivas solo después de un primer acto de aplicación, y su cuerpo normativo no puede ser aplicado directamente a los destinatarios de la norma.

La fracción primera del art. 107 de la nueva Ley de Amparo dice que el juicio de amparo indirecto procederá: “Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso”. En este orden de ideas, queda claro que las leyes heteroaplicativas pueden ser sometidas al juicio de constitucionalidad. Si una norma heteroaplicativa efectivamente está en tensión con el articulado constitucional, entonces el juez deberá ordenar que esa ley heteroaplicativa, o su primer acto jurídico de aplicación, no sea el criterio que se le aplique al quejoso, y no solo en ese proceso, sino también en cualquier otro proceso en el que él sea parte y se pretenda usar la misma norma para juzgar su situación jurídica.

Al mismo tiempo, las leyes heteroaplicativas pueden ser atacadas a través del juicio de amparo directo. Si bien el juicio de amparo directo está destinado a resolver controversias cuando se considera que una decisión judicial ha sido tomada violando una o varias disposiciones constitucionales, es posible presentar una reclamación contra el acto de aplicación de una ley heteroaplicativa, después de que se ha tomado la última decisión de instancia. Según el art. 170, inciso cuarto, de la Ley de Amparo es posible presentar un juicio de amparo directo: “Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva”; sin embargo, el efecto de la sentencia del juicio de amparo directo es diferente de la del juicio de amparo indirecto, pues en este caso la norma acusada de inconstitucional puede ser utilizada en otro proceso contra el quejoso, pues se declara su inconstitucionalidad para ese proceso, pero no se afecta ni su validez ni su vigencia personal; por tanto, no “blinda jurídicamente”, por decirlo de alguna manera, al reclamante.

LEYES INCONSTITUCIONALES

I. ESTADO DE DERECHO. Todo derecho, por el solo hecho de existir como *formalmente válido y eficazmente vigente*, trata de satisfacer unos tipos constantes de necesidades humanas sociales, esto es, *finalidades funcionales de lo jurídico* o *funciones del derecho*, que, según Recasens Siches en la *Introducción al estudio del derecho*, son: “a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del orden público”. Las funciones básicas del derecho se satisfacen cuando existe un Estado de derecho. De acuerdo con Elías Díaz en el libro *Estado de derecho y sociedad democrática*, todo auténtico Estado de derecho debe cumplir con las siguientes notas características: “a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material”. Existe una presión constante y legítima de nuestra sociedad actual de vivir en un Estado de derecho, que pesa sobre el legislador, el gobierno y los jueces, en el sentido de que en un contexto democrático no puede tolerarse que alguna ley inconstitucional sea rectora de la vida social. El Estado de derecho tiene su razón de ser en el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular, y con ello el sometimiento de todos los poderes a ella y a la norma fundamental del Estado para la eficaz protección y realización de los derechos, libertades, así como de las necesidades de los individuos. De esta suerte, el respeto a la carta fundamental, a la supremacía constitucional, es lo que imprime validez a todas y cada una de las normas de que está compuesto nuestro ordenamiento jurídico y los actos que de él derivan, lo que significa que solo un control constitucional eficaz permite la existencia del anhelado Estado de derecho. Dicho de otra forma, las normas inconstitucionales afectan al Estado de derecho, de forma que para la permanencia de este es necesario que el sistema jurídico establezca medios en que esas normas puedan ser combatidas.

II. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Con respecto a la Tesis: P. LXX/2011, con rubro “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2011, dentro del control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, vías directas de control, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de amparo indirecto y el juicio de amparo directo. Por otra parte, se hace referencia a un control difuso, incidental, al que eventualmente los demás jueces realizan en los procesos ordinarios de su competencia, en el sentido de que están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, ello en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011; sin embargo, la forma en que deba operar el control difuso debe irse construyendo de manera armónica dentro del sistema, considerando que se trata de una vertiente reciente.

III. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el libro *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, ha definido esta vía directa de control de la constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, la cual se demanda ante ella y consiste en el procedimiento abstracto de control (se hace referencia a un mecanismo de control abstracto cuando el examen de un probable vicio de inconstitucionalidad de la norma puede tener lugar sin que la norma de que se trate haya agraviado previamente a alguna persona) donde se resuelve la posible contradicción entre una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad, y, en su caso, declara la invalidez total o parcial de aquellos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional. Bajo las condiciones que establece el art. 105, fracción II, de la Constitución, y atendiendo al ámbito de la norma que pretende impugnarse, están legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad: una fracción (33%) de la Cámara de Diputados, de los integrantes del Senado, de los órganos legislativos estatales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, así como el procurador general de la República, los partidos políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Esta vía es la única para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución. El plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial relativo. Los arts. 61-63 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen los requisitos de la demanda. Con respecto a los efectos, la declaración de invalidez de la norma impugnada únicamente puede darse cuando la resolución es aprobada cuando menos por ocho votos, dando lugar así a una *sentencia estimatoria* que expulsa del ordenamiento jurídico a la norma, ello con efectos generales. En este aspecto y conforme a la Tesis: P./J.84/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, la Suprema Corte tiene amplias facultades para imprimir efectos a sus sentencias, a fin de equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional en el caso de su conocimiento, salvaguardando de manera eficaz la norma constitucional violada, y evitando, al mismo tiempo, generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica que la ocasionada por las normas impugnadas, o invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos. Incluso y con base en la Tesis: P./J.86/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas

inválidas, especialmente en materia electoral”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, existe la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral. Finalmente, en una sentencia desestimatoria, en cuanto a que se resuelva que la norma impugnada se apega a la carta magna, si la mayoría calificada de referencia realiza una “interpretación conforme” a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello también conlleva efectos en virtud de que se establece un alcance a la norma opuesto al que se podría otorgar, debido a que cuando la norma admite varias interpretaciones, se opta por la que derive en un resultado acorde al texto constitucional, asegurando la supremacía constitucional y, a la vez, permitiendo una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

IV. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. Este medio de control de la constitucionalidad está regulado por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene como propósito fundamental salvaguardar la soberanía de la Federación, de los estados y sus municipios, así como del Distrito Federal, mediante la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal y de la división de poderes. Igualmente, esta institución jurídica constituye un juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un estado, el Distrito Federal o un Municipio para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la sabiduría popular. Así, lo característico de este medio, en el que se exceptúa la materia electoral, es que fundamentalmente se alega la invasión de esferas competenciales entre los poderes federales, locales y municipales. Son partes en la controversia el actor, esto es, la entidad, poder u órgano promovente, estando legitimados en tal sentido la Federación, cualquiera de las Cámaras del Poder Legislativo federal o la Comisión Permanente, el Poder Ejecutivo federal, las entidades federativas, los poderes estatales, los municipios, los órganos de gobierno del Distrito Federal y los órganos constitucionales autónomos; el demandado, pudiendo ser cualquiera de los facultados para promover la controversia; los terceros interesados, dentro de los cuales se pueden ubicar a las diversas entidades, poderes u órganos que pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse, y el procurador general de la República. Como regla general, el plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días (art. 21 de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los arts. 21 y 22 de la Ley Reglamentaria citada establecen los requisitos de la demanda y de la contestación de la demanda, respectivamente. Con respecto a los efectos, las resoluciones tienen efectos para las partes en la controversia; sin embargo, también pueden tener efectos generales la declaración de invalidez de disposiciones generales, cuando sean aprobadas por una mayoría de al menos 8 votos, en los términos que establece el penúltimo párrafo del art. 105 constitucional.

V. JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, en lo particular o conjuntamente (en términos de la fracción I del art. 5 de la Ley de Amparo), puede combatir normas generales (según lo dispuesto en el art. 107, fracción I, de la Ley de Amparo), en cuyo caso la demanda puede promoverse con motivo del primer acto concreto de su aplicación o por su sola entrada en vigor, independientemente de que en forma posterior la autoridad la aplique concretamente la ley. La aplicación de una norma general puede darse de varias formas, conforme a los criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación, en el sentido de que el acto concreto de aplicación de una norma se entiende no solo el que proviene de la autoridad, cuando por disposición de ley es la encargada de su aplicación, sino que ese acto específico de aplicación puede provenir de un particular que actúa por mandato expreso de la ley y que se reputa como tercero auxiliar de la administración pública, o bien del propio quejoso, cuando en acatamiento a lo que establece la norma general cuya constitucionalidad es cuestionada, la cumple sin que la autoridad, en el ejercicio de sus facultades de imperio, lo conmine a cumplir con la norma; esto es, el agraviado por sí mismo se coloca por exigencia de la ley en los supuestos previstos en la norma. Asimismo, a través de la jurisprudencia se ha establecido que en el caso de que las leyes requieran un acto de aplicación para afectar a alguna persona se les denomine heteroaplicativas, mientras que se les llama autoaplicativas, cuando por su sola entrada en vigor causan un perjuicio en la esfera jurídica de la persona. El plazo para promover la demanda de amparo en términos generales es de quince días; cuando se reclame una norma general autoaplicativa será de treinta días (art. 17, fracción I, de la Ley de Amparo). La norma general en la vía indirecta constituye un acto reclamado y tienen el carácter de autoridades responsables los titulares de los órganos del Estado a los que la ley encomiende su promulgación, aspectos que deben expresarse en la demanda de amparo, en términos del art. 108, fracciones III y IV, de la ley de la materia. La sentencia es recurrible en recurso de revisión (art. 81, fracción I, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, el amparo concedido contra la ley en la vía indirecta tiene por efecto invalidarla en relación con el quejoso, sin que pueda volver a aplicársele. Se trata pues de una protección plena, completa, contra una norma general que resulte irregular, de carácter inconstitucional.

VI. JUICIO DE AMPARO DIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa puede reclamar sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellas, o bien que sea cometida durante el procedimiento, y afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo (art. 170 de la Ley de Amparo). A diferencia del procedimiento indirecto, en el amparo por

la vía directa, aun cuando se pueden proponer a examen temas de constitucionalidad de leyes, las disposiciones jurídicas no pueden constituir un acto reclamado, este solo lo puede constituir la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio. De ahí que la Ley de Amparo, en su art. 175, fracción IV, párrafo segundo, establezca que cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que haya puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la norma general aplicada, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la norma general, debiéndose llevar a cabo la calificación de estos en la parte considerativa de la sentencia. Cuestionar la constitucionalidad de una norma general en el amparo directo a través de los conceptos de violación se traduce en un argumento más para decidir sobre la constitucionalidad del acto reclamado en esa vía. Si bien el juicio de amparo directo generalmente solo tiene una instancia, cuando se cuestiona la constitucionalidad de leyes admite una segunda, pues la sentencia que emita el Tribunal Colegiado en que se hubiera estudiado la constitucionalidad de la ley planteada podrá ser recurrida en revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (máximo intérprete de la carta magna), la cual decidirá en definitiva si la ley resulta o no inconstitucional (en términos del art. 81, fracción II, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, en la vía directa el amparo solamente se concede contra la sentencia, laudo o resolución reclamada, mas no contra la ley, ya que la norma general no constituye un acto reclamado, con ello limitándose el efecto a anular el acto por estar sustentado en una disposición inconstitucional, lo cual no impide, en principio, que en un futuro la ley se vuelva a aplicar al quejoso, puesto que la protección solo se constriñe al acto sustentado en la disposición inconstitucional, quedando así desprotegido contra futuras aplicaciones de la propia ley irregular.

Luis María Aguilar Morales

LEYES REFORZADAS

La característica esencial de las leyes reforzadas reside en su aprobación mediante un procedimiento más complejo respecto al *iter legis* ordinario de las demás leyes.

En algunos ordenamientos (por ejemplo, Francia o Portugal) si la ley afecta a una materia determinada, se exige la presentación previa de un informe por parte de un órgano constitucional, con valor vinculante o no; en cambio, en otros (por ejemplo, Suiza, Francia o Irlanda) hay que celebrar un referéndum. También puede ser imprescindible un acuerdo previo para ratificar tratados internacionales o validar las leyes que regulan la relación con algunas confesiones religiosas.

A menudo, es necesario alcanzar una mayoría distinta según el tema regulado (por ejemplo, en Bélgica y en Eslovenia cuando está en juego la tutela de las minorías).

Una tipología específica de ley reforzada es la de las denominadas “leyes orgánicas”, que son distintas de las leyes ordinarias en lo que se refiere al procedimiento de adopción, contenido y fuerza pasiva.

La Constitución francesa de 1958, en su art. 46, fija una serie de pautas de procedimiento sobre los tiempos de votación (en ningún caso antes de que hayan pasado quince días desde la presentación del proyecto) y la mayoría necesaria, que en este caso es la absoluta. Además, se encomienda al Consejo Constitucional el control previo de constitucionalidad al respecto.

En España, la Constitución de 1978, en su art. 81, establece que para aprobar, derogar o modificar esas leyes hace falta la mayoría absoluta del Congreso en la votación final sobre el conjunto; asimismo, otorga el carácter de orgánicas a las fuentes que afectan el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general.

Sabrina Ragone

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, en general, es el derecho a exteriorizar o difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico del pensamiento, debiendo haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Esta libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, al garantizar no solo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Uno de los elementos fundamentales de la libertad de expresión es la información, vertiente a la cual se le dio especial énfasis a partir de su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se diferencia entre la manifestación de ideas, opiniones o juicios de valor, y la información de hechos, noticias o datos en su doble vertiente de comunicar y recibir.

La libertad de expresión puede ejercerse verbalmente, en una reunión, una concentración o una manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos, y utilizando diferentes medios, como la radio, la televisión, el cine, el internet y demás medios de comunicación. La libertad de expresión engloba también las actividades intelectuales, así como las manifestaciones artísticas y culturales, como el cine, el teatro, la novela, el diseño, la pintura y la música.

En el ámbito de protección de la libertad de expresión deben contemplarse, además de las múltiples formas a través de las cuales las personas solemos expresar nuestras ideas, el espectro de los contenidos, como pueden ser las manifestaciones de tipo político, científico, comercial, religioso, artístico, de entretenimiento, etcétera. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*) ha subrayado la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión de este, al señalar que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la di-

fusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Si bien, en principio, todas las expresiones están protegidas, no todas tienen el mismo nivel de protección, ya que este varía dependiendo de su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; es decir, existen casos en que la libertad de expresión debe ser mantenida con mayor énfasis, y en otros en que las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente; no todo lo que se expresa merece el mismo grado de protección. Por ejemplo, entre las expresiones que suelen dársele mayor relevancia y, por ello, ser de las que gozan de mayor protección, a través de requisitos más rigurosos que deben ser demostrados para justificar su restricción, se encuentran el discurso político, los asuntos de interés público, los que hacen referencia a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.

La libertad de expresión protege no solo la sustancia de la información y las ideas, sino también la forma o tono en que se expresan. Existen distintos tonos o modalidades y, en consecuencia, la protección de esta libertad comprende la manifestación de todo tipo de ideas y opiniones, desde aquellas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, cultas, refinadas, elegantes, motivadas, puras, abstractas, destacadas, racionales o esporádicas, hasta “las opiniones o expresiones indeseables” que ofenden, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la sociedad, las cuales no pueden quedar excluidas como consecuencia de una interpretación restrictiva de la libertad de expresión. La Corte Europea de Derechos Humanos (caso de Muller y otros) refiere que “la libertad de expresión... es aplicable no sólo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan, molestan al Estado o a un sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay sociedad democrática”; este criterio es compartido por la Corte Interamericana.

Por otro lado, el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar, mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, pueden conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. Es importante enfatizar que no se reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita; es decir, no se amparan expresiones vejatorias innecesarias. Existen instrumentos internacionales que explícitamente prohíben ciertos contenidos de discurso por ser violentos y violatorios de los derechos humanos, como son los discursos sobre incitación al odio por motivos discriminatorios, apología de la violencia, propaganda de guerra, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

El valor fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático ha sido reconocido por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, convirtiéndola en una condición necesaria para prevenir sistemas autocráticos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia que recayó en el caso “Handyside”, señaló que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos principales de la sociedad democrática,

una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de quienes la componen. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas) ha establecido de manera clara y precisa la relación entre democracia y libertad de expresión, al señalar que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

El ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, la única excepción a esta regla, establecida en el art. 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Desde luego, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores.

La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones específicas, motivo por el que puede eventualmente estar sujeta a limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucional y legalmente protegidos, con los cuales puede llegar a entrar en aparente conflicto, entre los cuales se han aceptado los clásicos derechos a la vida privada, al honor, a la propia imagen, los ataques a terceros y a la moral, así como la incitación al delito y la perturbación del orden público. Cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece en ese caso específico. Por otro lado, existe el derecho de réplica, que permite a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que se difunda gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.

Luis Raúl González Pérez

LIBERTADES PÚBLICAS

Abordar el concepto de libertades públicas conlleva la necesidad de interrelacionar aspectos del ámbito filosófico, jurídico y político, toda vez que aquel conjuga elementos del espacio axiológico de los derechos humanos, del orden legal y de los actos gubernativos de las instituciones del Estado contemporáneo. Esta voz, a pesar de su poco uso en nuestro contexto jurídico, reviste un gran valor conceptual, al proyectar la discusión acerca del alcance de los derechos humanos hacia el plano de la eficacia jurídica y la responsabilidad política del Estado en su materialización.

En tal sentido, es importante señalar que el tema de las libertades es uno de los referentes fundamentales para diferenciar al Estado antiguo y su idea del bien común, con el Estado liberal moderno y sus postulados acerca de la

libertad del individuo, desplegada mediante el concepto de los derechos del hombre, de acuerdo con Bobbio en *El liberalismo y democracia*.

Así, para la historia moderna uno de los principales conceptos que fungen como catalizadores ideológicos es el de la libertad. Aquí resulta útil acudir a la historia política de la Inglaterra del siglo XVII para comprender esta primera asociación histórica de la libertad como factor limitante a la autoridad del monarca. La dialéctica histórica entre la naciente burguesía y la aristocracia inglesas produjo en ese siglo documentos de un valor excepcional, como *The Petition of Rights* de 1628, la *Ley de Habeas Corpus* de 1679 y *The Bill of Rights* de 1689. Es cierto que el alcance de las prerrogativas que sancionaban estas “cartas de derechos” era limitado, ya que en la práctica no correspondía a todos los integrantes de la sociedad, como si lo fueron posteriormente.

Para A. J. Carlyle, la libertad primero se concibe como una reafirmación de la comunidad política frente al poder de los monarcas, para devenir posteriormente en el espacio social de actuación del individuo. Este proceso histórico y político de definición de los espacios entre gobernantes y gobernados sentó las bases para que tiempo después, y en otro contexto, se pudiera acuñar el concepto de libertades públicas.

Por su parte, el especialista francés en derecho público, Jean Morange, señala que conocer el grado en el que se suscita la libertad del hombre ha sido objeto de consideraciones filosóficas e incluso teológicas; sin embargo, es necesario ir más allá y ubicarla en el plano concreto de lo cotidiano.

En diversos estudios es común encontrar las referencias a las libertades públicas aparejadas a los conceptos de los derechos del hombre o derechos públicos individuales. El motivo de ello es que históricamente los derechos humanos han sido asociados a la idea de libertad en la vida social, lo cual ha ocasionado que se les trate como una sola cuestión.

En México ha sido común ese equiparamiento. Al respecto, el jurista Andrés Serra Rojas, en su obra *Ciencia política*, al definir un régimen de libertades públicas lo hace equivaler a uno de derechos y deberes en la Constitución.

Asimismo, Manuel González Oropeza, en su artículo “Libertades constitucionales” del *Diccionario Jurídico Mexicano*, se refiere al concepto de libertades públicas partiendo de una sinonimia con las libertades constitucionales establecidas en catálogos denominados “declaraciones de derechos”. Hasta aquí puede apreciarse que derechos del hombre y libertades públicas son conceptos estrechamente vinculados y muchas veces usados indistintamente.

En una ruta de delimitación del tema, resulta pertinente también retomar la acotación del autor argentino J. Bidart en el libro *Teoría general de derechos humanos*, cuando señala que las libertades públicas son una denominación francesa relacionada a la de derechos y libertades civiles de la primera generación, que se han positivizado en el orden constitucional normativo.

Aquí conviene regresar a Jean Morange y su libro *Las libertades públicas*, para quien las libertades públicas representan un concepto ulterior al de los derechos humanos. Para él, las libertades públicas presuponen el reconocimiento a los individuos de su derecho a ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas, y corresponde al Estado, a través de un sistema jurídico específico, posibilitar las condiciones necesarias.

El hecho de que estas libertades correspondan a realidades concretas las hace ser distintas a los derechos del hombre. Por ello, afirma también Morange, la función esencial del Estado es asegurar la conservación de los derechos humanos.

Estas consideraciones permiten ofrecer una importante precisión acerca de la diferencia entre los derechos humanos y las libertades públicas. En ello estriba la utilidad del planteamiento de Morange, al insistir que los derechos humanos son ideas generales y abstractas, en tanto que hablar de libertades públicas conlleva necesariamente la operación de un marco jurídico que posibilite el ejercicio de esos mismos derechos; es decir, que el disfrute cabal y el ejercicio de las libertades quedan asociados a la eficacia jurídica y constitucional del Estado. Esta idea del derecho público francés, relativa a las libertades públicas, está muy cercana en su fondo argumentativo a los planteamientos que hoy hace la postura garantista en su concepto de Estado constitucional de derecho.

Rodolfo Lara Ponte

LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

El litigio de interés público es una actividad técnica que tiene como propósito utilizar a los tribunales como mecanismos de cambio de las normas vigentes en un área determinada del derecho. Por lo general, se entiende que el cambio normativo que se pretende obtener traerá beneficios a la sociedad en general.

El litigio de interés público tiene como punto de partida el planteamiento de un asunto susceptible de ser conocido por los tribunales, en donde se involucren dentro de la litis una serie de cuestionamientos sobre los alcances de determinadas normas constitucionales u ordinarias. En estos casos, la pretensión de la parte actora va más allá de los intereses que se expresan en su demanda. Por ejemplo, en una demanda aparentemente lo único que se controvierte es la libertad de una persona; sin embargo, desde la óptica del interés público, el objetivo es no solo obtener la libertad de la persona, sino que con motivo del fallo se generen criterios jurisprudenciales tendientes a fortalecer el derecho a la libertad personal.

El origen del litigio de interés público se encuentra en el litigio estratégico, cuyas premisas son muy semejantes a las de aquel; sin embargo, la diferencia entre uno y otro es que en el segundo los resultados no necesariamente benefician a la sociedad en general. De esta manera, grupos, empresas o personas, en lo particular, emplean el litigio estratégico con el objeto de avanzar alguna causa favorable a sus intereses. Ciertamente es necesario reconocer que bajo esta aproximación las diferencias entre litigio de interés público y litigio estratégico en muchos casos responden a criterios meramente subjetivos.

Los primeros casos de litigio estratégico se plantearon en los Estados Unidos de América (EUA); destacan especialmente los asuntos en donde se controvirtieron leyes relacionadas con la segregación racial. Dos de los asuntos más mencionados serán referidos a modo de ejemplo aquí. El primero se conoce como *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). En este caso el objetivo era generar un precedente que permitiera debilitar la legislación segregacio-

nista prevaleciente en el sur de los EUA con posterioridad a la Guerra Civil; para tal efecto un ciudadano negro decidió abordar un vagón del ferrocarril destinado a personas exclusivamente blancas. Cuando se le multó por esa conducta, decidió impugnar y con ello inició el juicio. La Suprema Corte de Justicia de los EUA resolvió el asunto al establecer la doctrina “iguales, pero separados”, muy contraria a las expectativas de la parte actora. Con ello se garantizó la subsistencia de las leyes segregacionistas por otros cincuenta años. El segundo caso es *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). En este caso el objetivo era acabar con la segregación en las escuelas; para tal efecto niños negros solicitaron su inscripción en escuelas para blancos. Al serles negada la inscripción, los litigios iniciaron. En esta ocasión, varios litigios se acumularon y fueron resueltos por la Suprema Corte de los EUA en 1954. La decisión de la Corte modificó el criterio sostenido en *Pleasy vs. Ferguson* y sentó las bases para el fin de las políticas de segregación racial en EUA.

Los dos ejemplos permiten conocer algunas características de los litigios de interés público. Destaca, en primer lugar, la existencia de un cliente o representado. Esta cuestión es fundamental, porque obliga a los abogados encargados de llevar el caso a tener en alta consideración los intereses del cliente, incluso cuando estos pueden oponerse al interés público que dio origen al litigio. En segundo lugar, se tiene que tener claro el objetivo de interés público a obtener. Esto permite determinar qué tan viable es convencer a la sociedad, en general, y a un tribunal, en lo particular, para que acepte los argumentos. Esto último tiene mucho que ver con la naturaleza de la causa que se estima de interés público. Una tercera cuestión tiene que ver con el tribunal en sí mismo. La cuestión a dilucidar aquí está relacionada con la integración y los antecedentes del órgano resolutor. ¿Es posible esperar una acogida favorable por parte del tribunal o es mejor esperar a un momento posterior para litigar?

El litigio de interés público es una actividad que entraña diversos niveles de dificultad. A reserva de hacer un listado de las dificultades, baste con mencionar la problemática que se presenta con la determinación del tema a litigar. Por ejemplo, si lo que se quiere es avanzar en los derechos sexuales y reproductivos a propósito de la legalización del aborto, es necesario considerar que las posiciones legalizadoras pueden ser muy polémicas y gozan de poco consenso. En esas condiciones, ¿cuál es la estrategia idónea para abordar el tema desde el punto de vista litigioso?

José Antonio Caballero

M



MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL LOCAL

La magistratura constitucional local es un concepto que recientemente se ha acuñado en México (con la aparición de la llamada “justicia constitucional local” a raíz de la Constitución del estado de Veracruz, de febrero de 2000) para referirnos al órgano jurisdiccional encargado de proteger la supremacía de la Constitución de cada entidad federativa. En México la magistratura constitucional local tiene diseños diferentes en cada una de las entidades federativas que han incorporado a sus Constituciones instrumentos de control constitucional, así encontramos modelos de magistratura ordinaria que resuelve cuestiones constitucionales a través de sus plenos del Tribunal Superior de Justicia como Veracruz, Tlaxcala y Yucatán; o especializadas en salas constitucionales como los casos de Nayarit y Chiapas. Sin embargo, comparten una característica común: son órganos que siguen la tradición judicialista americana, al estar incorporada en el Poder Judicial estatal la facultad de ejercer el control constitucional.

La configuración, características y diseño de la magistratura constitucional resultan de vital trascendencia si se parte de la premisa que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como una expresión viva del Estado democrático. El éxito de la justicia constitucional en buena medida depende de la configuración de un modelo de magistratura con cualidades de independencia, desde el punto de vista del contenido normativo, es decir, el sistema de garantías constitucionales para proteger a la magistratura y por otra parte las calidades personales de quienes se erigen como guardianes constitucionales. El órgano de control debe reunir características totalmente distintas a la jurisdicción de legalidad u ordinaria; en ello juega un papel fundamental el grado de especialización y perfil que debe tener el juez constitucional, los cuales resultan distintos a los que caracterizan a los jueces ordinarios. El mismo Kelsen en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* identificó el perfil de los integrantes del tribunal constitucional, un número no tan elevado de sus integrantes, la confluencia del Ejecutivo y Legislativo en su designación, la presencia de juristas de profesión especializados, alejados de toda influencia política externa o interna.

Héctor Fix-Zamudio refiere que el estudio de la magistratura constitucional local debe ser abordado desde la perspectiva del derecho constitucional procesal, como una de las garantías constitucionales fundamentales de la jurisdicción constitucional. Es en esta categoría donde se ubica el estudio de la magistratura constitucional, es decir, el conjunto de normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

El fortalecimiento de la Constitución democrática como modelo para las entidades federativas depende en gran medida de las características que se adopten en la formación de la magistratura constitucional. Los principios de independencia, capacidad, inamovilidad, inviolabilidad y perfil de los magistrados constitucionales son elementos que caracterizan la magistratura constitucional.

La independencia es un principio fundamental de la magistratura constitucional, es un elemento consustancial de todo juzgador e infiere la libertad

que tiene cada juez para decidir controversias jurídicas con base en la ley y, en este caso, en la Constitución, libres de cualquier influencia externa no proveniente de la propia norma constitucional.

La capacidad profesional de los magistrados constitucionales tiene una conexión lógica con el conjunto de elementos personales y subjetivos que debe reunir el juez constitucional para hacerse merecedor de asumir la alta misión de ser garante de la supremacía constitucional. El juez, en su carácter de ser humano, estará siempre envuelto en una serie de experiencias, ideologías, pasiones, perversiones, principios, orientación política, etcétera. Además de ello, el juez constitucional debe contar con habilidades que le permitan captar las diferentes aspiraciones de los segmentos de la población para ir confrontándolas en el proceso de interpretación constitucional.

El principio de inamovilidad constituye un elemento externo de la función judicial que se traduce en la garantía constitucional concedida a los jueces para evitar que sean removidos del cargo por circunstancias ajenas a las previstas en la propia Constitución.

La renovación periódica de la magistratura constitucional debe imperar como elemento fundamental del control local, pues permite la incorporación de nuevos criterios que coadyuvan a oxigenar la actividad jurisdiccional, además de evitar que los integrantes del tribunal adquieran compromisos con las autoridades que los nombran o postulan y resten su independencia. Con la renovación periódica de los integrantes del tribunal constitucional se garantiza también el principio democrático; esto permite a los órganos del poder político que confluyen en la designación de los magistrados constitucionales incorporar nuevas generaciones de jueces que vendrán a revolucionar el pensamiento constitucional. Además, se evita caer en una dictadura totalitaria ejercida desde el poder de los jueces.

La inviolabilidad constituye una garantía externa protectora de la función de los integrantes del tribunal constitucional; se manifiesta por medio de la protección que la Constitución consagra a favor de determinados funcionarios del Estado para evitar que sean reconvenidos, perseguidos o reprendidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función pública.

El sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales debe garantizar la participación de los poderes democráticos en la conformación del tribunal constitucional. La intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el proceso de nombramiento de los integrantes de la magistratura constitucional es plenamente justificable porque permite la participación indirecta de los ciudadanos en la formación de un poder del Estado, que no emana de la voluntad popular directa. El tribunal constitucional como órgano del Estado debe tener una legitimación democrática que emana de los órganos de representación popular.

La inmunidad procesal como garantía de la función judicial se expresa como la imposibilidad de que los jueces constitucionales sean enjuiciados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones o bien sean llevados a un proceso penal por la comisión de delitos durante el ejercicio del cargo.

Pedro Antonio Enríquez Soto

MAGISTRATURA ESTATAL Y CONSEJOS DE LA JUDICATURA

En una Federación como México existe el poder federal y los poderes locales, cada uno con sus funciones establecidas desde las constitucionales nacionales en diversos grados y las Constituciones locales.

En México, el reconocimiento y la función del Poder Judicial de los estados se encuentran contenidos en la frac. III del art. 116 de la Constitución Federal (CPEUM), que en su redacción original de 1917 no señalaba nada al respecto. A la fecha, esa fracción ha tenido dos reformas. En la CPEUM no hay indicación de los consejos de la judicatura estatal, dejando libertad de configuración a los estados y desarrollándose posteriormente por la Suprema Corte, como veremos.

La primera reforma —martes 17 de marzo de 1987— estableció por primera vez en la Constitución mexicana los parámetros de los poderes locales, reconociendo la división de poderes en cada uno de los estados e incluyó en la CPEUM las bases para la regulación del Poder Judicial estatal. Su objetivo fue perfeccionar la administración de justicia en México.

De manera individual fueron seis los lineamientos que se incluyeron y que garantizarían la independencia del Poder Judicial —*cf.* Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal*, Porrúa, 2010—.

En el párrafo segundo el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial, al garantizar que el ejercicio de las funciones de magistrados y jueces se regule en los textos constitucionales estatales y en las respectivas leyes orgánicas.

En el tercer párrafo la obligación de cumplir con los mismos requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia.

El cuarto párrafo las características que deben ser tomadas en cuenta al hacer los nombramientos de jueces y magistrados.

En el párrafo quinto la facultad de los tribunales superiores de justicia para designar a los jueces de primera instancia o sus equivalentes, en cualquiera de los estados.

En el párrafo sexto el tiempo durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, pudiendo ser reelectos y cuya permanencia dependerá únicamente del desarrollo de sus funciones, pudiendo ser privados solo en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del estado.

En cuanto al último párrafo, la remuneración que los empleados del Poder Judicial deben percibir y que debe de cumplir con las siguientes características: adecuada, irrenunciable y no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

La segunda reforma constitucional —31 de diciembre de 1994— afectó, por un lado, lo relacionado con los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado, y derogó la facultad dada a los tribunales para nombrar jueces, que se consideró rígida, por una más flexible que permitiera a los estados decidir cómo se harían estos nombramientos.

La magistratura estatal no puede estudiarse o entenderse a cabalidad si no se estudia en el desenvolvimiento político real dentro de una Federación, lo que la hace convivir con el tema del *federalismo judicial*.

En México encontramos 3 diferentes acepciones sobre *federalismo judicial*: a) como defensa de la legalidad estatal, entendido como *casación*; b) como defensa de la constitucionalidad nacional; c) como defensa de la constitucionalidad estatal o local —*cf.* Collí Ek, Víctor, “Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 17, 2013—.

En un primer discurso o sentido, escuchamos hablar de *federalismo judicial* como la creación de cortes estatales de casación, que a manera del modelo francés reconcilien a la norma jurídica no satisfecha. Esto se enlaza con el tema del amparo en negocios judiciales, la idea de que el juicio de amparo permite a los tribunales federales revisar las sentencias definitivas de los tribunales locales, y con esto tener capacidad de decisión sobre todo aquello que pueda ser materialmente jurisdicción de los estados, algo que se ha arreglado un poco con la reforma a la CPEUM, respecto al juicio de amparo del 6 de junio de 2011, donde se le otorgó mayor autonomía a las decisiones de los tribunales locales.

En el segundo sentido, por ese término se suele entender las consecuencias de una interpretación de la CPEUM, o comúnmente llamada control difuso, lo que durante décadas se prohibió por la Corte mexicana, algo que a partir de junio de 2011 ha ido cambiando, especialmente con la revisión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, con la introducción del *principio pro persona*.

El tercer sentido sobre el federalismo judicial deviene igualmente del entendido de un sistema de defensa judicial de la constitucionalidad, pero atendiendo a la naturaleza federal de México, esta constitucionalidad ahora se refiere a los textos fundamentales de cada estado. En este entendido, federalismo judicial sería igualmente la facultad de los tribunales estatales de decidir a partir de su Constitución local. Algunos esfuerzos se han generado para introducir sistemas de control constitucionales en las Constituciones estatales, el primero de ellos fue el estado de Veracruz en 2000 y a partir de ahí, cada vez más estados han logrado introducir estos sistemas en sus textos constitucionales, generándose una variada muestra de desarrollo.

Si el establecimiento de los Poderes Judiciales locales en el texto constitucional fue necesaria, y la interacción de estos poderes a través de la magistratura y jueces locales se ha hecho fundamental, analizada la situación actual de su actuación, vistos los tres ángulos del federalismo judicial, un tema trascendente para el desempeño legítimo de los jueces locales ha sido históricamente y lo es en la actualidad el de la garantía de su independencia.

Es aquí donde vemos que se ha introducido a la escena los Consejos de la Judicatura, que como se ha indicado no hay un mandato de la CPEUM para su inclusión en todos los estados —aunque a la fecha 24 estados contemplan un órgano de administración y vigilancia en sus Constituciones estatales (*cf.* Collí Ek, 2013)—, pero la Corte en su jurisprudencia de la independencia judicial ha señalado la necesidad de incluirlos en las cartas fundamentales locales.

Si el texto constitucional estableció los lineamientos de la magistratura estatal, una de las grandes tareas del desenvolvimiento adecuado de su fun-

ción ha sido la defensa de su independencia, esto ha encontrado un refrendo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, en su interpretación de los alcances de la garantía de independencia judicial estadual, ha establecido grandes criterios, de los que se pueden destacar el establecimiento de requisitos mínimos que las Constituciones locales deben contemplar —*cfr.* Colli Ek, Víctor, “La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 20, 2012—.

Estos requisitos implican la previsión de: *a)* número de magistrados determinado del órgano cúspide del Poder Judicial de los estados; *b)* los jueces de primera instancia; *c)* cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del Poder Judicial del estado; *d)* órgano del Poder Judicial del estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del Poder Judicial del estado, así como el garantizar las condiciones de su ingreso, formación y permanencia, donde entran a la escena los consejos de la judicatura local; *e)* las atribuciones esenciales del órgano cúspide; *f)* el o los órganos que participan en el procedimiento y el mismo procedimiento para nombrar magistrados; *g)* los requisitos mínimos para ser nombrado juez; *h)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados; *i)* el órgano u órganos competentes —colegiados— para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados; *j)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los jueces; *k)* el órgano competente —colegiado— para resolver sobre la remoción de los jueces; *l)* el procedimiento de remoción de los jueces, *m)* un sistema que garantice la permanencia de los magistrados.

Victor Manuel Colli Ek

MAGNA CARTA LIBERTATUM

La *Magna Carta Libertatum* es la Gran Carta de las libertades que el Rey Juan Plantagenet (mejor conocido como Juan Sin Tierra) fue obligado por sus barones a conceder y firmar cerca de Runnymede, el 15 de junio de 1215. Representó el primer documento fundamental para la concesión de los derechos de los ciudadanos y, entre otras cosas, prohibió al soberano establecer nuevos impuestos sin el previo consentimiento del Parlamento, y garantizó a todos los hombres que no pudieran ser encarcelados sin antes haber tenido un juicio regular (*habeas corpus*), reduciendo así el poder arbitrario del rey en términos de arresto preventivo y detención. En el transcurso de los siglos, la *Magna Carta* ha sido varias veces modificada, pero sigue siendo hasta la fecha una de las fuentes escritas de la Constitución no codificada del Reino Unido.

Justin O. Frosini
(traducción R. Tolentino)

MANIFESTACIÓN DE PERSONAS

El proceso foral aragonés de *manifestación de personas* era un medio de defensa *ex profeso* de salvaguardia y custodia de la libertad personal que estatúa el *privilegio general*. Su función teleológica es comparada con el interdicto *homine*

libero exhibendo y con el *habeas corpus*, precedentes español, romano e inglés, de los procesos constitucionales de la libertad contemporáneos.

La *manifestación de personas* se define como la facultad del justicia mayor o de sus lugartenientes de emitir una orden de mandato a cualquier juez u otra persona que tuviera ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual, si la sentencia no estaba viciada, el justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que dicha sentencia se cumpliera del modo ordinario.

A través del proceso de *manifestación de las personas* se apartaba a la autoridad de su acción contra la persona previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses y de quienes habitasen Aragón, aunque no fuesen naturales del reino. Se demandaba por quien, preso o detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría al justicia contra la fuerza de que era víctima y, en su virtud, en ciertos casos quedaba libre un día, aunque en lugar seguro y si examinado el proceso debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde, al amparo del *justicia mayor*, esperaba, sin sufrir violencias, el fallo que recayera. Ese procedimiento garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad.

La *manifestación de personas* tuvo su época de máximo prestigio durante el periodo foral, ya que fue solo hasta entonces cuando esa clase de procesos se dieron en todas sus categorías y en todos sus tipos en la fase *post foral*, esa clase de procesos comenzó a disminuir notoriamente, tanto en sus antiguos prestigios y eficacia, supuesto que fue abolida la manifestación de las personas, quedando ésta en manos de los jueces reales, con lo que, naturalmente, se perdió uno de los privilegios que más cualificaban a las llamadas “libertades aragonesas”. El verdadero origen, así como la auténtica significación de la *manifestación de personas*, fue el siguiente: el de librarlas de la opresión que padecieron, ya fuese por torturas, o bien, de alguna prisión inmoderada, que hubiese sido decretada por los jueces reales.

Al igual que el *jurisfirma*, el proceso foral aragonés de *manifestación de personas* desaparece mediante los decretos de Nueva Planta del 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto del 29 de julio de 1707, expedido por Felipe V, primer rey borbónico.

Finalmente, debe advertirse que la *manifestación de personas* es un precedente del amparo porque tiene análoga estructura procesal y similares efectos a éste, en específico, dentro de su sector conocido por la doctrina como *amparo libertad* o *hábeas corpus*.

Juan Rivera Hernández

MARBURY VS. MADISON

Si las revoluciones francesa y americana, con sus grandes declaraciones de derechos, pueden considerarse como el hito histórico a partir del cual se inicia el largo periplo del derecho constitucional en la afirmación de la dignidad humana y los valores de libertad e igualdad, la sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso

Marbury vs. Madison, puede ser considerada también como el hecho histórico más importante que ha marcado una ruta vital en la protección jurisdiccional contemporánea y cosmopolita para el mundo occidental de dichos valores: la concreción tan explícita que hizo el *Chief Justice*, John Marshall, de la posibilidad de que los jueces examinen la constitucionalidad de las leyes.

La impronta creadora de Marshall no tendría, sin embargo, un efecto inmediato. La doctrina de la *judicial review* por él expuesta en el famoso fallo no sería aplicada sino hasta muchos años después por la Corte Suprema estadounidense en el no menos famoso caso *Dred Scott vs. Sanford*, en 1857; no obstante, la huella de Marshall ha sido determinante en la asunción de dicha facultad por los jueces norteamericanos y, por ende, en la evolución misma de su derecho constitucional. Hoy, Marshall es considerado uno de los mejores jueces de la historia norteamericana y el caso *Marbury vs. Madison* uno de los más emblemáticos fallos de la Corte Suprema y su estudio imprescindible en cualquier manual de derecho constitucional de ese país.

Los hechos del caso, en esencia, eran los siguientes: el presidente de los Estados Unidos, John Adams, le había propuesto a John Jay, a la sazón primer presidente del Tribunal Supremo de la Nación (1789-1795), para que siguiera en el mismo cargo; esto es, para que fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado la propuesta. En vista de ello, y ya en los tramos finales de su presidencia, Adams hizo dos nombramientos si bien con aprobación del Senado: por un lado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación, quien era uno de sus hombres de confianza (había sido su secretario de Estado), y a Marbury, otro miembro de su partido, para el cargo de juez federal del distrito de Columbia. A John Adams le sucedería, en la presidencia de los Estados Unidos, el flamante mandatario Jefferson. Sin embargo, el decreto de nombramiento para el cargo del juez federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había petitionado que se le entregara la credencial correspondiente por el secretario de Estado, quien recaía en la persona de Madison, nombrado por la administración del presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido; sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviese la credencial. Frente a tales hechos, Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de mandamiento (*Writ of mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una Ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del Tribunal, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del presidente y del secretario de Estado. Pero luego razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que libere órdenes

a la administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo la debía declarar inaplicable por esta razón.

A decir verdad, Marshall constituye uno de los más grandes magistrados de todos los tiempos, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos. Bernard Schwartz ha quintaesenciado bien las características de este *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación: *a)* en primer lugar, se evidencia claramente en la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional; *b)* en segundo lugar, se constata en Marshall su liderazgo judicial, cuyo Tribunal duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de predios castrenses; *c)* en tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba en la formalidad del cargo de presidente del Tribunal Supremo sino, y básicamente, por la forma en cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban, y *d)* Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del derecho norteamericano debido a la calidad de sus sentencias .

Pero, además de ello, es también John Marshall un gran precedente en la literatura jurídica sobre la teoría de la argumentación, como lo pone de relieve Carlos S. Nino, cuando pretende descubrir en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* la denominada “lógica Marshall”, que formula en los términos siguientes: *a)* premisa 1: el deber del Poder Judicial es aplicar la ley; *b)* premisa 2: cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra; *c)* premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley; *d)* premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida; *e)* premisa 5: la negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso; *f)* premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución; *g)* premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria; *h)* conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

En consecuencia, el fallo de *Marbury* viene a ser, a todas luces, una pieza de razonamiento que antecede a la actual teoría de la argumentación jurídica. Y es que Marshall no encontró más que una norma y, a partir de ella, la Constitución, afirmó un razonamiento práctico formidable. Marshall se encontró con un papel —la Constitución— y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso. En suma, llegó al razonamiento jurídico de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un poder constituido, y una Constitución, fruto de un poder constituyente, el juez debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma, siempre en el curso de un proceso concreto (*case or controversy*).

A doscientos diez años de esta famosa sentencia, esto es, a más de doscientos diez años de inaugurado el sistema de revisión judicial de las leyes en Estados Unidos, la evolución de esta potestad jurisdiccional ha sido muy amplia y el control de los jueces sobre la política ha abarcado materias muy diversas que van desde el comercio hasta el polémico tema del aborto. Asimismo, el carácter de dicho control también ha sufrido muchos cambios, que van desde iniciales épocas de acentuada restricción como en la era *Lochner*, donde la Corte Suprema y los jueces eran más bien permisivos a las medidas dictadas por el Congreso y el gobierno, hasta momentos de gran activismo judicial como en la época del no menos famoso *Chief Justice* Earl Warren.

Gerardo Eto Cruz

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Es un ingrediente esencial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde hace décadas. Una herramienta probablemente *necesaria* para una protección internacional en un escenario de intenso pluralismo cultural como es el europeo. Pero no por ello menos *controvertida*, dada la inseguridad jurídica que produce su aplicación, y el debilitamiento de la garantía jurisdiccional de los derechos en algunos casos, si bien, en otros, puede ser bueno que la solución del conflicto no sea común. Se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada *concreción* o dependencia del contexto. Es fruto de una interpretación tópica más que sistemática y se presta mal a análisis abstractos.

I. SOBERANÍA NACIONAL Y SUBSIDIARIEDAD. Bajo la doctrina del margen subyace la soberanía de los Estados; pero los derechos humanos son hoy un serio límite a la misma y la relativizan en el seno de una protección colectiva: una soberanía en transición. Esta doctrina no está recogida de forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni fue debatida en los trabajos preparatorios. Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, propia de una protección internacional, que debe producirse siempre después de la interna y en defecto de la misma —agotados los recursos previos—, y que, en sí misma, parece comportar un limitado poder externo de sustitución.

II. ORIGEN, CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN. Procede de las técnicas del Consejo de Estado francés y de la categoría de discrecionalidad administrativa. Pero el Tribunal Europeo (TEDH) ha desarrollado la idea con perfiles propios. No obstante, fue la Comisión quien la creó en casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia por implantar medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al art. 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones en supuestos de guerra o de peligros públicos. El margen está allí ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar la situación de emergencia, que limitaba la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen excepcional que explica la tosquedad de la técnica, pero que corresponde mal con su normalización como herramienta jurisdiccional. El TEDH nunca la ha definido con precisión, pero ha invocado la subsidiariedad

como su fundamento, y reclamado la libertad de configuración del legislador nacional para cohonestar intereses complejos y contrapuestos. El margen traza una imprecisa línea divisoria entre las cuestiones sobre derechos que deben decidir las autoridades nacionales, y las que deben armonizarse a nivel europeo, fijándose unos estándares mínimos y comunes. El Convenio Europeo no es una declaración federal de derechos y cierta autocontención del TEDH parece normalmente necesaria en terrenos como son la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración doméstica de los derechos por el legislador. La justificación de esta cortesía o deferencia no es otra que el carácter internacional de la garantía y el fuerte pluralismo cultural de los pueblos europeos.

III. ELEMENTOS DEL JUICIO SOBRE EL ALCANCE DEL MARGEN. PROPUESTAS DE DESAGREGACIÓN. Son diversos los elementos que el TEDH pondera en la determinación de este margen, tantos que producen la sensación de una simple *commixtio*. Además no siempre se explicitan las verdaderas razones de la autocontención, como en toda buena diplomacia. Tres son los más importantes. Primero la existencia o no de un mínimo denominador común europeo en la regulación de la institución controvertida: un *common background*; se investiga —cada vez más— mediante el uso de un singular método comparado y es el ingrediente central. Segundo, la naturaleza del derecho vulnerado, pues no cabe margen alguno en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, mientras, en un círculo externo de derechos —así la propiedad—, el escrutinio europeo puede ser menos intenso. Tercero, el objeto de la regulación, cuestiones como son las atinentes a la libertad religiosa —el uso del velo o del crucifijo en las escuelas...— o las leyes electorales donde las situaciones nacionales son muy dispares se prestan a permitir respuestas diferentes a los Estados; pero son pautas imprecisas y el uso del margen se revela de geometría variable. A veces incluso se invoca el margen de forma retórica en las sentencias para, legítimar la decisión, y se procede inmediatamente a un escrutinio estricto. Algunos hemos realizado propuestas de desagregación de estos ingredientes, demandando al TEDH una mayor motivación y explicitación del fundamento del recurso al margen.

IV. INTEGRACIÓN EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. El margen debe integrarse como un ingrediente más del juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación plena que permita no entrar a revisar la interferencia en ciertos casos, si el fin de la restricción es legítimo, la medida es necesaria en una sociedad democrática según las autoridades nacionales, y todo ello no resulta arbitrario o irrazonable a los ojos del TEDH. El margen puede esgrimirse a instancia de parte o de oficio, para reducir la intensidad del control europeo.

V. CRÍTICAS DOCTRINALES. ¿UNIVERSALISMO O LOCALISMO? ¿No sería más deseable crear un *ius commune* en la cultura de los derechos? ¿No debería prevalecer el uso de lo que he llamado un “principio de integración funcional”? Tres tipos de respuestas doctrinales se han producido. Unos creen que el margen es una doctrina resbaladiza y elusiva que lleva a abdicar del enjuiciamiento europeo en casos difíciles y políticamente sensibles. Otros, por el contrario, alaban este pragmatismo como manifestación de prudencia y respeto al plura-

lismo, y de freno a un creciente universalismo de los derechos, supuestamente carente de legitimidad democrática. Una tercera perspectiva más matizada, en la que me ubico, observa esta herramienta multiusos como inevitable en una protección internacional y en el actual estadio de la integración europea, pero defienden que su uso jurisdiccional debe ir paulatinamente decreciendo hasta devenir excepcional, al tiempo que demandan un empleo más analítico y motivado de la misma.

VI. ¿PROCEDE SU TRASPLANTE AL SISTEMA INTERAMERICANO? Debería operarse con suma prudencia. Hasta ahora la Corte IDH no ha usado, deliberadamente, esta técnica; su empleo no pasa de su mención en algún voto particular u opinión consultiva. Si bien comienzan a aparecer algunas tentativas doctrinales, pero la situación no me parece la misma que en Europa. No existe en América Latina un pluralismo de lenguas, religiones, culturas políticas y jurídicas tan intenso; la homogeneidad iberoamericana es mucho mayor y arranca de los amplios espacios culturales supraestatales tanto en los tiempos precolombinos como en los de la vieja colonia. Esta situación debería facilitar un entendimiento relativamente uniforme de los derechos fundamentales en la región por las muchas ventajas que comporta para su garantía, eficacia y para la integración. La doctrina del margen puede ser inevitable en Europa, con el fin de que el TEDH no pierda el consentimiento de los Estados en una protección que es aún más internacional que constitucional, pero lo óptimo es el respeto a los justiciables y la reparación de los derechos de las víctimas. No obstante, los actores del sistema interamericano podrían quizás repensar dónde puede dejarse un espacio de discrecionalidad a los Estados para asegurarse de su colaboración activa. Ese lugar no puede ser otro que el cumplimiento de las sentencias. Frente a la amplia tipología de medidas de reparación — muy singulares e intensas — dictadas por la Corte IDH quizás podría confiarse más en la voluntad de los Estados en su determinación y concreción — al modo europeo — y dejarles un espacio para la implementación de la doctrina, pero para eso no creo que haga falta trasplantar el nombre de la herramienta. Temo que un trasplante del margen beneficiase a aquellos Estados que lesionan derechos fundamentales con frecuencia y luego se resisten a repararlos, invocando su soberanía y — supuesta — legitimidad democrática desentendida del Estado de derecho.

Javier García Roca

MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA

La expresión “medio ambiente” tiene un valor polisémico con lo que resulta complicada la determinación de sus contornos definitorios; dificultad conceptual que se trasluce incluso en la calificación jurídica del “derecho al medio ambiente”, que surge como expresión de la progresiva “toma de conciencia” acerca del potencial carácter destructivo que resulta como consecuencia de diversas actividades relacionadas con el desarrollo económico y tecnológico, y que se ha venido regulando en varios ordenamientos jurídicos, con especial incidencia en los ámbitos internacional y europeo, lo que lo ha convertido

en uno de los llamados “nuevos derechos” más discutidos en la doctrina y la jurisprudencia.

Como consecuencia del silencio originario de la Constitución italiana, durante mucho tiempo la protección del medio ambiente ha recaído en la jurisprudencia, cuyo papel en la definición del medio ambiente como valor constitucionalmente significativo no puede entenderse adecuadamente sin tener en cuenta de forma paralela el desarrollo del derecho comunitario al respecto. De hecho, no ha sido sino hasta con la L. Const. 3 de 2001 que reformó el título V de la parte II de la Constitución, cuando se incluye en el art. 117 de la Constitución los términos “medio ambiente” y “ecosistema”, aunque sin especificar ninguna definición “jurídica”.

La introducción, aun a nivel constitucional, del concepto de “medio ambiente” ha creado el problema (en cierto modo, nuevo) de su relación con el concepto de “paisaje”: relación que no es aclarada expresamente por ninguna disposición constitucional, si bien ha sido tratada por la jurisprudencia (véase la sentencia 1029 de 1988 por la que la Corte Constitucional ha evidenciado el vínculo entre el medio ambiente y la protección del paisaje, concebido con una visión amplia, “basado principalmente en los intereses ecológicos y por lo tanto en la protección del medio ambiente como un bien unitario, aunque compuesto de muchos aspectos para la vida natural y humana”).

Sí, originalmente, la Constitución italiana sólo mencionaba el concepto de “paisaje” (art. 9o. de la Constitución), la tendencia predominante en los últimos años parece haber sido la de una progresiva “atracción” de la protección del medio ambiente hacia el ámbito de la salvaguardia del paisaje, lo que ha marcado la evolución del paisaje de una concepción meramente “estética visual” a una más moderna y elaborada consideración del paisaje como un “valor primario” y “absoluto” (*ex plurimis*, Corte Constitucional sents. 183 y 182 de 2006), que debe entenderse como “la morfología del territorio” que incluye “el medio ambiente en su aspecto visual” (sent. 272 de 2009).

Así, el concepto de paisaje, en ciertos aspectos, coincide con el de territorio y, en otros, con el de medio ambiente, sin que entre, en cambio, por completo en ninguno de los dos (*cf.* Corte Constitucional sent. 367 de 2007).

El derecho al medio ambiente, además de las referencias presentes en el texto constitucional y de la interpretación ofrecida por la rica jurisprudencia, especialmente del juez constitucional, encuentra un importante ámbito de regulación en la legislación ordinaria, en particular en el Decreto Legislativo 152/2006 (el llamado Código del Medio Ambiente), que, por lo demás, recoge multitud de normativa europea. De este texto es posible extraer también una definición “jurídica” del medio ambiente, incluso indirectamente, mediante la definición de “impacto ambiental” contenido en el art. 5o., párrafo 1, letra c, del D. leg. 152/2006.

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia constitucional y, aun antes la ordinaria, había concedido un reconocimiento específico al derecho al medio ambiente mediante los parámetros de los arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución. Ya a finales de la década de los setenta, de hecho, la Corte Suprema de Casación, en las sentencias 1463 y 5172 de 1979, ha hecho derivar del art. 32 de la Constitución un derecho a vivir en un ambiente sano, y la Corte

Constitucional, con las sents. 88 y 101 de 1979, y 391 de 1989, ha entendido que el “derecho a un ambiente saludable” tiene plena operatividad y eficacia en las relaciones entre particulares.

Aunque la Corte Constitucional ha mostrado cierta sensibilidad hacia los temas ambientales ya con las sents. 239 de 1982 y 359 de 1985, sin embargo, en la evolución de su jurisprudencia son cruciales las sentencias 210 y 641 de 1987. En la primera la Corte Constitucional, al confirmar la legitimidad de las competencias atribuidas al por entonces recién creado Ministerio de Medio Ambiente, ha reconocido la existencia de “valores constitucionales primarios —como el medio ambiente y la salud (arts. 9o. y 32 de la Constitución)— a la luz de los cuales se está produciendo una reconsideración unitaria de la protección del medio ambiente como un derecho fundamental de la persona e “interés fundamental de la colectividad”. Con la posterior sentencia, 641 de 1987, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de definir el medio ambiente como un “bien material unitario” y “valor primario y absoluto”, cuya tutela puede fundamentar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, en virtud del art. 2043 cc., ante el juez ordinario.

La jurisprudencia posterior se ha movido desde entonces en la dirección de fijar los intereses ambientales al orden de los valores constitucionales.

El medio ambiente se convierte así en un valor constitucionalmente protegido, desvinculado de una perspectiva de naturaleza subjetiva que la había caracterizado hasta ese momento, cuyas exigencias de protección, si bien atañen a una amplia gama de sectores, sobre los cuales se mantienen competencias diversas, no se limitan al dictado de éstas sino que implican una visión global e integrada, una síntesis de una pluralidad de aspectos, a veces incluso en conflicto (*cf.* Corte Constitucional, sents. 356 y 302 de 1994).

Otro momento crucial llegó con la mencionada reforma del título V de la Constitución.

Como se anticipó, el art. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución asigna la “protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural” a la competencia legislativa exclusiva del Estado, dejando a la competencia legislativa compartida entre Estado y Regiones algunas materias reconducibles también a la protección del medio ambiente, tales como la protección de la salud, la promoción del patrimonio cultural y del medio ambiente, y la promoción y organización de actividades culturales, el gobierno del territorio, la investigación científica y tecnológica, y el apoyo a la innovación en los sectores productivos, la protección civil, la producción, transporte y distribución nacional de energía (art. 117, párrafo 3).

En este contexto, dada la dificultad de distinguir los límites de muchos de los ámbitos materiales mencionados, la Corte Constitucional ha conocido de numerosos recursos cuya jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en la definición no solo del conjunto de las competencias, sino también de las diferentes maneras de tutela medioambiental.

Si ya la jurisprudencia constitucional anterior a la nueva formulación del título V de la Constitución le había permitido obtener una “configuración del medio ambiente como «valor» constitucionalmente protegido, que, como tal, esboza un tipo de materia «transversal», en razón de la cual se manifiestan

diversas competencias, que bien pueden ser regionales, correspondiendo al Estado las determinaciones que respondan a exigencias necesarias para una uniforme disciplina en todo el territorio nacional” (en este sentido *cf.* Corte Constitucional, sent. 407 de 2002, que invoca las decisiones n. 507 y n. 54 de 2000, n. 382 de 1999 y n. 273 de 1998), es con la sent. 407 de 2002 que la Corte ha establecido que “la evolución legislativa y la jurisprudencia constitucional llevan a excluir que se pueda identificar una «materia» en sentido técnico, calificable como “protección del medio ambiente”, desde el momento en que no parece que se pueda configurar en rigor una esfera de competencia estatal estrictamente delimitada y acotada, ya que, por el contrario, ella choca y se entrecruza inextricablemente con otros intereses y competencias” (en este sentido *cf.* sents. 536 de 2002, 222 de 2003, 62 de 2005, 108 de 2005, 214 de 2005, 232 de 2005, 182 de 2006).

A partir de 2007, sin embargo, se ha producido un parcial cambio de rumbo en la jurisprudencia constitucional: con la sentencia 378 parece abandonarse el enfoque conceptual que se inició con la sentencia n. 407 de 2002, para pasar a concebir la “protección del medio ambiente y del ecosistema” del artículo. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución, como una verdadera y propia “«materia» para el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las regiones”, de “un bien vital, material y complejo, cuya disciplina comprende la protección y preservación de la calidad y estabilidad de cada uno de sus componentes singulares”.

Si bien se viene reconociendo que “junto al bien jurídico medio ambiente en sentido unitario, pueden coexistir otros bienes jurídicos que tienen por objeto componentes o aspectos del bien medio ambiente, pero que implican diferentes intereses jurídicamente tutelados” a nivel competencial regional, la consulta ha precisado que “la disciplina unitaria del complejo bien medio ambiente, que compete de manera exclusiva al Estado, viene a prevalecer sobre la normativa de las Regiones y Provincias autónomas, en asuntos de su propia competencia, y en relación a otros intereses”, por la cual tales entes “no pueden en modo alguno derogar o rebajar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado” (en este sentido, *cf.* Corte Constitucional, sents. 104, 105 y 214 de 2008, pero en un sentido parcialmente disconforme sent. 380 de 2007).

La más reciente jurisprudencia constitucional ha reforzado la necesidad de una protección unitaria del medio ambiente, si bien ha tratado de evidenciar los distintos espacios de diferenciación entre conceptos o ámbitos materiales vecinos. Así, con la sent. 12 de 2009, la Corte Constitucional ha tratado de aclarar los conceptos de “medio ambiente” y de “ecosistema” al afirmar que “cuando se refiere al medio ambiente, de acuerdo con la competencia legislativa exclusiva del Estado conforme a la letra s del segundo párrafo del art. 117 de la Constitución, las consideraciones relacionadas con tal materia se entienden también hechas, de manera estrechamente relacionada a aquella de «ecosistema». Por otra parte, aunque los dos términos expresan valores muy próximos, su doble uso, en la citada disposición constitucional, no se resuelve en una hendíadis, en cuanto que con el primer término se quiere, sobre todo, hacer referencia a aquello que guarda relación con el hábitat de los seres

humanos, mientras que con el segundo, a aquello que guarda relación con la conservación de la naturaleza como un valor en sí mismo”.

Posteriormente, la Corte ha tratado de aclarar aún más el concepto de medio ambiente, y los márgenes de legítima intervención regional en las materias relacionadas con el mismo, estableciendo que compete al Estado la determinación de “estándares mínimos” que garanticen una “protección «adecuada y no reducible» del medio ambiente” (sent. Corte Constitucional 61 de 2009), siendo, de todos modos posible que las regiones decidan garantizar mayores niveles de tutela más garantista (sent. 225 de 2009). En esta línea discurren también, *ex plurimis*, las sentencias 315 de 2009; 1, 67, 101 de 2010; 66 y 278 de 2012, y 9, 58, 93 y 145 de 2013.

Particularmente claro resulta el íter argumentativo de la sentencia 9 de 2013: la Corte Constitucional, en resumen de su propia jurisprudencia sobre el tema, ha afirmado que “cuando el carácter transversal de la normativa relativa a la protección del medio ambiente y del ecosistema comporta fenómenos de solapamiento con otros ámbitos competenciales (...)” la prevalencia debe “ser asignada a la legislación estatal frente a aquella que compete a las regiones y provincias autónomas, en las materias de competencia propia transversalmente afectadas. Ello en relación al hecho de que la disciplina unitaria y general del medio ambiente y del ecosistema es inherente a un interés público de valor constitucional primario y absoluto y debe garantizar un elevado nivel de tutela, y por tanto inderogable otras disciplinas del sector. En este sentido, por lo tanto, la competencia que resulta de otras materias atribuidas a la región se vuelve necesariamente reducida, pues no puede en modo alguno derogar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado (sents. 278 de 2012 y 378 de 2007)”.

Por último, con la sentencia 85 de 2013 la Corte Constitucional ha entrado a juzgar el difícil equilibrio de intereses y valores constitucionales en conflicto, como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud —y, en concreto, a vivir y trabajar en un entorno saludable—, el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo o el derecho a la iniciativa económica privada.

El breve marco jurisprudencial apenas descrito nos permite comprender que el reconocimiento del valor constitucional de la protección del medio ambiente es algo más y diferente de la referencia a una idea de “derecho al medio ambiente” por la consistencia jurídicamente indefinida y difícil de alcanzar, puesto que el mismo está firmemente anclado a ámbitos materiales o situaciones subjetivas específicos.

El derecho al medio ambiente presenta, así, al menos dos líneas relevantes: la primera está relacionada con la protección situaciones jurídicas concretas, ya sean individuales o colectivas; la segunda en relación con la protección de los bienes concretos referidos a las mismas, protegidos por la jurisprudencia o recurriendo a diversos parámetros constitucionales (por ejemplo, arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución) o invocando el valor del medio ambiente como un valor autónomo, básico del ordenamiento jurídico, relevante por sí mismo, sin la necesaria vinculación con otros derechos.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Parte integrante y esencial de cualquier sistema electoral. Los medios de impugnación en materia electoral son garantes de elecciones libres, imparciales y auténticas; la ausencia de ellos puede agravar los conflictos político-electorales. Se trata de los medios para prevenir y resolver las controversias electorales, sea a través de procedimientos institucionales o de mecanismos alternos o informales para solucionar los conflictos que surjan. La naturaleza jurídica de los medios institucionales utilizados al efecto puede ser administrativa, jurisdiccional, penal o bien tratarse de mecanismos alternos *ad-hoc* e incluso arbitraje internacional. Para su resolución pueden ser confiados a asambleas legislativas, tribunales ordinarios, administrativos, electorales especializados, judiciales y entes nacionales o internacionales *ad hoc*. Los mecanismos alternativos de solución de controversias consisten en la conciliación, mediación o arbitraje.

El conjunto de instituciones y procedimientos que dan estructura y cauce a los medios de impugnación también es conocido como sistema recursal, sistema de medios de impugnación o sistema de justicia electoral. En las democracias, emergentes o consolidadas, tienen un papel muy importante para lograr y mantener estabilidad política, paz social, constitucionalidad, legalidad, así como legitimación y credibilidad de los poderes públicos.

El sistema de medios de impugnación responde necesariamente al contexto socio-cultural, histórico, político, así como a la tradición jurídica de cada país. Los factores más importantes que influyen en su diseño, contenido y operación son el sistema electoral, el sistema de partidos y la cultura política. La operación técnica del sistema es un elemento clave para su eficacia y eficiencia; si la justicia electoral no es pronta y expedita su credibilidad queda comprometida. Los elementos que se encuentran en la base de un sistema recursal son, de una parte, prevenir e identificar irregularidades y, de otra parte, proveer medios y mecanismos adecuados para corregirlas y sancionar a quienes las cometen.

El objetivo primordial de un sistema de medios de impugnación es asegurar, de una parte, que todos los actos, procedimientos y decisiones de quienes intervienen en los procesos electorales se ajusten a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y, de otra parte, garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos; de tal forma que cuando exista una violación a tales reglas de actuación y derechos ciudadanos, la constitucionalidad y legalidad de los mismos sea restaurada y la violación sea sancionada.

Los derechos electorales son derechos políticos que forman parte a su vez de una categoría de los derechos humanos, con todos los cuales se vinculan y entrelazan. Los derechos humanos de fuente internacional tienen su reconocimiento universal o regional en los instrumentos de las Naciones Unidas así como en los instrumentos regionales correspondientes a Europa, América y África. Los principales derechos electorales son los de votar, ser votado, asociación política con fines electorales, participación directa o a través de representantes electos en los asuntos públicos, así como los derechos de libertad de expresión, reunión, petición y de acceso a la información pública relacionada

con asuntos electorales. Estos derechos estuvieron originalmente reservados a los ciudadanos pero cada día es más frecuente encontrar su extensión a residentes extranjeros, en ocasiones sujeta a la reciprocidad, proporcional o no.

El sistema de justicia electoral o recursal se corresponde con el ciclo electoral compuesto por tres periodos: antes, durante y después de la elección, es decir, preelectoral, electoral y poselectoral. La principal garantía que puede ofrecer un sistema de medios de impugnación es corregir las irregularidades mediante su anulación, revocación, modificación o incluso su confirmación.

Para un adecuado funcionamiento del sistema de medios de impugnación es necesaria una serie de garantías que aseguren la independencia funcional, administrativa y financiera de los órganos jurisdiccionales, previstas desde la propia Constitución política del país. Asimismo, son necesarias garantías para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los integrantes de dichos órganos jurisdiccionales, igualmente previstas desde el texto constitucional, respecto de su idoneidad, profesionalismo, selección, designación, estabilidad, permanencia, remuneración, incompatibilidad con otros cargos, así como excusas o recusaciones para conocer ciertos casos. La publicidad de los actos y resoluciones, así como la transparencia y rendición de cuentas por parte de organismos jurisdiccionales y de sus integrantes, son otras garantías de adecuado funcionamiento.

El sistema de medios de impugnación mismo debe ofrecer garantías de procedimiento y principios de eficacia y eficiencia, tales como transparencia, claridad y simplicidad; accesibilidad en términos de tiempo, espacio y costo; gratuidad o costo razonable; oportunidad; derechos de audiencia, defensa y debido proceso; obligatoriedad de procesos y resoluciones; consistencia en la interpretación y aplicación de las leyes electorales.

La judicialización de la política se ha ampliado al ámbito interno de los partidos políticos que tienen su propio sistema de medios de impugnación, cuyos procedimientos habitualmente deben ser agotados antes de acudir al sistema estatal o público de medios de impugnación; cuando esto no es posible la figura del *per saltum* se aplica en los casos que lo justifiquen.

En México, el sistema de medios de impugnación en su triple naturaleza jurídica administrativa, jurisdiccional y penal es regulado a partir de las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los ordenamientos de legislación secundaria siguientes en el orden federal de gobierno: Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Código Penal Federal. Los reglamentos administrativos que materializan en detalle las disposiciones constitucionales y legales dan origen a un complejo entramado de nuevos ordenamientos reglamentarios que se vuelven indispensables también para la operación del sistema de medios de impugnación.

En el orden local de gobierno (estatal, Distrito Federal o Ciudad de México, municipal y submunicipal), igualmente, a partir de las bases establecidas en la Constitución General de la República Federal y de la Constitución polí-

tica local, específica de cada estado de la República, o el Estatuto de Gobierno en el caso del Distrito Federal, se repite el mismo entramado de legislación secundaria y reglamentación administrativa. Mediante la reforma al artículo 2o. de la Constitución general publicada en agosto de 2001, se establece entre otros el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a elegir a sus autoridades municipales y submunicipales mediante sus usos y costumbres tradicionales; derecho que ha sido reiterado de diferentes maneras por vía jurisprudencial por los tribunales constitucionales.

En México, como en otras partes del mundo democrático, los procedimientos de participación ciudadana tales como iniciativa popular, plebiscito y referéndum comparten habitualmente la estructura y procedimientos de la justicia electoral o sistema de medios de impugnación para prevenir y resolver sus propios conflictos de operación y de participación ciudadana. Una reciente reforma constitucional aprobada en el año 2012 regula estos procedimientos en el orden federal de gobierno (se encuentra pendiente la legislación secundaria respectiva), pero las Constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal tienen previstos procedimientos semejantes desde mucho tiempo antes. Por ejemplo, mientras la reforma de 2012 exige por lo menos un porcentaje de 0.13% de la lista nominal de electores para ejercer la iniciativa popular legislativa (para formar un partido político se requiere al menos el 0.26% del padrón electoral federal), en una entidad federativa, el estado de Oaxaca, existe ese derecho individual para los ciudadanos oaxaqueños desde el año 1922.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

MIGRACIÓN

I. DEFINICIÓN. Migración significa cruzar las fronteras de una unidad política o administrativa por un periodo mínimo determinado. Es el término genérico para referirse al desplazamiento de una persona o de un grupo de personas, ya sea a través de una frontera internacional, en cuyo caso se estaría hablando de migración internacional, o bien sea dentro del territorio de un Estado, que sería la migración interna, por un periodo mínimo determinado. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que es un desplazamiento de población que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas migrantes por motivos económicos y personas que se desplazan por otras causas, como la reagrupación familiar.

II. CLASIFICACIONES. La clasificación principal de la migración se realiza atendiendo a si se hace dentro de un mismo Estado o se cruzan fronteras internacionales:

1. *Migración interna*: es el movimiento de personas de un área (provincia, distrito o municipalidad) a otra dentro un mismo país. Esta migración puede ser temporal o permanente. Hay varios tipos de migración interna: campo-ciudad, campo-campo, ciudad-campo, son innumerables las causas de las migraciones internas pero las más importantes siguen siendo las primeras, por la atracción que las ciudades siguen ejerciendo sobre las zonas rurales, que

ofrecen a las personas y a las familias una menor calidad de vida. Los efectos de este tipo de migración han sido tan grandes durante los siglos XIX y XX que se les conoce también como “éxodo rural”.

2. *Migración internacional*: es el movimiento de personas que dejan el país de su nacionalidad o en el que tienen su residencia habitual para establecerse de forma temporal o permanente en otro. Implica el cruce de fronteras que separan a un Estado de otro. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 no contiene una definición de migración, sino sólo de los tipos de trabajadores relacionados con la migración.

La migración internacional es un suceso relativamente nuevo que se remonta al surgimiento del Estado-nación en Europa y su extensión al resto del mundo. Cuando el mundo quedó dividido en Estados-nación se trazaron las fronteras a sus alrededores y los Estados determinaron las personas autorizadas a permanecer en sus territorios: sus nacionales. Así, se inició un proceso de diferenciación y exclusión de las personas ajenas al Estado: los extranjeros, y se empezaron a formular las reglas correspondientes.

A. *Migración regular*: es aquella que se efectúa de acuerdo con el marco legal aplicable. Es decir, es el movimiento de personas de su país o lugar de residencia habitual a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor. En suma, es la migración hecha siguiendo las leyes y procedimientos establecidos por los Estados de envío, tránsito y recepción.

B. *Migración irregular*: es la hecha al margen de las regulaciones de los Estados de envío, de tránsito o de recepción. Aunque la migración irregular ha existido por más de un siglo —desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX— no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara que no tenga una connotación discriminatoria. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que desde el punto de vista de los países de destino significa que es *ilegal* el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío, la *irregularidad* se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país; sin embargo, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de “migración ilegal” solamente a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

Dado lo anterior, se puede definir migración irregular como aquella que es hecha por personas que entran a un Estado distinto del suyo, ya sea: 1) transgrediendo sus fronteras o presentando documentos falsos; 2) permaneciendo en dicho Estado una vez que ha expirado la vigencia de su permiso de entrada; 3) entrando en dicho Estado con fines de turismo o con arreglo a un plan de reunificación familiar que no les permite trabajar, pero permaneciendo en dicho Estado con el objeto de trabajar, o 4) permaneciendo en dicho Estado

para trabajar una vez que ha sido rechazada su solicitud de asilo, en violación de las leyes de extranjería.

Atendiendo a los motivos que originan la migración, interna o internacional, se puede clasificar en:

i. *Migración laboral*: es el movimiento de personas desde un Estado a otro, o dentro de su mismo país de residencia, con fines laborales. Esta migración está por lo general regulada en la legislación nacional de extranjería.

ii. *Migración forzada*: el *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones la define como el movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas; por ejemplo, los movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.

iii. *Migración por motivos familiares*: de acuerdo con el *Glosario sobre migración y asilo 2.0* de la Comisión Europea, se trata del movimiento de los miembros de un grupo familiar separado forzosamente o por migración voluntaria para reagruparse en un país distinto al del origen. La admisión es discrecional del Estado receptor. Es un concepto general que abarca la reagrupación familiar; la formación de la familia y la migración de una familia completa al mismo tiempo.

iv. *Migración espontánea*: es el movimiento de personas o grupo de personas que inician y realizan sus planes de migración, sin asistencia. Por lo general esta migración es causada por factores negativos en el país de origen y por factores atractivos en el país de acogida; se caracteriza por la ausencia de asistencia del Estado o de cualquiera otro tipo de asistencia nacional o internacional.

Elisa Ortega Velázquez

MINISTERIO PÚBLICO

La institución del Ministerio Público tiene profundas raíces históricas en México, la podemos encontrar desde la época prehispánica, aunque su mayor desarrollo se encuentra en la época colonial con los llamados promotores o procuradores fiscales, los cuales tenían como funciones primordiales: defender los intereses tributarios de la Corona (de ahí su denominación de fiscales); asesorar a los tribunales para conseguir la buena marcha de la administración de justicia e investigar los delitos y acusar a los delincuentes. Por ello, eran considerados como integrantes del Poder Judicial, tradición que persistió en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, más conocida como Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución de 1824, las Siete Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 e, incluso, en el art. 91 de la Constitución de 1857 la Suprema Corte de Justicia se conformaba por once ministros propietarios, cuatro suplentes, un fiscal y un procurador general.

Hoy en día los arts. 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las normas procesales perfilan al Ministerio Público como una institución unitaria y jerárquica al que se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad, lo cual le permite estar pre-

sente en procesos civiles, familiares, administrativos, en el juicio de amparo, controversias constitucionales e, incluso, fungir como abogado del Estado. Sin embargo, su función principal es la de investigar y esclarecer la comisión de delitos para perseguir y acusar ante los tribunales a quienes los cometieron o participaron en su comisión, al efecto goza de facultades para: recibir denuncias o querellas de hechos que puedan ser constitutivos de delitos; conducir y ordenar las actuaciones de las policías para investigarlos; dictar medidas y providencias necesarias para preservar el lugar y los indicios del hecho delictivo; solicitar órdenes de aprehensión y, en su caso, ejercitar acción penal en contra del probable responsable; solicitar medidas cautelares; promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal; probar la responsabilidad penal del acusado ante los tribunales y pedir la aplicación de la pena a imponer o, cuando proceda, su absolución. Todo ello con el fin de alcanzar una impartición de justicia pronta y expedita como es propio de un Estado social y de derecho en el cual se busca esclarecer los delitos cometidos para acusar y condenar a los delincuentes y evitar la detención arbitraria y, sobre todo, la privación de la libertad de inocentes, ello como requisito indispensable para la protección de las garantías individuales y, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, de los derechos humanos.

Los arts. 16 y 19 de la CPEUM constituyen la base fundamental para la actuación del Ministerio Público. Cabe resaltar que en el texto de 1917 la carta magna solo requería en el art. 16 la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, la declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado para que el Ministerio Público pudiera solicitar la orden de aprehensión a la autoridad judicial, pero también necesitaba reunir los elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito si pretendía que el juez dictara auto de formal prisión (art. 19 CPEUM). Posteriormente, con la reforma de 1993, se sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo y se requirió que también éstos estuvieran comprobados para solicitar la orden de aprehensión (art. 16 CPEUM). No obstante, en la práctica no fue posible esclarecer qué y cuáles eran los elementos del tipo penal, por lo cual en 1999 se regresó al viejo concepto de cuerpo del delito.

Después de la reforma del 18 de junio de 2008 solo se requiere que el Ministerio Público aporte datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión para que el juez libre la orden de aprehensión y, en su caso, el auto de vinculación a proceso. Lo anterior no debería implicar forzosamente la prisión preventiva, pues ella solo se debería ordenar cuando el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, haya posibilidad de que entorpezca la investigación o su libertad represente peligro para la víctima o testigos, tal como lo contempla el párrafo segundo del art. 19 de nuestra carta magna. Sin embargo, en ese mismo párrafo se establece que “el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley

en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud” con lo cual no sólo contraviene principios fundamentales del proceso penal acusatorio sino también garantías y derechos humanos, pues la reducción de grado probatorio a “datos que establezcan la comisión del delito y la probable responsabilidad” sólo tiene sentido cuando se aplican preferentemente las diferentes medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (garantía económica suficiente, localizadores electrónicos, prohibición de salir del país o ir a lugar determinado, someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución, arraigo domiciliario, etcétera) pues si se priva de la libertad al probable responsable mientras se investiga ¿dónde quedaría la protección de la libertad como máxima garantía individual?, ¿qué alcance tendría la presunción de inocencia que implica tratar como inocente a quien todavía no se le ha demostrado plenamente la comisión o participación en el delito? y, retomando el tema de la figura del Ministerio Público, ¿cómo justificar su actuación como institución de buena fe y representante de la sociedad guiado por la lealtad y la objetividad? cuando con frecuencia se dan a conocer casos de personas que estuvieron privadas de su libertad y al final fueron absueltas porque eran inocentes o no se pudo probar su responsabilidad penal. A lo antes dicho se debe sumar su cuestionada independencia y actuación, debido a que es facultad del Poder Ejecutivo el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público, comenzando por su titular (art. 102 CPEUM). Por ello consideramos que la institución se encuentra en una encrucijada dado que el reciente reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna le obligan no sólo a iniciar averiguaciones y perseguir a los probables delincuentes, sino sobre todo a dirigir de manera profesional y científica sus investigaciones para acusar con todos los elementos de prueba necesarios que demuestren la responsabilidad penal del acusado con el fin de que la autoridad judicial condene a los delincuentes conforme a la pretensión punitiva del Estado, solo así se conseguirá cumplir con el *desiderátum* que ya había planteado el constituyente de Querétaro al referirse a una “revolución procesal” siendo la correcta actuación del Ministerio Público la pieza fundamental para materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.

Enrique Díaz-Aranda

MINISTRO PONENTE, RELATOR

Designado por *acuerdo de presidencia* del más alto tribunal como el responsable del estudio y formulación de los proyectos de resolución de los asuntos que le han sido turnados, cuyo conocimiento se somete a consideración, discusión y, en su caso, aprobación del Pleno, de conformidad con lo expresamente establecido en los arts. 105, fracs. I y II; 107, fracs. VII, XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 7o. del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los asuntos de su competencia originaria; y a la aprobación de las Salas, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 42 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estudio historiográfico de los términos en la legislación. A lo largo de la evolución histórica de las disposiciones que han ido dotando de estructura y organización a la función jurisdiccional de los tribunales federales, se advierte que la adopción por parte del legislador de los términos *ponente* y *relator* ha sido indistinta y, en este sentido, no ha presupuesto una distinción lexical entre lo que podría conformar una autonomía definicional en ambos términos. De esta forma se observa que a partir del periodo que comprende la emisión del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, que marca el inicio de la vida independiente de la nación y la instauración del Federalismo (con la subsecuente división de poderes), a la publicación de la vigente Ley de Amparo, en el marco de la Décima Época, los términos en cuestión han designado los mismos estados de cosas. No obstante, lo que resulta destacable a lo largo de dicha evolución normativa es la preferencia del legislador por uno u otro término y que se acentúa con la emisión de la vigente Ley de Amparo del 2 de abril de 2013. En una aproximación más cercana a los periodos antes citados se observa que la etapa que comprende: *a)* la Primera República Federal (1824-1835) en donde se ubica la Ley de Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito (22 de mayo de 1934); *b)* de la Revolución de Ayutla a la Guerra de Reforma 1855-1861, periodo en el que se publica la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios (23 de noviembre de 1855) y la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma (30 de noviembre de 1861); *c)* la República Liberal, Intervención Francesa, Regencia y Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo 1862-1867, periodo en el que se expide la Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio (18 de diciembre de 1865); *d)* Segunda Época. De enero de 1881 a diciembre de 1889, en que se promulga la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal (14 de diciembre de 1882); *e)* Cuarta Época. De enero de 1898 a agosto de 1914, en el cual se establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (DOF 23 de diciembre de 1908) y, finalmente *f)* Quinta Época. Del 1o. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957, en la que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (23 de noviembre de 1917) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (12 de diciembre de 1928); la designación a los ministros en relación con las funciones que cumplen en el Tribunal Constitucional es siempre genérica.

No es sino hasta 1936 que el legislador dota de especificidad nominal a estas funciones. Es así que en el marco de la Quinta Época el legislador introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1934), en su art. 5o., capítulo II, *Suprema Corte de Justicia*, el término *ministro relator*, cuando precisa el procedimiento que ha de seguirse en las sesiones plenarios de dicho tribunal.

Durante la Séptima Época (del 1o. de enero del 1969 al 14 de enero de 1988), se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 5 de enero de 1988, cuyo art. 4o. mantiene la denominación *ministro relator*. Del mismo modo se advierte que, en subsecuentes artículos, esto es, en los arts. 13,

frac. IV; 20 último párrafo y 47 es introducido el término *ministro ponente*. Para la Novena Época (del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011), en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 26 de mayo de 1995, se mantiene el uso de la figura *ministro relator* únicamente en el artículo 141, que hace alusión a la facultad de atracción que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se observa claramente la inclinación del legislador por la denominación *ministro ponente*, como se desprende del estudio de los arts. 14, 86 y 129. Ahora bien, ya en el terreno propio de la denominación por la que se ha optado en el marco del análisis histórico de la legislación del juicio de amparo, se observa que durante la Quinta Época existe una permanencia de la denominación *ministro relator*, en el marco de la Ley Orgánica de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica de los arts. 103 y 104 de la Constitución federal de 1919), visible en sus arts. 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 y 189, relativos al Capítulo *Sustanciación del Juicio*; redacción que se mantiene hasta su última reforma en el año 1951, periodo en el que culmina la citada época. A partir de ahí, esto es, de la Sexta Época hasta la Novena Época, con la última adición y reforma a dicho ordenamiento, el 24 de junio de 2011, *mutatis mutandi*, se conserva el citado capítulo y las referencias al articulado en cuestión. Durante la Décima Época, con la promulgación de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de abril de 2013, se conserva únicamente la denominación *ministro relator* en el art. 188, inclinándose el legislador en su mayoría por la denominación *ministro ponente*, situación que acontece en igual sentido en el caso de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, término que coexiste con el de *magistrado instructor*, entendiéndose por tal el ministro que conocerá y resolverá las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, y que es designado como tal, en el *acuerdo de radicación y turno*.

A manera de conclusión de este apartado relativo al estudio historiográfico resulta relevante citar la denominación de los términos estudiados en aquellas disposiciones que han regulado la organización interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido cobra especial interés el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 20 de abril de 1901, el cual, en la Sección Segunda, *Orden y despacho de las discusiones*, en su art. 22 hace referencia —a manera de *simil* de las figuras bajo análisis en esta voz— al término *ministro revisor*. En el mismo ordenamiento, no obstante, es utilizada la referencia a *ministro ponente* en los arts. 66, 67, 68, 69, 70 y 71. En el Reglamento Interior de la Suprema Corte de la Nación de 1909, así como en el de 1923, se mantiene la denominación de *ministro revisor* y se observa, en recientes años, esto es, con el Reglamento Interior vigente del más alto tribunal una preferencia por la denominación *ministro ponente*.

Francisco Javier Cárdenas Ramírez

MINORÍAS ETNOCULTURALES

Definir a las minorías etnoculturales necesariamente requiere de la definición de la cultura y nación. Cultura es el conjunto de patrones de compor-

tamiento, lenguaje, mitos, símbolos, instituciones y rasgos históricos comunes que permiten el reconocimiento mutuo entre personas en una agrupación humana; los integrantes de una misma cultura comparten instituciones jurídicas, políticas y económicas. Por su parte, las naciones son asociaciones humanas que comparten una cultura en común; como dice Gellner, dos individuos son de la misma nación si comparten la misma cultura y se reconocen mutuamente como pertenecientes al mismo grupo nacional.

Las culturas y las naciones no son productos de generación espontánea, por el contrario, son construidas pacientemente por las sociedades humanas, quienes levantan poco a poco las instituciones que regularán su vida social, al seleccionar los aspectos culturales de identidad y cohesión.

Normalmente, el Estado nacional favorece la construcción una cultura en particular para cohesionar a su población, la cual se constituye como una cultura dominante o hegemónica al interior del Estado. Así, es posible referimos a la cultura colombiana, estadounidense, mexicana, argentina, francesa, brasileña, etcétera, según el estado nacional de que se trate.

Además, al interior de los Estados nacionales existen, con frecuencia, culturas minoritarias distintas a la cultura del Estado nación; estas culturas minoritarias fueron creadas por grupos humanos excluidos al momento de edificar el Estado y conviven en condiciones desfavorables frente a la cultura dominante.

En consecuencia, las minorías etnoculturales se definen como aquellas asociaciones humanas existentes al interior de cualquier Estado nacional que poseen una cultura distinta de la hegemónica construida por ese Estado. Esto es así porque en el momento de edificarse el Estado nación, las minorías etnoculturales fueron marginadas de los principales acuerdos institucionales de la sociedad, incluido el acceso en términos de igualdad a los derechos básicos.

Las minorías etnoculturales existentes dentro de un Estado pueden ser muy variadas; las más importantes son aquellas mejor articuladas políticamente como las naciones subestatales, los pueblos indígenas y los migrantes. Su mayor organización les permite plantear en mejores condiciones los términos de los principales arreglos institucionales para facilitar su acceso a los derechos básicos.

Estas minorías etnoculturales poseen diferentes orígenes. Así, las naciones subestatales aspiraron en el pasado a constituir un Estado nacional en el cual ellas fueran una mayoría; sin embargo, no lo consiguieron porque carecieron de los recursos para ello o porque fueron incorporados en otro Estado nación. Ejemplos de naciones subestatales son los vascos y catalanes en España, los quebecuas en Canadá, los norirlandeses y escoceses en el Reino Unido. Asimismo, las naciones subestatales pudieron ser anexadas por un estado más grande o por un imperio como Québec en Canadá, o bien cedidas por un imperio a otro, o anexadas a otro por una unión monárquica. En el menor número de los casos, este tipo de Estados multinacionales son creados por un acuerdo voluntario entre dos o más grupos nacionales.

En contraste, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras por nuevos pobladores y forzados mediante la violencia militar o a través de tratados a incorporarse a los Estados nacionales gobernados por quienes ellos

consideran como extranjeros o invasores. Los pueblos indígenas son muy diversos en todo el mundo, por ejemplo, México posee más de sesenta diferentes pueblos, algunos grandes como los mayas y nahuas con aproximadamente el millón de personas; también posee pueblos muy pequeños como los cakchiquel, los cochimí o los pápago, quienes apenas rebasan el ciento.

Mientras las naciones subestatales aspiran, con frecuencia, a convertirse en naciones-Estado, con instituciones jurídicas, económicas y políticas semejantes a las de los Estados nacionales existentes en el contexto internacional, en cambio, los pueblos indígenas buscan a través de la autonomía mantener ciertas formas tradicionales de vida y sus creencias propias sin necesidad de crear un Estado nacional. Dicho de otra forma, mientras las naciones subestatales contendieron pero perdieron la lucha en el proceso de formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas fueron aislados de este proceso y no aspiraron a construir un Estado nacional, buscando más el reconocimiento de su autonomía al interior del Estado donde se encuentran ubicados para garantizar el respeto de su autogobierno e instituciones básicas.

En contraste, los migrantes no habitan ni en su *tierra madre* como las naciones subestatales ni fueron expulsados de sus territorios originales como los pueblos indígenas. Ellos se trasladaron de su Estado nacional de origen a otro, normalmente buscando mejores condiciones de vida, mejores trabajos o una educación más apropiada para sus hijos. Esto explica la ausencia de reivindicaciones autonómicas por parte de los migrantes, debido a que les es imposible reproducir el conjunto de sus instituciones originales en el Estado receptor; en cambio, pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados tales como derechos lingüísticos en el otorgamiento de los servicios públicos básicos y, principalmente, la flexibilidad suficiente para acceder a la ciudadanía del Estado receptor. Para 2013 existen alrededor de 215 millones de migrantes esparcidos globalmente, siendo Estados Unidos el país con mayor número de inmigrantes (aproximadamente 40 millones), mientras México y Rusia son los países con mayor número de migrantes (11.5 millones aproximadamente), seguidos de la India (con 10.5 millones aproximadamente).

Ahora bien, la falta de igualdad para las minorías etnoculturales en el acceso a los derechos básicos en las democracias constitucionales es uno de los rasgos característicos de la inequidad existente entre los integrantes de la sociedad nacional y dichas minorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos es evidente no sólo la discriminación de sus pueblos originarios, sino también de sus minorías afroamericanas y de origen hispano; en Latinoamérica la discriminación contra los pueblos indígenas se perpetuó desde los tiempos coloniales hasta el presente, conformando su segmento más pobre y con mayores desventajas en el acceso a los derechos.

Los derechos de las minorías etnoculturales o los derechos de las minorías para abreviar, en el sentido amplio al que se refiere Kymlicka, se refieren a una gran variedad de políticas, desde derechos y excepciones legales, provisiones constitucionales y políticas públicas implementadas por los Estados, hasta derechos lingüísticos y derechos de los pueblos indígenas. Aunque los derechos de las minorías comprenden una categoría heterogénea de derechos, poseen dos características esenciales: 1) van más allá del conjunto de derechos civiles

y políticos protegidos por todas las democracias liberales al reducir la desigualdad de las minorías en el acceso a tales derechos y 2) son adoptados con la intención de acomodar las distintas identidades y necesidades de los grupos etnoculturales.

Finalmente, el término “minorías” no debe ser entendido solo como referido al tamaño proporcional del grupo, sino más bien al espacio que ocupa la cultura en la esfera pública; por ejemplo, países como Guatemala posee una población mayoritariamente indígena; sin embargo, las culturas de sus pueblos originarios no se ubican en una situación de igualdad frente a aquella de origen europeo que predomina en las principales instituciones jurídicas guatemaltecas. También debe distinguirse a las minorías etnoculturales de ciertos grupos minoritarios como podrían ser los coleccionistas de timbres postales, ciertos clubes, mafias o grupos que no obstante desempeñar un papel minoritario en la sociedad, es imposible que asuman la naturaleza de las minorías etnoculturales por carecer de una cultura societal con capacidad de reproducir sus propias instituciones jurídicas, políticas y económicas.

Francisco Ibarra Palafox

MODELO LEGALISTA DECIMONÓNICO

El Estado de derecho legal (EDL) es un modelo de derecho y de Estado particular, que a su vez requiere de una teoría del derecho y un determinado perfil de jurista que le resulten funcionales. Recordemos que aquella matriz o modelo se nutrirá del racionalismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, pero tendrá concreción histórica en la Francia revolucionaria, sus Códigos y su Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su éxito y esplendor se construirá y expandirá a lo largo del XIX, no sólo por Europa, sino también por América Latina.

I. NOTAS DISTINTIVAS. Recapitulemos sintéticamente los rasgos principales del modelo o paradigma en estudio.

1. *El Estado*. Éste quedará identificado con los tres poderes clásicos, aunque tomando como eje a la ley, dado que el Legislativo quedaba identificado con ella y al Ejecutivo se lo definía por su función de ejecutarla y al Judicial por ocuparse de aplicarla a los casos. Esa caracterización conllevaba una clara prevalencia del Poder Legislativo en tanto las funciones de los otros dos Poderes eran subordinadas o subsidiarias, ordenadas a dotar a la ley de eficacia y respeto. Una nota clave del Estado era su soberanía, que permitía establecer con absoluta libertad los derechos y deberes que tendría los ciudadanos del mismo, y además esos Estados coincidían con sociedades nacionales identificadas y unidas por la ley y sus valores implícitos. La filosofía política que acompañó en general al modelo legalista decimonónico fue la liberal e individualista, de modo que al Estado se lo visualizaba como un mal necesario, con funciones restrictivas orientadas a que la mano invisible del mercado posibilite la mejor vida social.

2. *El derecho*. La ley y el derecho se convierten en sinónimos, en tanto no hay más derecho que el establecido por la ley, así se suprime la posibilidad de algún derecho pre-legal, supra-legal o pos-legal. Pero además la ley era fruto

de la voluntad general, que rousseauniamente hablando resultaba infalible, dado que ella siempre era justa, disponía claramente, sin redundancias, con coherencia, etcétera. La enorme decisividad que adquiere la ley para la vida social se refleja cuando en la misma Declaración de 1789 se determina que las únicas obligaciones o restricciones a la libertad son las impuestas por la ley. Las otras posibles fuentes del derecho quedan en el mejor de los supuestos, remitidas y absolutamente subordinadas a la ley, así cuando se habla de la costumbre solo se le reconoce en tanto supletoria o interpretativa, pero se le descarta a aquella que era contraria a la ley; o cuando se reconocen en los Códigos a los “principios generales del derecho” era porque sólo se recurriría a ellos en los inusuales casos de lagunas (en el Código civil francés no se admite la integración de la ley) y su validez jurídica remiía a la misma voluntad del codificador que los había puesto implícitamente en la obra legislativa, por eso no era posible derivar de ellos soluciones *contra legem*.

3. *La teoría jurídica*. Queda configurada por la escuela exegética francesa, la histórica alemana y el primer Ihering, de ese modo su tarea se orientará a lograr forjar una verdadera ciencia jurídica con las funciones de sistematizar, describir e interpretar al derecho positivo contenido en la ley, o mejor dicho, en el Código. Especialmente queda marginada la posibilidad de una crítica o valoración de la misma, y también una perspectiva iusfilosófica preocupada por preguntarse por el derecho y el mejor derecho, a ese respecto resultan elocuentes las palabras de representantes de la exégesis francesa dado que se constituyeron en modelos inspiradores del modo de asumir la docencia, así Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste ya no tiene por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”, o Aubry: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”. Por otro lado, recordemos que aquella escuela francesa giró en torno al Código Civil, que fue por excelencia el Code, lo que de algún modo contribuyó a que la matriz de la teoría jurídica sea iusprivatista, y ello en consonancia con los ideales liberales de la revolución francesa.

4. *El perfil de jurista*. Napoleón no sólo asumió el proceso de definir el derecho a través de los códigos, sino que encomendó a las facultades de derecho estatales la tarea de forjar a los juristas que serían funcionales al EDL. De ese modo quedó definida la curricula pertinente, limitada al derecho puesto en los códigos, y así sus libros fueron las asignaturas correlativas que debía conocer el futuro jurista; consiguientemente, las materias que carecían del respaldo en un código, se tornaron irrelevantes, innecesarias y hasta peligrosa en aras de la seguridad jurídica. El método de enseñanza, coherente con el modelo, se reducía a exigir memoria de los alumnos y ninguna capacidad crítica, dado que lo pretendido era que conocieran dogmáticamente el derecho que había formulado la infalible voluntad general. Ese propósito respecto a los juristas queda reflejado claramente en la célebre tesis de Montesquieu en torno a lo que debían ser los jueces: seres inanimados, bocas de la ley.

5. *Los derechos humanos.* El art. 2o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 89 reconocerá como “derechos naturales e imprescriptibles” a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero el art. 4o. consagra que la restricción de la libertad sólo puede hacerse por ley, con la advertencia del art. 7o. que “todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia”. Traduciendo de manera más directa esas apelaciones a los derechos humanos individuales, queda claro que la operatividad de los mismos no es directa, sino que se encomienda al Poder Legislativo; pues no olvidemos que no existía la posibilidad del control judicial sobre la ley y que la función judicial se reducía a declarar la ley en cada caso. El valor exclusivo y excluyente del modelo era la seguridad jurídica, que consistía en saber anticipadamente cuales serían las consecuencias jurídicas que acarrearían lo que se haga o no se haga con base en lo previsto en la ley, resultando funcional a ese objetivo la presunción *jure et jure* de que la ley publicada en el órgano oficial del Estado, se presumía su conocimiento sin admitir prueba en contrario.

6. *La teoría de la interpretación jurídica.* Todo sistema jurídico que pretenda eficacia debe al mismo tiempo que definir el derecho, establecer cómo se operará el mismo, y pues este segundo elemento —la teoría de la interpretación— resulta decisivo. Dicho del otro modo, una cosa es la fotografía del derecho contenido en las reglas, o sea, una perspectiva estática del derecho, y otra cosa es ver la realidad del derecho en movimiento gracias a la operatividad del mismo en manos de los juristas por medio de la interpretación, y ésta es una perspectiva dinámica del mismo. En la base de esas dos miradas está la distinción tajante entre creación y aplicación, que en el modelo bajo estudio correspondía al Poder Legislativo y al Poder Judicial, respectivamente. Consecuentemente, el modelo por diversos medios e instituciones procuró que no asumieran los jueces ninguna facultad creativa, para ello existió el *référé législatif* (que imponía al legislador como intérprete auténtico las consultas ante eventuales dudas sobre cómo interpretar una ley), el recurso de casación (con la finalidad de unificar e imponer a todos los jueces los criterios interpretativos), la previsión del delito de prevaricato (para el juez que se apartara del sentido de la ley), etcétera. En definitiva, se suponía que a los juristas se les necesitaba para proyectar a los casos (fáciles) la solución genérica prevista en la ley, para ello se les indicó ciertos métodos interpretativos (en Savigni: gramatical, lógico, sistemático, histórico y en la exégesis los dos primeros) que permitirían obtener la premisa mayor del silogismo deductivo que concluiría la solución para el caso individual. La clave del trabajo del jurista era nunca apartarse de la ley y la voluntad del legislador.

7. *La democracia procedimental.* Siguiendo la distinción efectuada por Ferrajoli, la democracia que auspiciaba el EDL era meramente procedimental, en tanto cualquier tema podía ponerse bajo la decisión de la sociedad, que tenía una irrestricta competencia para decidir lo que estimaba conveniente por parte de la mayoría. Pero además, esa democracia funcional al modelo y a su filosofía política, era de impronta burguesa, en tanto para votar se exigían ciertas condiciones patrimoniales o de ingresos. Los valores subyacentes en esa peculiar sociedad democrática eran compartidos por todos, o al menos no

eran visibles o tolerados los disensos axiológicos, consiguientemente el rechazo o el apartamiento social era una amenaza más temible que las que provenían del ámbito jurídico. La moral social se define por la ley, pero al hacerlo se convierte en una verdad jurídica, y luego queda una moral personal que se confina al reducto doméstico o familiar.

II. LA CRISIS DEL MODELO Y SU REEMPLAZO. El EDL fue un paradigma jurídico y político —reiterémoslo— muy exitoso, no solo en Europa continental sino también por América Latina desde donde se lo importó, contribuyendo decididamente a ese éxito el trabajo realizado desde las facultades de derecho, pero su crisis coincide con la experiencia del nazismo. En efecto, el Tribunal de Nuremberg fundará su condena por cumplir la ley y violar el derecho, y este derecho que habilita y justifica a la condena se asimilará a los “principios del derecho” o los “derechos humanos”. La Ley Fundamental de Bonn del 49 consagrará esa distinción disponiendo que todos los poderes deben respetar la ley y el derecho. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 reconociendo su existencia (no creándolos), su carácter universal e inalienable (no son disponible por ninguna voluntad individual o colectiva) contribuye a potenciar la ruptura de aquella central sinonimia entre derecho y ley. En definitiva, Europa durante la segunda mitad del XX afronta la tarea de crear un nuevo modelo: el Estado de derecho constitucional, que termina reemplazando al EDL y exigiendo una teoría que permita explicarlo, respaldarlo y promoverlo. En ese nuevo modelo serán los jueces los encargados de velar que el derecho no sea violado por ninguna regla jurídica, provenga de donde provenga.

Rodolfo Vigo

MODELOS DE JURISDICCIÓN ELECTORAL CON JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La solución de controversias electorales puede corresponder a una asamblea legislativa u otra asamblea política, a un juzgado o tribunal del poder u órgano judicial, a la propia autoridad administrativa electoral con autoridad jurisdiccional o a un cuerpo *ad hoc* creado con la intervención internacional o como una solución nacional institucional interna. Cuando se trata de juzgados o tribunales del Poder Judicial puede suceder que la función judicial electoral sea confiada a juzgados y tribunales ordinarios, a tribunales administrativos, a tribunales electorales especializados o bien a tribunales o consejos constitucionales; también puede ocurrir que los consejos constitucionales no formen parte del Poder Judicial. En todos los casos el modelo corresponde a la tradición jurídica de cada país y a su evolución política y judicial.

El modelo original de tribunal constitucional al que se confía la solución de controversias electorales corresponde a la Constitución de Austria de 1920; desde ese año la validez de las elecciones parlamentarias fue encomendada a la Corte Constitucional Federal, jurisdicción constitucional que ha sido ampliada a otros ejercicios electorales como es el caso del referéndum (1929), la elección presidencial (1931), así como la elección de autoridades locales y de representantes de organizaciones profesionales. En Alemania, la certificación electoral es confiada al Bundestag (cámara baja del parlamento), en

un sistema mixto legislativo-judicial pues la revisión corresponde a la Corte Constitucional Federal. El Consejo Constitucional de la Quinta República francesa forma parte de un sistema mixto también de solución de controversias electorales en el que intervienen además una jurisdicción administrativa (el Consejo de Estado), así como en algunos casos los tribunales de instancia y eventualmente la Corte de Casación, ambos del Poder Judicial. España también combina jurisdicción administrativa y constitucional, donde la decisión final corresponde a una Corte Constitucional autónoma, pero siendo la corte administrativa parte del Poder Judicial.

El Consejo Constitucional en Francia está integrado por 9 miembros nombrados por tercios por el presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado; los anteriores presidentes de la República son miembros vitalicios del mismo. En Bulgaria, la Corte Constitucional se integra con 12 jueces de los cuales un tercio son electos por la Asamblea Nacional, otro tercio designados por el presidente y 1 más electo por los jueces de la Corte Suprema de Casación.

En Europa Central y del Este, países que han conocido sus transiciones democráticas, han entregado a sus cortes constitucionales la solución definitiva de las controversias electorales, como es el caso de Bulgaria, Croacia, Moldavia, Montenegro, Rumania y Eslovenia, así como Armenia, la República Checa, Georgia y Eslovaquia, en las cuales la corte respectiva es parte del Poder Judicial. Este modelo es seguido por Indonesia y Nigeria, donde las disputas electorales se resuelven en definitiva por cortes constitucionales, siendo la de Indonesia parte del Poder Judicial. Finalmente, en *Electoral Justice: The International IDEA Handbook* (Estocolmo, 2010), son clasificados en este modelo Burkina Faso, Camboya, Camerún, Kazajistán y Mozambique, que tienen un Consejo Constitucional que no forma parte del Poder Judicial pero que resuelve en última instancia las controversias electorales.

Siguiendo el formato establecido por la Constitución de Cádiz de 1812, a partir de los principios de división e independencia de los poderes públicos y supremacía del Poder Legislativo integrado por los representantes de la nación, las Constituciones mexicanas conservaron los colegios electorales de las cámaras del Congreso de la Unión como vía política para la solución de controversias sobre los resultados electorales, coincidentes con recursos administrativos que sustanciaban la propia autoridad electoral administrativa en las etapas previas del proceso electoral. En 1993 desaparecieron los colegios electorales de ambas cámaras de diputados y de senadores, creados temporalmente *ex profeso* para resolver dichas controversias en cada proceso electoral y, en 1996, desapareció el colegio electoral integrado para resolver las controversias en el caso de los resultados de la elección de presidente de la República. De 1987 a 1996 prevaleció un sistema mixto de vía política (colegios electorales) y vía jurisdiccional (tribunales electorales especializados autónomos de legalidad), para la solución de controversias en las diferentes etapas del proceso electoral, incluidos los recursos administrativos que en una primera instancia resolvían y siguen resolviendo la autoridad administrativa electoral pero que revisaba y revisa el tribunal electoral. Estos tribunales fueron el Tribunal de lo Contencioso Electoral, el Tribunal Federal Electoral, al que se agregó más tar-

de una sala de segunda instancia integrada por miembros de la magistratura del Poder Judicial de la Federación (magistrados que en su actividad ordinaria resolvían asuntos de constitucionalidad) y el presidente del propio tribunal electoral autónomo de legalidad (TRIFE).

En 1996 se crean dos mecanismos constitucionales de solución de controversias electorales con las correspondientes autoridades judiciales: la acción de inconstitucionalidad para impugnar leyes electorales expedidas por las cámaras legislativas federales o locales, que corresponde resolver a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y el sistema de medios de impugnación en materia electoral (recurso de apelación, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político electorales del gobernado; hay otros medios de impugnación pero que no tienen la implicación de control constitucional de los anteriormente mencionados) que corresponde resolver al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), integrado por una Sala Superior y cinco Salas Regionales, todas permanentes, que coinciden con las cinco circunscripciones electorales plurinominales en que se divide el territorio nacional para efecto de la elección de diputados por el principio de representación proporcional (200 de 500 diputados), que por tratarse de un sistema federal resuelven también asuntos originalmente de jurisdicción electoral local pero en su etapa definitiva de revisión constitucional.

Como sucedió en 1803 en los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, en México los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, aquí en materia electoral. Originalmente, la *Tesis de la Incompetencia de Origen* (1874) reconoció la jurisdicción constitucional del juicio de amparo para la solución de controversias electorales, negada años más tarde por la *Tesis Vallarta* (1881), hasta que en 1996 se crearon la acción de inconstitucionalidad y los medios de impugnación en materia electoral ya comentados. La contradicción de tesis 2/2000 resuelta por la SCJN negó al TEPJF la facultad de declarar anticonstitucionales leyes electorales, hasta que esta atribución le fue expresamente otorgada mediante la reforma constitucional de 2007. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en que México es parte, abren nuevas vías para la protección de los derechos políticos (hasta hace muy poco considerados derechos fundamentales con garantías jurisdiccionales de protección en México, reitero) con motivo del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En el sistema jurídico mexicano, la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 preveía en los arts. 194, párrafo tercero, y 197, párrafo cuarto, la figura relativa a la modificación de la jurisprudencia, la cual se podía llevar a cabo mediante dos vías.

La primera era a través del cambio de criterio por parte del propio órgano jurisdiccional que había integrado la jurisprudencia por reiteración, con lo que se requería en primer término que se interrumpiera la jurisprudencia, a través de una ejecutoria en contrario aprobada ya sea por ocho ministros tratándose del Pleno, cuatro ministros si se estaba en presencia de una Sala, y por unanimidad tratándose de un Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se debían expresar las razones en que se apoyara la interrupción. Posteriormente se debían observar las mismas reglas para conformar una nueva jurisprudencia bajo el criterio modificado.

La segunda vía para modificar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vinculaba a la petición de un órgano o titular legítimo; esto es, la modificación podía ser solicitada por las Salas de la Suprema Corte y los ministros que las integraban, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, ello con motivo de un caso concreto que debía ser resuelto previamente con base en la jurisprudencia en cuestión, con lo que en la petición de modificación se debían expresar las razones conducentes; el procurador general de la República por sí o por conducto del agente que designara podía exponer su parecer. El Pleno o la Sala debían resolver si modificaban la jurisprudencia, sin que su resolución afectara las situaciones jurídicas concretas en las sentencias que integraron la jurisprudencia modificada.

Ahora bien, la Suprema Corte ha considerado que la modificación de la jurisprudencia permite el cambio total de lo sostenido, es decir, no sólo se interrumpe un criterio jurídico, sino que se sustituye por otro, que incluso puede ser contrario, lo que conlleva a que se pueda solicitar la modificación de una parte o de la totalidad de la jurisprudencia.

La Suprema Corte ha sostenido que la finalidad de la solicitud de modificación consiste en revisar el criterio sometido a examen y, en su caso, interrumpir su obligatoriedad para emitir uno nuevo que lo sustituya, preservando así la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional.

Bajo la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, de igual forma se puede realizar la modificación de la jurisprudencia bajo dos vías, la primera relativa a la interrupción de la jurisprudencia, la que se prevé en los arts. 228 y 229, y que surge cuando el órgano que aprobó determinada jurisprudencia pronuncia una sentencia en contrario, en la que se deben expresar las razones que apoyan la interrupción, y con posterioridad aprueba una diversa jurisprudencia observando las mismas reglas para su formación.

Por otra parte existe en esta Ley un procedimiento denominado “sustitución de jurisprudencia”, el cual es aplicable a los supuestos en que se solicita la modificación de la misma, del cual se destacan las siguientes reglas:

— Cualquier Tribunal Colegiado de Circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezca que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los Plenos de Circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

— Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los Tribunales Colegiados de su Circuito, con motivo de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte, o a la Sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud de los Plenos de Circuito debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

— Cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de la petición de alguno de los ministros y de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para que el Pleno de la Suprema Corte sustituya la jurisprudencia, se requiere una mayoría de cuando menos ocho votos; asimismo debe destacarse que esta resolución no afecta las situaciones jurídicas que derivaron de los juicios en los que se dictaron las sentencias que integraron la jurisprudencia.

La modificación de la jurisprudencia es una figura muy importante dentro del juicio de amparo, pues implica el reconocimiento de que la interpretación de las normas no está petrificada, por el contrario, es un elemento vivo que puede ser modificado al ser analizadas estas normas bajo una óptica distinta, o bien tomando en consideración variables que no se consideraron en un primer término.

Mauricio Lara Guadarrama

MULTICULTURALISMO

El término del multiculturalismo no sólo es de reciente creación en las ciencias sociales sino además posee diferentes connotaciones; como dice Kevin Bloor, puede emplearse en un sentido *descriptivo* o en uno *normativo*. Descriptivamente, el multiculturalismo se refiere a aquellas sociedades que manifiestan un grado elevado de diversidad etnocultural o se encuentran en el camino de convertirse en sociedades multiculturales al presentar múltiples identidades en su población.

Así, decimos que un Estado es multicultural cuando entre su población encontramos una creciente diversidad cultural; al respecto, la mayor parte de los Estados nacionales existentes en el mundo poseen poblaciones multiculturales, pues aun cuando intentaron construir una sociedad homogénea culturalmente no lo consiguieron, al albergar en su interior a uno o más grupos con culturas diferentes. México, Guatemala, Bolivia o Paraguay son Estados multiculturales desde sus orígenes por poseer desde su pasado colonial una población etnocultural diversa, principalmente indígena y europea. Otros Estados como el Reino Unido o Francia son Estados multiculturales recientes, pues como Estados nacionales modernos experimentaron desde la Segunda Guerra Mundial una creciente pluralidad consecuencia de los flujos migratorios provenientes de diversas partes del mundo; por ejemplo, en solo cincuenta años, Francia adquirió un 10% de población de origen árabe.

En su sentido *normativo* el multiculturalismo se refiere a los movimientos al interior del Estado nacional que se manifiestan a favor y promueven

los beneficios del multiculturalismo con el objetivo de reducir la desigualdad de las minorías etnoculturales para acceder a los principales derechos. En su sentido normativo, los Estados multiculturales promueven la implementación de políticas públicas, modificaciones legales y acuerdos constitucionales para promover la diversidad etnocultural de sus sociedades y reducir la desigualdad de las minorías frente a la sociedad mayoritaria. De esta manera, aquellos decretos constitucionales y las leyes expedidas para su implementación cuyo objetivo sea facilitar el acceso de las minorías etnoculturales a los derechos y libertades básicos que tradicionalmente les fueron negados pueden denominarse multiculturales.

Podemos decir que son Estados multiculturales aquellos que promueven o aceptan la diversidad etnocultural existente al interior de su población. Para estos Estados una sociedad vibrante es aquella que concede espacio y reconocimiento a las múltiples identidades que se encuentran en su interior. En consecuencia, la homogeneidad de una sociedad es rechazada en aras de abrir espacio a nociones tales como tolerancia, pluralismo y derechos de las minorías con el objetivo de reducir la hegemonía de la mayoría y la falta de igualdad para acceder a los principales derechos que otorga un Estado constitucional.

Francisco Ibarra Palafox

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

La noción de mutación constitucional alude al cambio intenso o radical del contenido material de una norma constitucional sin alterar su texto a partir de una nueva significación de su formulación lingüística, con motivo de una transformación en las condiciones que configuran el poder político, la estructura social, la cultura jurídica o el equilibrio de valores e intereses generales que determinan una realidad o una expectativa histórico-constitucional, ya sea a través de convenciones políticas, prácticas legislativas o administrativas o por vía de interpretación judicial, de manera paulatina o instantánea.

La posibilidad de una “mutación” constitucional ha sido ampliamente debatida desde sus primeros análisis a finales del siglo XIX y principios del XX por la doctrina publicista alemana (destacan Jellinek, Smend y su discípulo Dau-Lin). La noción ha sufrido ajustes y críticas desde entonces, atendiendo a las diferentes perspectivas sobre la Constitución y el Estado constitucional y, en particular, a partir de la adopción de sistemas de control de constitucionalidad de leyes y la importancia creciente de los tribunales constitucionales como intérpretes últimos del texto constitucional y garantes de su supremacía. No obstante, a pesar de su carácter problemático, se reconoce mayoritariamente como una modificación no formal o tácita del sentido normativo de la Constitución que, como parte de su dinámica, permite la evolución del sistema jurídico y su adecuación a la realidad constitucional.

La idea de mutación implica una tensión entre norma y realidad derivada de los requerimientos políticos, sociales o culturales que generan una necesidad o urgencia histórica de modificación del sentido de un texto normativo. A diferencia de la reforma, que supone un cambio en el texto a partir de procedimientos específicos y normalmente agravados, la mutación constitu-

cional es un procedimiento informal (fenómeno jurídico) que no suele estar previsto expresamente en el ordenamiento, pero que tampoco está prohibido. Mutación y reforma constituyen mecanismos complementarios, excluyentes y, en ocasiones, sucesivos, de ajuste del contenido de un texto, considerando, por un lado, que la reforma supone el agotamiento de las posibilidades de la mutación constitucional, como lo destacaron, entre otros, Konrad Hesse y Pedro de Vega, y, por otro, que la fuerza de la Constitución depende no sólo de su finalidad y sentido normativo sino también de la estabilidad general de su texto y de su capacidad para adaptarse a la realidad política y social. Por ello, se afirma que la mutabilidad relativa de la Constitución implica, en sí misma, una garantía de su permanencia y durabilidad como mecanismos de articulación de la continuidad jurídica del Estado, la evolución normativa y el cambio político y social. Tan importante es la defensa de la Constitución que asegure la permanencia de sus aspectos esenciales (fines, valores y principios), como necesaria la posibilidad de su transformación, que permita ajustar el texto o su significado a la realidad constitucional. Ello responde a una caracterización de la Constitución como un sistema de integración de la totalidad de la vida del Estado en términos de Smend y Lucas Verdú.

En este sentido, el vínculo entre “Constitución” y “realidad”, “normatividad” y “normalidad”, es relevante a fin de que la Constitución no quede rezagada frente a la “realidad”, lo que requiere —si no se reforma— una interpretación progresiva o evolutiva que conciba a la Constitución como un “instrumento vivo” que opera como “punto de partida” frente a las transformaciones de la vida social, como lo ha destacado, entre otros, Raúl Canosa. Lo anterior no soslaya el riesgo de enmascarar una ruptura constitucional que ceda ante la “fuerza de los hechos”. Por ello, como ha reiterado la doctrina, entre otros, Hesse, Böckenförde, Afonso da Silva y Sagües, conviene diferenciar la mutación constitucional *stricto sensu* de otros fenómenos jurídicos, entre ellos los supuestos de inconstitucionalidad de leyes, infracciones o incumplimiento de deberes y ejercicio indebido o excesivo de facultades, así como distinguirla de la normatividad constitucional emergente, la configuración legal de derechos o facultades, que no implican un cambio de texto o contenido material, sino sólo su explicitación o implementación, y de otras instituciones o figuras que tienen como denominador común las variaciones, sean formales o informales, de la Constitución que incluyen, entre otras, la reforma, la modificación irregular mediante el derecho consuetudinario, la satisfacción de lagunas, el desuso de competencias constitucionales, la sustitución constitucional y la “ruptura constitucional”.

La mutación constitucional no implica la degradación normativa de la Constitución o su ruptura —aunque en ocasiones no resulte fácil la distinción— de ahí que sea un procedimiento admitido por el derecho constitucional y no un fenómeno extrajurídico. Ante todo, se reconoce el carácter supremo y normativo de la Constitución, como parámetro de validez del ordenamiento jurídico estatal. Toda mutación legítima tiene como límites el texto y el contexto constitucional, esto es, en última instancia, la cultura constitucional como ha sido expuesta por Peter Häberle. Al respecto, se ha destacado por la doctrina la exigencia de preservar las funciones básicas de la

Constitución, entre ellas, la protección de los derechos fundamentales. De ahí que, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés distinga entre: *a)* mutaciones legítimas (constitucionales o *praeter constitutionem*) que suponen un desarrollo o evolución del sentido normativo para adaptarlo a la realidad político-social o al contexto normativo (conjunto del sistema jurídico), y *b)* mutaciones ilegítimas (inconstitucionales o *contra constitutionem*) que claramente contradicen el texto constitucional respecto a su contexto o panorama normativo.

Lo anterior permite diferenciar entre un concepto amplio y un concepto restringido de “mutación constitucional”, como lo ha propuesto también Díaz Ricci. En general, la doctrina suele rechazar un concepto tan amplio que admita una *praxis* opuesta a la Constitución, mientras que se reconoce la validez y relevancia práctica de un concepto restringido que involucra un cambio “en el interior” de la norma, mas no al margen de la normatividad de la Constitución. Desde esta perspectiva, como lo destacara Hesse, la mutación constituye parte del proceso de concreción o concretización interpretativa de la norma, pues incide en su “ámbito normativo”, el cual comprende el conjunto de circunstancias fácticas objeto de regulación constitucional, a partir del denominado “programa normativo” o mandato de la norma, en el entendido de que el derecho constitucional no se agota en los mandatos abstractos de la norma, desvinculados de la realidad. Ello supone que el fenómeno de la mutación incide en el escenario de la interpretación constitucional como una de sus consecuencias posibles, aunque no se confunde con ella, pues hay desarrollos jurídicos operados vía interpretación judicial que no suponen un cambio intenso o radical que implique una mutación normativa.

En la actualidad, la relevancia práctica de la mutación se advierte especialmente en relación con las normas de derechos humanos que, al asumir la estructura de principios, son normas “abiertas” y requieren “progresivas concreciones”, a fin de garantizar su reconocimiento, protección y garantía, en particular a partir de la jurisprudencia constitucional. La importancia de esta última en la determinación de los derechos y la creciente apertura constitucional —característica del Estado constitucional contemporáneo—, así como la incidencia de la jurisdicción internacional y del derecho comparado (a partir de los nuevos modelos de control de convencionalidad y diálogo interjudicial) amplían el marco referencial de la “realidad constitucional”, con lo cual se advierte una mayor incidencia —en ocasiones discutible y en otras exitosa— de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas, así como las interpretaciones promotoras o reconocedoras de una mutación constitucional.

*Salvador O. Nava Gomar
Mauricio I. del Toro Huerta*

N



NE BIS IN IDEM

La expresión *ne bis in idem* o *non bis in idem*, recogida con ambas formulaciones y expresiva de un principio clásico del sistema de justicia penal liberal, significa “no dos veces por una misma cosa”; principio de derecho constitucional por el cual se prohíbe la doble persecución a un mismo sujeto, por idénticos hechos que han sido objeto de anterior actividad procesal, y que concluyera en una resolución final, ya condenatoria, ya absolutoria” (Willmar, Gernaert, *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).

Otra caracterización —entre las numerosas existentes— establece: “frase latina que significa literalmente que no debe repetirse dos veces la misma cosa. Con la citada expresión quiere indicarse que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior” (Márquez Piñero, Rafael, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. IV).

Bajo el derecho penal autoritario, previo a la gran revolución de las ideas y la normativa que apareció, sobre todo, al cabo del siglo XVIII, no resultaba insólito ni reprochable que se juzgase a una persona más de una vez por determinados hechos —delito—, pese a existir previamente un proceso seguido en todos sus términos y una sentencia dictada conforme a derecho, que había establecido o negado la responsabilidad penal del inculpado.

De esta suerte, la absolución o la condena operaban con eficacia solamente en el proceso en el que habían sido emitidas, pero no resolvían en definitiva —por encima de una eventual reapertura del enjuiciamiento concluido a través de la sentencia, o de la apertura de un nuevo enjuiciamiento— la situación jurídica del sujeto. Prevalecía, pues, la amenaza del *bis in idem*; la sentencia existente —sobre la que pendía la posibilidad de nuevo proceso y nueva sentencia de signo diferente— no contaba con la autoridad —la “santidad”, se diría más tarde— de la cosa juzgada; se hallaba pendiente, sin término, la “verdad legal” que solemos depositar en una sentencia definitiva, no se diga una sentencia firme. Sobra ponderar la inseguridad jurídica que esto causaba.

En aras de la seguridad jurídica, mirada como necesidad imperiosa para el buen curso de la vida social, aunque no fuese siempre en aras de la justicia, que puede requerir la reconsideración de casos fallados, el principio *ne bis in idem* se entronizó entre los principios más socorridos del ordenamiento penal liberal, abarcando la identidad de los hechos (elemento objetivo) y de la persona imputada (elemento subjetivo), aunque no necesariamente de la norma invocada, que pudiera ser una disposición diferente, atraída para alterar deliberadamente el sentido y la aplicación del principio.

Las Constituciones nacionales, atentas a los derechos y las garantías fundamentales de los individuos —que son “entraña” y razón de una ley suprema—, han acogido generalmente este principio de seguridad jurídica. Así se observa en el desarrollo de la normativa constitucional mexicana, que da cuenta del referido principio —casi un dogma del penalismo clásico— en el

proyecto constitucional de 1856 (art. 25), en la Constitución de 1857 (art. 24), en el proyecto *del primer jefe* de 1916 (art. 23) y en la Constitución de 1917 (art. 23). Este precepto, fiel a su formulación original, señala: “(...) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

En el orden internacional de los derechos humanos, que ahora forma parte del bloque constitucional mexicano (art. 1o., reformado en 2011), al que han llegado los derechos del individuo que previamente poblaron las Constituciones —además de las aportaciones oriundas del sistema tutelar internacional— también tiene recepción el principio *ne bis in idem*. Así, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (del que México es parte), dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

A su vez, el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (del que también es parte México) previene: “El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Es pertinente observar a este respecto que el Pacto de San José no alude al “mismo delito”, sino a los “mismos hechos”, y con ello extiende una garantía más amplia al individuo, y que el citado instrumento se refiere al *ne bis in idem* en relación con los hechos abarcados por la sentencia absolutoria firme y no alude a la sentencia de condena. Obviamente, el concepto de esta jurisprudencia, como de las normas que le brindan fundamento, abarca los hechos (elemento objetivo) como la persona del inculgado (elemento subjetivo), aunque se invoque al respecto una disposición jurídica diferente.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte a este respecto: se “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada (por el art. 14.7 del Pacto Internacional citado), la Convención Americana utiliza la expresión «los mismos hechos», que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (*caso Loayza Tamayo*).

Recientemente se ha abierto paso a una fuerte corriente que cuestiona a fondo tanto la intangibilidad del principio al que ahora me refiero como su conexo, la cosa juzgada, que define el alcance del propio *ne bis*. El cuestionamiento emprendido a este respecto tanto por la normativa y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, como sus correspondientes en el ámbito internacional penal, parten de un principio favorecedor de la justicia en ambos espacios: no es admisible que en aras del *ne bis* o de la “santidad” de la cosa juzgada queden impunes las graves violaciones a derechos humanos o los delitos de mayor gravedad, cubiertos por procesos “fraudulentos” y amparados por sentencias “a modo”.

La ortodoxia del debido proceso y la veracidad de la sentencia, sustentada en aquél, garantizan la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales, absolutorias o condenatorias; no ocurre lo mismo cuando hubo violaciones procesales que determinaron el erróneo contenido de la sentencia, o ésta se

funda en normas sustantivas inadmisibles desde la perspectiva del orden internacional de los derechos humanos o del sistema internacional de justicia penal. En tales casos procede la revisión y el nuevo enjuiciamiento —*bis in idem*— por parte de la jurisdicción doméstica, o la asunción del tema por la jurisdicción internacional, en ejercicio de la subsidiariedad que le compete.

En este rumbo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada «cosa juzgada fraudulenta» que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad” (*caso Carpio Nicolle*). Si el trámite desarrollado bajo forma de juicio no constituye “un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del «debido proceso legal», que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención, (ello) motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza” (*caso Castillo Petruzzi*).

Finalmente, si la violación proviene de la propia ley sustantiva, incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, operan conceptos de violación abarcados en varios preceptos de ésta: legalidad material (art. 9o.), privación ilegal de la libertad (art. 7o.), vulneración de garantías judiciales (art. 8o.). Cuando la ley sustantiva aplicada en el proceso y la sentencia es incompatible con aquel instrumento internacional, el futuro enjuiciamiento —con *bis in idem*, por lo que toca a los hechos considerados— se hará bajo normas que no vulneren la Convención (*casos De la Cruz Flores e Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*).

Sergio García Ramírez

NEOCONSTITUCIONALISMO

I. INTRODUCCIÓN. El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neocons-

tucionalismo? Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar.

II. TEXTOS CONSTITUCIONALES. El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de la década de los setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991, entre muchas otras.

III. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES. En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con perio-

dos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los cincuenta la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala, el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

IV. DESARROLLOS TEÓRICOS. Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”. No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

V. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO? No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas y, con toda probabilidad, se pueden rastrear postulados neopositivistas desde la década de los treinta del siglo XX. Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo, en la más importante de todas, *Marbury vs. Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” —por llamarlo de alguna forma— el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott vs. Sanford* (1857) sobre la constitucionalidad de la esclavitud, o *Plessy vs. Ferguson* (1896) sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos...

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. To-

davía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonell

NORMAS NON-SELF EXECUTING

El nombre de estas normas deriva del inglés *Non-self executing* que quiere decir no ejecutables por sí mismas, no autoejecutables o no autoejecutivas.

Las normas *non-self executing* se refieren a normas que por su naturaleza no pueden ser aplicadas inmediatamente sino que requieren de un acto o de un desarrollo legislativo posterior para poder darles aplicación. Este tipo de normas no ejecutables por sí mismas, como dice Loretta Ortiz Ahlf, son disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado y que consagran derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del Estado carecen de exigibilidad inmediata debido a la ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado que las hagan efectivas y les den aplicación. Se trata como dice Mathias Herdegen de disposiciones de un tratado que deben ser desarrolladas a través de medidas internas para poder ser aplicadas por las Cortes y autoridades nacionales, como por ejemplo las disposiciones sobre simples obligaciones de emprender un esfuerzo o las cláusulas generales de dar una especial consideración o de promoción.

Esto ocurre, según señala Michel Virally, ya que algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado (aun cuando éste ya haya sido ratificado con la aprobación del Poder Legislativo) debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Éste es un sistema dualista en el que los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Esta es la situación en el Reino Unido por lo menos formalmente.

La doctrina judicial distingue entre tratados que son directamente aplicables como derecho y tratados que no son directamente aplicables, y cuando una Corte sostiene que un Tratado es del grupo *non-self executing* está actuando de un modo nacionalista en “protección” del sistema legal doméstico frente a la influencia de las normas jurídicas de carácter internacional. Generalmente la doctrina judicial ha permitido cierta discrecionalidad para determinar que tratados son *self-executing* y cuales *non-self executing*. Ello ha hecho que las cortes o tribunales nacionales ejerciten a menudo su discrecionalidad en el sentido de considerar a muchos tratados en la categoría de no directamente aplicables (*non-self executing*); sin embargo, las cortes o tribunales transnacionales o internacionales se han inclinado en catalogar a la mayoría de los tratados dentro de la categoría de aplicables directamente (*self executing*). Esto ha ocurrido sobre todo en los tratados de derechos humanos, los cuales se consideran que crean

derechos en favor de las personas, que pueden ser directamente reclamables ante sus órganos jurisdiccionales como cualquier ley local. De esta manera, como dice Alejandro Saiz Arnaiz, tienden a desdibujarse en cierto grado y en el ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos *self-executing* y los que no lo son.

Así, siguiendo a Thomas Buergenthal, los tratados o normas determinadas como no autoejecutables (*non-self executing*) no pueden sin otras medidas legislativas o ejecutivas adicionales a la aprobación o ratificación del tratado, dar lugar al surgimiento a derechos legales u obligaciones reclamables ante los tribunales domésticos. Se trata de disposiciones, según señala Rojas Amandi, que se dirigen expresamente a los Estados, obligándolos a adoptar determinadas medidas previas a su aplicación, precisamente por no ser posible sin ellas su aplicación directa e inmediata por parte de los órganos internos del Estado (jueces y administración pública).

En suma, lo verdaderamente importante para catalogar a un tratado o a una norma como *non-self executing* es que no sea posible su aplicación inmediata por carecer de las características necesarias a juicio del órgano aplicador como son la voluntad de los autores y el carácter completo de la norma

Es preciso señalar que el carácter ejecutivo o no de las normas contenidas en los tratados tendrá que ser determinado de forma casuística, dependiendo de las normas contenidas en ellos, pero en todo caso se ha señalado que desde el punto de vista del derecho internacional la falta de cumplimiento de tales normas sean ejecutivas o no ejecutivas genera responsabilidad para el Estado que es parte de un tratado. Tal ha sido básicamente la regla establecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contenida bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el artículo 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención). Esto quiere decir que aunque un Estado determine no poder aplicar por parte de sus tribunales una norma de carácter no autoaplicativa, ello no implica que el Estado no tenga la obligación de legislar en un determinado sentido (el del tratado) y que el no hacerlo le acarrea una responsabilidad internacional.

Es preciso señalar, como bien dice Humberto Nogueira Alcalá, que los tratados de derechos humanos por su propia naturaleza se consideran como normas de tipo *self-executing* (autoejecutivas) obligando a que los jueces nacionales los apliquen de manera directa realizando un control de convencionalidad, lo cual implica que el derecho vigente y vinculante no sólo es el que proviene de fuentes internas, sino también el que proviene de fuentes internacionales. Por tanto los derechos de tales normas deben ser asegurados y garantizados a través de la función jurisdiccional doméstica, de tal suerte que no hacerlo implica responsabilidad al Estado por dicho incumplimiento.

De esta manera, si bien cada Estado parte de un tratado puede elegir de cierta forma, como hacer efectivos los derechos humanos en su ámbito

interno, lo que no puede hacer de ningún modo es no cumplir con ellos y no aplicarlos, aduciendo que tales derechos no pueden ser ejercidos por hacer falta alguna norma nacional.

Cuauhlémoc Manuel de Dienheim Barriguete

NORMAS PRECONSTITUCIONALES

En términos generales, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor o de vigencia es anterior al de la Constitución, en tanto, las normas pos-constitucionales son las que han surgido a la vida jurídica con posterioridad al momento de emisión de la norma fundamental. Mucho se ha discutido en la doctrina especializada en cuanto a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución. Acerca del particular, una propuesta consistiría (siguiendo un voto particular de Rubio Llorente, ex magistrado del Tribunal Constitucional Español, acerca de la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia de una norma jurídica, el control de constitucionalidad y el efecto derogatorio) en la potestad de todos los órganos jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a la Constitución. Lo anterior por cuanto es una potestad inherente a la de todo órgano jurisdiccional determinar si el derecho que se ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses se encuentra vigente. De ahí que el juicio de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al de validez.

Tal afirmación es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y las cláusulas de derogatoria general que contienen algunas Constituciones (en los supuestos en que han sido positivizadas), las que sin duda exigen la abrogación de los preceptos preconstitucionales que resultan incompatibles frente a las normas y los principios de la Constitución vigente. De ahí que el control de constitucionalidad estrictamente considerado (es decir, el juicio de validez de una disposición de conformidad con la Constitución), únicamente se puede producir respecto de normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas (pre y pos-constitucionales), teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el efecto derogatorio, la validez y la vigencia o vigor de una norma jurídica, así como la imposibilidad de asimilar estas nociones. En este sentido, normalmente se entiende por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley, en tanto que el concepto de validez se ha referido a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y en particular a la Constitución, pero también en cuanto a su contenido material. En este orden, la derogación o el efecto derogatorio no es otra cosa que la pérdida de la vigencia de la ley, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior (que puede ser del mismo rango o superior) que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso, en tanto que la nulidad de la norma se produce cuando se declara su invalidez.

Pese a la claridad de esta tesis, son distintas las soluciones que sobre el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales se ha ensayado en el derecho comparado. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (pese a la existencia en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de una cláusula de derogatoria general), sostiene dos criterios distintos, tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Así, en el caso del control concreto se lo ha atribuido a los tribunales ordinarios, en tanto que en el abstracto ha asumido la competencia para declarar la invalidez de una norma preconstitucional, sin tener en consideración el contenido de la cláusula aludida, así como la fuerza normativa de la Constitución. En este marco, dicha disparidad de criterios entre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema alemán es insostenible de cara al texto de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como a su normatividad. Por su parte, en el sistema de justicia constitucional italiano se ha desarrollado la noción de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual confunde los conceptos de validez y vigencia, así como la declaratoria de inconstitucionalidad y el efecto derogatorio, negándose entonces uno de los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sea su posibilidad de tener por derogadas todas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a ella y que la contradice. De modo que no es posible confundir la vigencia o la existencia positiva de una ley con su validez y su juicio de adecuación a la norma superior que ha regulado no sólo el procedimiento para su elaboración (es decir, su origen o su nacimiento a la vida jurídica), sino también a la que debe adecuarse en cuanto a su contenido.

El verdadero sustento de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria italiana, que ha permitido someter los preceptos preconstitucionales al control de constitucionalidad y al juicio de invalidez con respecto a la Constitución, lo constituye la inseguridad jurídica y la dispersión jurisprudencial que se podría producir si se permite la facultad de los tribunales ordinarios, y de la misma Corte de Constitucionalidad, de tener por abrogadas las disposiciones anteriores a la Constitución. Se trata entonces de una decisión de *política de justicia constitucional*, si cabe llamarla de esa manera, que no encuentra ningún respaldo en la teoría normativa de la Constitución, y cuyas consecuencias negativas en última instancia serían evitadas por el carácter vinculante de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada una norma preconstitucional o para declarar su invalidez. De ahí que los tribunales ordinarios puedan tener por derogada una norma preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional puede igualmente declarar su invalidez. Tal solución *intermedia* también soslaya las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general que establece la propia Constitución Española de 1978. Se trata entonces de una solución que no tiene asidero en el ámbito del derecho positivo, en cuya razón tanto el Tribunal Constitucional Español como los tribunales ordinarios deberían tener por derogadas las disposicio-

nes preconstitucionales que son incompatibles frente al texto fundamental, al no superar el juicio de vigencia que sobre ellas impone la normatividad de la Constitución, y su poder para derogar todo el derecho anterior que se le opone. En este sentido, sin duda es importante el voto salvado del profesor Rubio Llorente a la sentencia 4/1981 del 2 de febrero, en que defiende la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia, así como la derogatoria de una norma jurídica y la declaratoria de inconstitucionalidad, y advierte la confusión que se produce en la tesis *híbrida y contradictoria* de la inconstitucionalidad sobreviviente. De ahí que también en este caso la mejor solución para el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el texto fundamental sería la abrogación de los preceptos anteriores que se oponen a la Constitución. En suma, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor es anterior al de la norma fundamental y en el conflicto normativo entre éstas y la Constitución, la normatividad de la última exige ineludiblemente su abrogación, tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios.

Víctor Orozco Solano

NORMAS SELF-EXECUTING

La denominación de estas normas proviene del inglés *self-executing* que quiere decir: ejecutables por sí mismas, autoejecutables o autoejecutivas. El tema de las normas *self-executing* usualmente se refiere a las normas contenidas en los tratados internacionales (derecho convencional), aunque también puede referirse a otro tipo de normas contenidas en otros instrumentos también de índole nacional (Constituciones).

Se consideran normas *self-executing* aquellas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas directa e inmediatamente sin necesidad de ningún acto legislativo posterior. Así la estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad. De esta manera, como señala Loretta Ortiz Ahlf, se considera que hay autoejecutividad cuando la disposición o norma respectiva ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales y órganos judiciales internos puedan aplicarla en cualquier caso concreto de su conocimiento. De esta manera y siguiendo a César Sepúlveda los tratados autoejecutivos *self-executing* serán aquellos que en su cuerpo contienen normas que pueden recibirse como leyes internas sin necesidad de que se dicten otras normas para transformarlas en ordenamientos domésticos. Se aplican directamente como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria.

El famoso juez Marshall presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señalaba que una norma es ejecutable por sí misma, es decir *self-executing*, “toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa”. Para Jiménez de Aréchega son dos las condiciones necesarias para que una norma se considere autoejecutiva: la primera que se trate de una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pre-

tensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o administrador solicitando esa aplicación, y la segunda que la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución se encuentre subordinada a un acto legislativo o a medidas legislativas subsiguientes. De esta manera una norma convencional es ejecutable por sí misma cuando esa ha sido la intención de los Estados parte, teniendo la intención de conceder un derecho definido y exigible por el individuo que solicita la aplicación de dicha norma en su favor ante un juez u otra autoridad. Ejemplo de estas normas son las cláusulas de la nación más favorecida, los tratados con normas sobre libertad de establecimiento, extradición, doble tributación y sobre todo las normas relativas a derechos humanos. El mismo Jiménez de Aréchega señala que existe una presunción a favor del carácter ejecutable de las disposiciones convencionales pues se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma “a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a una categoría excepcional de tratados a los que no se puede por su propia naturaleza dar efecto como derecho *ex proprio vigore*”. Es por ello que, como señala Michel Virally, muchas de las Constituciones modernas actualmente disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente tanto a las personas como a los tribunales. Este tipo de disposiciones convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente también del derecho interno.

Según Thomas Buergenthal, si un tratado o una norma se considera como autoejecutable, será directamente reclamable ante los tribunales como cualquier norma de aplicación inmediata de carácter interno, sin necesidad de que existan algún otro tipo de medidas o regulaciones legislativas o administrativas para hacerlo. Así como dice Mathias Herdegen si las disposiciones de un tratado internacional por la certeza de su contenido pueden ser aplicadas por las cortes y autoridades nacionales se habla de una aplicación directa y es por ello que a este tipo de tratados se le conoce en el lenguaje americano como *self-executing*. Para Víctor Rojas Amandi, para que una norma pueda ser aplicada de manera inmediata y directa se requiere, que sea *self-executing* objetivamente hablando, es decir, que su contenido, objeto y redacción de la misma haya quedado suficientemente determinado para poder ser objeto de aplicación por parte de un tribunal sin que sea necesario que exista una ley especial interna que la reglamente para pormenorizarla, desarrollarla y detallarla. Adicionalmente a ello se requiere el aspecto subjetivo del *self-executing* y que es que los Estados Partes del tratado hayan tenido la voluntad de querer que las disposiciones contenidas en él se apliquen de manera inmediata por parte de sus órganos internos. Así para determinar la naturaleza de una norma habrá que acudir directamente a su texto y ver si la disposición se dirige a los Estados y los obliga a adoptar diversas medidas previas a su aplicación (normalmente medidas a cargo del legislativo de cada Estado) en cuyo caso serán *non-self executing* o si la norma se dirige inmediatamente a los órganos estatales de aplicación del derecho (jueces y administración pública) y a los particulares, caso en el cual se tratará de una norma *self-executing*. En todo caso

la determinación de dicha naturaleza es una cuestión de interpretación de la norma, así que usualmente queda en manos de los órganos jurisdiccionales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el art. 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención), ha asumido la postura general sobre la obligatoriedad de los tratados y de su eficacia con independencia de lo dispuesto por la legislación interna de los Estados partes, por lo cual la falta de aplicación de un tratado para el Estado parte que lo hace origina una responsabilidad internacional.

Es importante señalar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el párrafo 1o. del art. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos produce un efecto inmediato en todos los Estados partes y que dicha obligación jurídica es tanto de carácter positivo como negativo y que la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del pacto no está sometida a condiciones y es de efecto inmediato (Observación General No. 31). Del mismo modo en el Sistema Interamericano los arts. 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana han establecido la obligación de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios a los jueces domésticos y ejercer por tanto un control de convencionalidad *ex officio*.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete

NOTIFICACIÓN

La notificación, en sentido genérico, es un medio de comunicación procesal, a través del cual y respetando las diversas especies y formalidades que las distintas legislaciones prevén, se da a conocer a las partes o a los terceros una resolución judicial o administrativa.

En esencia constituye un medio de comunicación entre las autoridades judiciales o con funciones jurisdiccionales y los sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el proceso o procedimiento que se desarrolla, que tiene como objetivo primordial que determinados hechos o actos acontecidos, sin la presencia de los interesados, sean conocidos por éstos, lo que a su vez posibilita la oportunidad de la defensa (emplazamiento), así como el desahogo de cargas procesales y, en general, permite a las partes estar al tanto de la tramitación del litigio o trámite respectivo. Para Carnelutti (*Instituciones de derecho procesal civil*), la notificación es un acto de elaboración procesal accesorio.

Dentro del género notificación suelen distinguirse, atendiendo al tipo de resolución que se hace del conocimiento a las partes, el emplazamiento, la citación y el requerimiento.

En nuestro país, en el ámbito federal, se reconocen varias formas para llevar a cabo la notificación de los actos de los tribunales o de las autoridades que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, revestidas, cada una de ellas, de formalidades que han de cumplirse para garantizar a las personas el respeto

al derecho a una tutela efectiva así como el goce de la garantía de debido proceso

Así, en el Código Federal de Procedimientos Civiles se establece en un capítulo específico los tiempos en que las notificaciones deben ser efectuadas, los datos que deben contener las mismas, los domicilios en los que pueden ser practicadas y las clasifica como personales, por instructivo (cédula), por edictos o por rotulón (lista). En el mismo ordenamiento se prevé que la nulidad de las notificaciones podrá inclusive provocar la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad y que el asunto no podrá ser fallado si antes no se resuelve el incidente de nulidad de notificaciones que hubiera sido planteado.

Por su parte, la Ley de Amparo (vigente a partir del 3 de abril de 2013), en función de la naturaleza de las partes que intervienen en el proceso así como en atención a las circunstancias particulares o especiales que pudieran presentarse dentro del mismo, reconoce como modos o medios de notificación la personal, por oficio, a través de lista y la electrónica para aquellas partes que lo soliciten expresamente y hayan obtenido previamente la *firma electrónica*. Cabe destacar que en el ordenamiento en cita se regula la notificación vía electrónica, lo que supone la armonización de los procesos judiciales con el avance tecnológico de las sociedades contemporáneas, sin sacrificar por ello la certeza jurídica.

Finalmente, debemos considerar los medios de comunicación procesal que se practican entre órganos judiciales pero que tienen como objetivo final el hacer del conocimiento de las partes o interesados en el proceso las actuaciones del tribunal, es decir, notificarlos cuando por razones de territorio la diligencia respectiva resulta imposible, tal es el caso de los exhortos, despachos y cartas rogatorias.

Andrea Zambrana Castañeda

NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, el concepto de «núcleo» (*del lat. nuclĕus*) suele ser definido como el “elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo”, o bien, la “parte o punto central de algo material o inmaterial”. Por su parte, el concepto de «intangible» (*De in y del lat. tangibilis*) suele definirse como *aquello* “que no debe o no puede tocarse”. En este sentido, hablar del *núcleo intangible de la Constitución* es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*. La construcción de este concepto tiene como origen la idea aristotélica consistente en afirmar que es “...evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles...” (*Ética Nicomaquea*).

El profesor alemán Carl Schmitt, ya en 1928, hacía referencia en su obra intitulada *Teoría de la Constitución* al concepto de *decisiones políticas fundamentales*. Schmitt consideraba “...necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de la Constitución. Al

mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia...”.

De lo anterior es que Schmitt hiciera una diferencia entre *Constitución* (no escrita necesariamente) y *leyes constitucionales* (las normas que positivizan la Constitución), estableciendo que aquélla se hace consistir de *decisiones políticas fundamentales*, que son “más que las leyes y normaciones” ya que “denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las posteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...”.

En otras palabras, no es lo mismo la *Constitución* que las *leyes constitucionales*, siendo su principal diferencia que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales y que las normas constitucionales, a las que Schmitt denomina *leyes constitucionales*, sólo tienen por objeto concretar dichas decisiones. No pasa desapercibido que al pensamiento de Schmitt pueda reprochársele la aberración en que incurriría al servir de fundamento a la doctrina nacionalsocialista del derecho y del Estado, la cual destruyó la arquitectura jurídica del Estado de derecho sustituyéndola por la desviación de la comunidad rática del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales sólo podían ser correctamente interpretadas y aplicadas por sujetos pertenecientes a tal comunidad. De ahí el desprecio y discriminación del nacionalsocialismo por cualquier otra raza, especialmente la judía.

Sin embargo, la tesis schmittiana debe considerarse, no atendiendo a su devenir histórico y a su inhumana aplicación por parte del nacionalsocialismo, atendiendo a los postulados más auténticos y originales de la misma, entre los que destacan, a saber: (i) su ataque frontal contra el iuspositivismo formalista kelseniano del siglo XIX; (ii) la distinción entre Constitución y leyes constitucionales; (iii) el concepto de decisiones políticas fundamentales, y (iv) el reconocimiento de que existen, en la Constitución, ciertos contenidos que deben permanecer intangibles.

De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, es que debamos afirmar, por ejemplo, que el órgano revisor de la Constitución sólo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que estando de acuerdo con Schmitt, no puede ni debe alterar las decisiones políticas fundamentales.

En sus *Estudios de teoría constitucional*, Riccardo Guastini distingue entre las *normas materialmente constitucionales* y las nociones que son *materia constitucional*, estableciendo que las primeras son las normas de todo texto constitucional y las segundas son el conjunto de objetos que son regulados por tales normas. De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable por derivar incluso del sentido común: en el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del art. 1o. de la Constitución mexicana (principio de igualdad, principio de libertad, principio *pro persona* y principio de no discriminación)

que el contenido del art. 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión), por lo que hay partes más constitucionales que otras.

La Suprema Corte de México ya ha reconocido la existencia de ciertos tópicos que deben ser protegidos especialmente. Así, en el recurso de reclamación 595/2001-PL, al interpretar el art. 15 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM, el cual señala que en controversia constitucional la suspensión no será procedente cuando se pongan en peligro las “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano”, construyó tal concepto jurídico indeterminado de la siguiente manera: “...si en su sentido gramatical la palabra «instituciones» significa fundación de una cosa, alude a un sistema u organización, así como al conjunto de formas o estructuras sociales establecidas por la ley o las costumbres; mientras que el término «fundamentales» constituye un adjetivo que denota una característica atribuida a algo que sirve de base, o que posee la máxima importancia, se concluye que por instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano debe entenderse las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución (...), dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica, principios entre los que se consideran los siguientes: *a)* régimen federal; *b)* división de poderes; *c)* sistema representativo y democrático de gobierno; *d)* separación Iglesia-Estado; *e)* garantías individuales; *f)* justicia constitucional; *g)* dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, y *h)* rectoría económica del Estado”.

De esta manera, al reconocer la función especial que realizan tales principios dentro de la estructura política del Estado mexicano, se concluye que la suspensión como medida cautelar no puede concederse cuando se pongan en peligro tales instituciones, con lo que implícitamente se reconoce que existen tópicos que gozan de especial constitucionalidad.

Así las cosas, la trascendencia en el ámbito del derecho procesal constitucional y convencional de esta noción tiene un impacto que hoy se presenta como ineludible, debido a que se genera la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del *núcleo intangible* de la misma, ya que parafraseando al estagirita resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquéllos. Separando, pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

NUEVA LEY DE AMPARO

El 6 de junio de 2011 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa reforma constitucional en materia de amparo ha dado

paso al cambio jurídico de mayor trascendencia en las últimas décadas. El artículo segundo transitorio del Decreto mencionado dispuso que el Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación de la reforma constitucional. No obstante, fue hasta el 2 de abril de 2013 cuando fue publicado en el *DOF* el Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La *nueva* Ley de Amparo es el fruto del interés y las aportaciones de legisladores, expertos, académicos, asociaciones de abogados, postulantes y organizaciones de diversa índole que durante más de una década contribuyeron a este proyecto de gran envergadura, guiados por el interés de contar con un instrumento procesal acorde con las necesidades y legítimos requerimientos de acceso de la justicia de nuestra sociedad. Su artículo 1o. enuncia el objeto de esta *renovada* institución jurídica:

“Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.

Como puede apreciarse, la nueva Ley de Amparo contiene la normativa necesaria para armonizar el sistema constitucional que adquirió plena forma en junio de 2011 y que tiene como objetivo obligar a todas las autoridades a sujetar su actuación al principio de protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas, en especial en beneficio de los más vulnerables.

Entre sus novedades, en su mayor parte de profundo calado, la nueva Ley de Amparo prevé las siguientes figuras: declaratoria general de inconstitucionalidad, plenos de circuito e interés legítimo.

a) La *declaratoria general de inconstitucionalidad* está prevista en la frac. II del art. 107 de la CPEUM y regulada en el art. 231 (y siguientes) de la Ley de Amparo, mismo que dispone que cuando los órganos del PJJ establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad. Transcurridos 90 días sin que la autoridad subsane la falta, el Pleno de la SCJN, por una mayoría de al menos ocho votos, emitirá la *declaratoria general de inconstitucionalidad*. Exceptuando normas generales en materia tributaria. La declaratoria general de inconstitucionalidad es uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma constitucional, ya que reforma no sólo el juicio de amparo, sino el alcance de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este diseño se respeta la facultad de la misma autoridad emisora de adecuar constitucionalmente la norma, preservando así el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.

b) La frac. XIII del art. 107 constitucional prevé la creación de *Plenos de Circuito* para la resolución de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de un mismo Circuito (artículo décimo primero transitorio de la nueva Ley de Amparo). Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o los Tribunales Colegiados de un mismos Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, los ministros de la SCJN, los mismos Plenos de Circuito, y los demás órganos antes mencionados podrán denunciar la contradicción ante la SCJN, para que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que debe prevalecer.

c) La figura de *interés legítimo* está consagrada en la frac. I del art. 107 de la CPEUM, que prevé que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (art. 5o. de la Ley de Amparo). A partir de ahora el amparo procede aun cuando la afectación no sea inmediata o directa para quien lo interpone, sino quien verdaderamente, a criterio del juzgador, demuestre la legitimidad de su interés, con lo cual se amplía aún más la protección de la del juicio de constitucionalidad. La figura del interés legítimo cuenta con un amplio desarrollo doctrinal y jurisdiccional en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el derecho mexicano que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico —interés jurídico— o cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivaba del propio orden jurídico.

A propósito de la promulgación de la nueva Ley de Amparo, debe destacarse que también resulta reglamentaria del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para la comprensión e interpretación de la *nueva Ley*, es de suma importancia tener presente que cada párrafo nuevo del art. 1o. constitucional conlleva implicaciones capaces de

revolucionar nuestras relaciones sociales. Establece ahora el párrafo inaugural que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijen en el propio texto de la ley fundamental. Continúa el segundo párrafo afirmando que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección. Cierra este marco el tercer párrafo que ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Una concatenación de suma relevancia entre la nueva Ley de Amparo y la reforma en materia de derechos humanos se encuentra en los preceptos de la *nueva* Ley concernientes a los requisitos de las demandas de amparo indirecto y directo, en los siguientes términos:

“Artículo 108. La demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará: ...

VI. Los preceptos que, conforme al artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame. ...

Artículo 175. La demanda de amparo directo deberá formularse por escrito, en el que se expresarán: ...

VI. Los preceptos que, conforme a la fracción I del artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos cuya violación se reclame; ...”.

Si bien la *nueva* Ley de Amparo es la cristalización de la reforma constitucional de junio de 2011, no es, en modo alguno, el *fin de la historia* en la materia. Consecuentemente, la responsabilidad de su debida aplicación e interpretación corresponde a los titulares del Poder Judicial de la Federación. El juicio de amparo no es una institución jurídica más; es el catalizador que permite que el sistema de impartición de justicia federal funcione. El juicio de amparo es un derecho y una garantía. Es un derecho, porque su existencia y puesta en práctica, debe ajustarse, en todos sus extremos, a los requerimientos que establecen nuestra Constitución y también los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. Es una garantía, porque su mera existencia implica una salvaguarda de reparación, para todo aquel que ha visto menoscabados o restringidos sus derechos y libertades.

A través de la nueva Ley de Amparo, este recurso judicial *sencillo y rápido* —en términos del *deber ser* dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— retoma sus orígenes como el recurso efectivo para amparar ante los tribunales competentes contra cualquier violación de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, como institución procesal, inspiró —a propuesta de la representación de México— la redacción del texto vigente del artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos. Por ello, debemos estar orgullosos de la institución del amparo, misma que se renueva para recuperar la mejor tradición mexicana protectora de los derechos de las personas.

Juan N. Silva Meza

NULIDAD PROCESAL

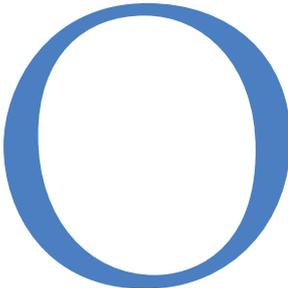
Consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico que se actualiza ante la ausencia de los requisitos establecidos para la validez de los actos procesales que da lugar a su invalidez, en virtud de la presencia de alguno de los vicios que son el resultado de la no observancia de la forma legal a la que deben ajustarse las actuaciones jurisdiccionales.

El concepto de *proceso* o *procedimiento* es entendido como el conjunto de actos procesales que tienden a la declaración del derecho y su ejecución cuya violación está prescrita por la ley adjetiva respectiva. Ahora bien, el ideal regulativo que enmarca la institucionalización del *proceso*, como resultado del establecimiento de instancias jurisdiccionales de administración y procuración de justicia en los órdenes jurídicos de corte constitucionalista, se encuentra delimitado por un conjunto de derechos tales como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, que a su vez encuentran concreciones más específica como la gratuidad en la justicia, el libre acceso a instancias judiciales, el derecho a dirigirse a las autoridades jurisdiccionales, a efecto de buscar su actuación y, finalmente, el derecho de obtener un fallo sobre el fondo de la cuestión debatida en el marco de los procedimientos previamente establecidos. En este orden de ideas, se observa que la noción de *forma* se encuentra estrechamente asociada con el concepto de *proceso*. Tal vinculación existe en virtud de que éstas constituyen las reglas básicas para encauzar la defensa de las partes, en razón de que su presencia es garantía de justicia e igualdad en la contienda. De acuerdo con Giuseppe Chiovenda, las *formas* son aquellas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión a las que deben someterse los actos procesales. De lo anterior se advierte que la *forma* puede referirse tanto al acto procesal en sí mismo, como al conjunto de actos procesales que se relacionan con el estándar requerido a su vez para la validez de otro acto en cadena. En una aproximación histórica de la evolución de las categorías que han empleado los juristas, sobre todo en los países de tradición romano germánica, en relación con el concepto de *forma*, lo que salta a la vista es la tendencia a la flexibilización del uso de estos mecanismos de validez de los procedimientos en las instancias jurisdiccionales y su orientación a la finalidad perseguida por cualquiera de los actos procesales que sean normados, esto es, la consideración de que las *formas procedimentales* en el derecho resultan valiosas en la medida en que concretizan estados de cosas protegidos como los principios procesales antes citados que generan certeza y seguridad jurídicas. En este sentido se observa, *grosso modo*, que se transita progresivamente de un rigorismo formal que encuentra su máxima expresión en la *legis acciones* del derecho romano, pasando por la *doctrina de la libertad absoluta de las formas*, imperante en la Revolución Francesa y que culmina en la *doctrina de la flexibilidad de las formas a la finalidad perseguida por el acto*, defendida por Carnelut-

ti, en su formulación del *principio moderno del fin procesal*, según el cual los actos procesales son válidos en la medida en la que se haya respetado la *forma* adecuada para la obtención de su finalidad. De esta manera resulta comprensible que el concepto de *formas procesales* se encuentre supeditado al concepto de *nulidades procesales*, bien se adopte un criterio clasificatorio de circunscribir el ámbito de las segundas al quebrantamiento de las primeras, o bien el criterio amplio de incluir en el concepto de nulidades, vicios que afectan a otros elementos del acto procesal, *i.e.*, sujeto y objeto; pero, en cualquier caso, las elaboraciones teóricas en torno a la teoría de las nulidades es comprensiva de las violaciones cometidas a la formas procesales en cualquiera de los campos en el derecho, sin ser privativa de algún sector en particular, pese a la existencia de regulaciones específicas en cada uno de ellos. Ahora bien, por lo que hace a la extensión del término *nulidad* en el marco de la teoría general del proceso se advierte que éste ha designado tanto al *error procesal* en sí mismo, como por ejemplo, un acto nulo, como los *efectos del error*, esto es, violaciones al procedimiento y, finalmente, el *medio de impugnación* prescrito por el ordenamiento respectivo, como forma de restituir las cosas al estado previo de la violación procedimental cuya repercusión trascienda al resultado del fallo. De tal suerte que una distinción que pudiera clarificar lo anterior sería aquella que distinga entre la *finalidad*, los *efectos* y los *tipos de errores* de los actos procesales. Por finalidad de los actos procesales, como se ha dicho en líneas anteriores, debe entenderse aquellos estados de cosas que conduzcan a la concreción de los principios que informan el proceso, de forma que los actos procesales estarán afectados de nulidad cuando carezcan de algún requisito que les impida lograr su finalidad; debe, no obstante, tratarse de una irregularidad grave y trascendental que viole los derechos constitucionalmente protegidos en el que se ubica prioritariamente el de la defensa en juicio y la igualdad en la contienda. Vistas así las cosas, el finalismo se propone analizar no ya el fin de la forma, sino el fin del acto cuya forma —u otro de sus elementos— ha sido vulnerado, que en suma se orientan a la correcta aplicación de las normas de fondo. Una consecuencia lógica de lo anterior sería que un acto que no obstante su irregularidad ha conseguido su fin, no será nulo (siempre y cuando no se haya afectado la finalidad de la forma). Ya en el terreno de los efectos, lo que se advierte es que la no observancia de las *formas* en los actos procesales y la consecuente existencia de anulabilidad, como capacidad de los actos de ser declarados nulos, conduce irremediabilmente a la declaración de ineficacia de las actuaciones que comprenden las instancias jurisdiccionales que abarcan directa o indirectamente. Lo anterior se expresa a través del latinajo *nullum est quod nullum effectum, producit*. Si bien resulta anulable todo acto procedimental que no se ajusta a la *forma* legal prescrita y que determina su validez, existe la posibilidad de validación o convalidación, comúnmente conocida en el lenguaje foral como *reposición de procedimiento*, que conduce a la restitución de los efectos de la irregularidad, esto es, la declaración de violaciones al procedimiento tiene el efecto de eliminar aquellos actos o actuaciones nulos a efecto de volver a introducir regularidad *según las formas* prescritas para ellos. Esta característica peculiar de la convalidación de la nulidad en los actos procesales, hace que la nulidad se distinga de la figura de la inexistencia presente en

su vasta mayoría en la teoría de los actos jurídicos prioritariamente en el derecho privado. Resulta en este sentido anecdótico que la categoría de actos inexistentes surge en el seno de la Comisión de trabajos preparatorios para el Código Civil Francés de 1804 y fue la solución al rígido principio de origen romanista *pas de nullitas sans texte*. Ante la imposibilidad de declarar nulos ciertos actos en razón de la taxatividad extrema del sistema legalista, en aquellos casos en los que la nulidad no estuviese expresamente prevista, el legislador francés optó por la categoría de los actos inexistentes la cual a su vez fue incorporada por el Código Rocco de 1930 en Italia. Finalmente, en tercer lugar, se ubican los errores o defectos de los actos procesales. En este sentido la teoría de la nulidad ha distinguido entre los *errores de contenido* y los *errores de procedimiento*, dicha clasificación pretende ser descriptiva de la actuación del juez y en este sentido opera *intra* procesalmente. Los primeros, también conocidos como errores *in iudicando*, no anulan los actos sin perjuicio de ser impugnables por vía de recurso. Los segundos, denominados *in iudicando*, casi siempre desembocan en la declaración de nulidad. El error *in procedendo* o vicio de actividad es identificable desde que comienza a movilizarse la acción y el proceso inicia y tanto las partes como el juez realizan actos de carácter sucesivo que conducen a consumir el juicio. En tal desarrollo del proceso, se verifican, como se ha mencionado, ante la falta de observancia de las *formas* que la ley procesal respectiva ha determinado en cada caso, actuando como garantía para los justiciables y como base fundamental del proceso. Los errores de razonamiento, *i.e.*, errores *in iudicando* tienen que ver con la apreciación de parte del juzgador, con la interpretación de hechos y de normas y su concatenación en la sentencia. A diferencia de estos últimos el ámbito de verificación de los errores *in procedendo* es la inejecución de la ley que regula la *forma* que norma la consecución de las diversas etapas del proceso; frente al error de aplicación en las normas de fondo, que conduce a que dicho acto deba ser reparado, dentro de los sistemas de revisión o de instancias superiores. A manera de conclusión restaría hacer mención sobre la forma de reparación de los errores *in procedendo*. Ésta debe entenderse como la previsión que existe en los ordenamientos en relación con la declaración de nulidad, sin importar la forma en que se presente (sea incidente, sea a través de un recurso o en vía de juicio), con lo cual la manera de hacer valer la nulidad dependerá de los momentos procesales oportunos que determine la ley adjetiva respectiva. En instancias revisoras, el estudio de la nulidad procesal, entendida como violaciones al procedimiento, que en el caso del juicio de amparo se lleva a cabo de manera oficiosa, obliga al juzgador a retrotraer las cosas al estado previo a la violación procesal a efecto de restituir la garantía de adecuada defensa en juicio.

Francisco Javier Cárdenas Ramírez



OBITER DICTUM

Son dos elementos fundamentales en la doctrina del *stare decisis* del derecho anglosajón (*Common Law*) los que se distinguen dentro del “precedente judicial” o sentencia: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. En el sistema de precedentes el primer paso es declarar los hechos substanciales —rechazando aquellos que no lo son— para la determinación del principio normativo sobre el cual el juzgador fundamenta su decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A *contrario sensu*, el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural) se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para casos posteriores. Sin embargo, el *obiter dictum* posee una fuerza persuasiva para controversias futuras a resolver por las cortes. La razón por la cual el *obiter dictum* no es vinculante en casos posteriores se basa en que estos razonamientos no son estrictamente relevantes para el caso concreto que se ha resuelto en la sentencia.

Terense Ingmanasi (*The English Legal Process*, 12a. ed., Oxford, 2008) señala que *obiter dictum*, literalmente “dicho sea de paso, ó —a propósito de—”, es la especulación del juzgador acerca de cuáles razones o principios normativos podrían ser aplicados a la controversia concreta, si los hechos probados en el caso resuelto hubieran sido distintos. Los enunciados o razonamientos elaborados *à propos de* por el juzgador a lo largo del texto de una sentencia constituyen el *obiter dictum*, son anotados ahí de forma hipotética, es decir, a manera de ejemplos se establecen ciertos supuestos y principios generales del derecho que podrían ser aplicados a la controversia concreta, pero que resultan irrelevantes para apoyar el pronunciamiento normativo y por tanto la decisión para fundamentar la resolución del caso.

El carácter persuasivo del *obiter dictum* implica reconocer que detenta una autoridad en la doctrina del *stare decisis* en el derecho anglosajón, esto significa que en casos futuros los enunciados que lo conforman son influenciables y pueden inducir e instar los argumentos o razonamientos del juzgador en casos futuros. Es ahí donde cobra importancia el *obiter dictum*, debido a que en controversias posteriores, el juzgador puede tomar en consideración esos razonamientos hipotéticos al caso concreto a resolver si así lo cree procedente.

María de Jesús Medina Arellano

OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La locución “objeto de control constitucional” significa aquello que es materia de los diversos controles de constitucionalidad, esto es: la forma de actuar de los órganos de poder.

Esto implica que los órganos públicos como tal no son el objeto del control constitucional, sino los actos son emitidos por éstos. La actuación de cualquier autoridad debe supeditarse a los límites previstos en el texto constitucional. El verificar que dichas actuaciones se apeguen a los parámetros de constitucionalidad, será el objetivo de los medios de control previstos en la ley fundamental.

La medición efectuada por los controles de constitucionalidad puede darse en diversos momentos. Si bien los actos de autoridad son la materia objeto del control constitucional, la naturaleza de los medios de control atienden a circunstancias determinadas.

Dentro de los tipos de control (político, jurisdiccional y social) solo los políticos y los jurisdiccionales pueden tener una medición y repercusión jurídica, esto implica que su diseño y alcance están fomentados por el propio orden constitucional, para su mantenimiento y vigencia.

Siendo el objeto de control de constitucionalidad la validez de los actos de autoridad, cuando éstos rebasan los límites establecidos, afectando el orden constitucional o la esfera jurídica de las personas, operan como medios de reparación a dicha afectación, restituyendo el derecho vulnerado a la situación que guardaba antes de la comisión del acto generador. Estos medios de control son *a posteriori*, y requieren de la materialización del acto, es decir, que se haya exteriorizado, pues de lo contrario no puede aludirse algún tipo de agravio. El control jurisdiccional puede ser activado oficiosamente, o a petición de parte, según la naturaleza y funcionamiento de éstos.

Si bien, la mayoría de los controles de constitucionalidad funcionan como medios de reparación *a posteriori*, existen también controles de carácter previo, los cuales operan antes de la entrada en vigor de una norma jurídica de alcance general, sometiéndose a la validación del órgano encargado de ejercer la tutela constitucional. Si bien esta modalidad no posee una naturaleza jurisdiccional, por no existir una litis, afectación, ni administración de justicia por parte de un juez u órgano jurisdiccional, si resulta ser un control jurídico, pues requiere de un impulso procesal por alguna parte legitimada, y es sometida a una valoración jurídica para determinar su validez.

Otra modalidad en que pueden operar los controles constitucionales es en consecución de su objeto, esto puede ser a través del análisis que hagan en abstracto o en concreto de las normas jurídicas. El primero puede desdoblarse de forma previa o posterior a la entrada en vigor de la norma, y tiene como objeto someter la validez de dicha norma al contenido de la Constitución. En caso de existir una contradicción o inadecuación, se declara como inconstitucional parcial o totalmente.

La característica del control abstracto constitucional es que el análisis de validez no se deriva de la afectación que haya producido la norma al momento de su aplicación. Por otra parte, el control constitucional en concreto dimana de la función del juez al momento de resolver sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, cuando ésta es aplicada a un caso concreto y, como consecuencia, se genera una merma o vulneración al orden jurídico o en la esfera jurídica de las personas. Este ejercicio de control implica la validación de una norma jurídica en relación a un caso concreto, teniendo la resolución sólo efectos relativos.

Una última acepción sobre la forma de ejercer el control constitucional con referencia a su objeto es cuando un órgano jurisdiccional es el encargado de llevar a cargo dicho control. Esto puede ser de dos formas: concentrada o difusa. La forma concentrada hace alusión a que la tutela de la constitucionalidad se ubica en una sola competencia y jurisdicción, por lo que solo esa

instancia es la legitimada para declarar la inconstitucionalidad de un acto o una norma jurídica. En cambio, cuando el control se lleva a cabo de forma difusa, como su nombre lo indica, se difumina a cualquier órgano jurisdiccional la labor de tutela constitucional. El control difuso de constitucionalidad, en su sentido original, significa la obligación de todo juez de mantener la observancia de la supremacía constitucional. A diferencia del control concentrado, el difuso se limita a la inaplicación de aquella norma que se presume como contraria al orden constitucional, reservándose la facultad de declaración de inconstitucionalidad, es decir, la expulsión de la norma del sistema jurídico a un órgano jurisdiccional supremo, o en su caso, a un Tribunal constitucional.

Estos controles (concentrado y difuso) pueden existir tanto a nivel local como a internacional. En el caso del sistema interamericano, el control concentrado que ejerce la Corte Interamericana como máximo órgano de tutela e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás instrumentos interamericanos, consiste en asegurar el cumplimiento efectivo de los dispositivos convencionales por parte de los Estados miembros de dicho sistema. En cambio, el control difuso de convencionalidad posee una variante al de constitucionalidad. Mientras que el control difuso de constitucionalidad tiene como objeto solamente la conservación del orden constitucional, el de convencionalidad busca el cumplimiento y tutela efectiva de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional. Esto significa que todos los jueces pertenecientes al sistema deben hacer valer la vigencia del orden convencional, sin importar el grado, cuantía y territorialidad. Además de estas variaciones, el control difuso de convencionalidad no hace referencia a una inaplicación de la norma que se estima como inválida de *ipso facto*, sino que su aplicación requiere de forma primera, una interpretación armonizadora entre las normas constitucionales y los preceptos convencionales, buscando que prevalezca la vigencia plena de todos los derechos humanos.

En tal sentido, un último significado de la expresión “objeto de control constitucional” conlleva a la obligación de toda autoridad de fundamentar sus actos a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, protegiendo y promoviendo en todo momento la eficacia de los derechos humanos, pues de lo contrario carecerán de validez y mermarán la fuerza normativa del orden constitucional. Para garantizar la vigencia material de la Constitución, los controles constitucionales tendrán como objeto mantener la primacía e intangibilidad de los principios fundamentales y derechos humanos reconocidos por la Constitución.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

OMBUDSMAN

La institución del *ombudsman* surgió en Suecia en los inicios del siglo XVIII y ha demostrado ser extremadamente adaptable a las circunstancias de cada país y en nuestros días se encuentra difundida a tal punto que puede llamársele, sin temor a equivocarnos, una institución de carácter universal.

Es esta misma flexibilidad la que ha determinado que el *ombudsman* haya conocido muchas configuraciones distintas, dependiendo de las distintas fun-

ciones a las que se ha dirigido, por ello resulta complicado realizar una definición que abarque todas sus variantes, más bien, siguiendo el planteamiento de Fix-Zamudio puede señalarse que de esta institución se reconocen tres modelos correspondientes a tres etapas en su evolución: el denominado modelo clásico; en segundo término el *ombudsman* ibérico y, finalmente, el modelo del *ombudsman* en Latinoamérica.

Los dos últimos modelos de *Ombudsman* toman como punto de partida el paradigma escandinavo, el cual, en su configuración original o clásica, es un organismo general o mayoritariamente dependiente, aunque no de manera jerárquica, del parlamento; es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración pública en relación con la legalidad de la conducta de las autoridades del Poder Ejecutivo. Es decir, en un primer momento, la institución se dirige a la vigilancia de la legalidad administrativa, entendida ésta de una forma amplia, es decir, no sólo el principio de la legalidad en sentido estricto, sino incluyendo la justicia, la equidad, la razonabilidad en las resoluciones o en los actos de la autoridad administrativa.

En consecuencia, desde una perspectiva tradicional o clásica, el *ombudsman* es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el Poder Legislativo o el Ejecutivo —o por ambos—, que tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración pública, la recepción de quejas de los administrados en contra del funcionamiento de algunos servicios administrativos, la intervención para resolver las controversias en plazos más breves, la investigación respecto de la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de la investigación, formular recomendaciones —no vinculante— a las autoridades a efecto de restablecer las prerrogativas que hayan sido vulnerados a los ciudadanos. Partiendo siempre del principio de recurrir a las más mínimas formalidades, sin perder de vista la seguridad jurídica.

Las funciones que debe desarrollar un *ombudsman* en el modelo clásico son básicamente recibir e investigar quejas. Las características esenciales para el desarrollo de sus actividades son: independencia, imparcialidad, credibilidad en el proceso de revisión y confidencialidad en el desarrollo de sus actos.

La segunda etapa en la evolución de esta institución se puede identificar a partir de las características de la introducción de esta institución en Portugal y en España. Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* amplía el ámbito de su competencia y se constituye como el órgano enfocado hacia la protección los derechos fundamentales. En efecto, como es sabido, estos países volvieron a la senda democrática después de largas dictaduras —con la natural actividad restrictiva y en ocasiones violatoria de los derechos esenciales de las personas por parte de la administración que conlleva todo gobierno dictatorial—, por lo que, en el diseño del nuevo Estado de derecho, se tomó la idea del *ombudsman* de origen escandinavo, pero se le adicionó la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido la Constitución española de 1978 considera al defensor del pueblo —que es como se le designó— como un órgano o una garantía de los derechos fundamentales, tanto los enumerados en la Constitución española como los que derivan de los instrumentos de carácter internacional. Otro tanto sucedió en Portugal.

Una situación similar se desarrolló en América Latina después de la traumática situación que embargó a la mayoría de los países del subcontinente durante la década de los setenta del siglo XX con diversos regímenes dictatoriales; situación que, sin embargo, dio la oportunidad de llevar a cabo una importante renovación constitucional a partir de la década siguiente; producto de dicha renovación fue la adopción de la institución del *Ombudsman*. Si bien en América Latina la figura del *Ombudsman* se inspiró fundamentalmente en el constitucionalismo democrático español, sin embargo existe un conjunto de elementos que distinguen a la figura latinoamericana respecto a la ibérica. En efecto, en América Latina, el *ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respeto a los mismos derechos humanos. De esta forma, este tercer modelo tiene grandes tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza de los derechos fundamentales.

Es de señalarse que las características propias del *ombudsman* en América Latina, que hacen que su finalidad esencial sea la protección y promoción de los derechos humanos, permiten que estas instituciones formen parte, de manera natural, del “movimiento de instituciones nacionales de protección de derechos humanos”, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Este movimiento se fundamenta en la preocupación de la ONU por la vigencia de los derechos humanos y que fueron concretadas en los denominados Principios de París —adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 1992, en su resolución 1992/54 y posteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/134 del 4 de marzo de 1993— los cuales parten de tres premisas: en primer término, que debe darse prioridad a la elaboración de arreglos adecuados en el plano nacional para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales en materia de derechos humanos; en segundo lugar, que las instituciones nacionales son las que pueden desempeñar en el plano nacional el papel más importante en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la formación e intensificación de la conciencia pública respecto de esos derechos y libertades; finalmente, la tercera de las premisas señala que las Naciones Unidas pueden desempeñar una función catalizadora que contribuya al establecimiento de instituciones nacionales, en su calidad de centro de intercambio de información y experiencia.

En nuestro país, la función *ombudsman* la desempeña, a nivel nacional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a nivel local las comisiones (aunque pueden tener otra denominación como procuraduría) estatales (y del Distrito Federal) de derechos humanos.

José Luis Soberanes Fernández

OMBUDSMAN UNIVERSITARIO

El vocablo sueco *ombudsman* significa representante, mandatario o procurador; en la actualidad se utiliza el vocablo *ombudsperson* como sinónimo, en atención

a los estándares de género, en tanto que su actividad es denominada genéricamente en el mundo angloparlante como *ombudsing*

Las instituciones educativas son ámbitos en los que tienen incidencia actividades administrativas, académicas y estudiantiles, entre otras, que dan lugar a relaciones de muy variada índole, por ejemplo: las de tipo laboral, aquellas entre autoridades educativas y profesores, investigadores o personal administrativo; las de carácter académico, entre el profesorado y el alumnado, entre autoridades de centros de investigación y personal académico, asistentes y becarios; o de carácter administrativo, entre autoridades académicas y estudiantes, respecto a los diversos trámites que deben llevarse a cabo durante la vida estudiantil, tales como inscripciones o exámenes de grado, entre muchos otros. Desde otro ángulo, también hay un ámbito de relación entre el propio personal académico, o de los estudiantes entre sí.

Las actividades y relaciones apuntadas se dan en un marco de reglas jurídicas, que pueden ser externas a la institución o generadas por ésta, en particular cuando posee autonomía. Dentro del amplio campo de las reglas jurídicas externas e internas a las instituciones educativas se ha ido conformando un núcleo de derechos y deberes que integran un sector que podemos denominar “derechos y deberes en la educación”, los cuales están vinculados y, de hecho, forman parte del muy amplio e importante derecho humano a la educación.

A tales derechos y deberes, cuyos titulares son esencialmente alumnos y personal académico, se les conoce como *derechos universitarios*, cuando se trata de instituciones de educación superior. Los derechos universitarios son, desde cierta perspectiva, una expresión de diversos deberes y derechos humanos que tienen incidencia en las instituciones de educación superior, en las diversas actividades y relaciones que ocurren en ellas.

Una de las formas de difundir y garantizar la efectividad de los derechos universitarios ha sido a través del establecimiento, al interior de las instituciones de educación superior, de órganos de protección para tales derechos, los cuales comparten la naturaleza de un *ombudsman*, es decir, un órgano que vigila la regularidad de los actos de la administración, y que, además, orienta, recibe quejas, promueve soluciones mediadas y puede emitir recomendaciones.

Al igual que todas las instituciones jurídicas y sociales, el *ombudsman* ha sufrido transformaciones, de acuerdo con el contexto y las ideas e influencias vigentes en el momento histórico en que se incorpora a un determinado ordenamiento nacional e incluso supranacional. Particularmente, en el ámbito iberoamericano, esta evolución o trasplante, se tradujo en la creación del defensor del pueblo, institución que se implementó en España en el año de 1978, luego de su transición de un régimen autoritario hacia uno más abierto y la emisión de una nueva Constitución. Las atribuciones del defensor girarían en torno a la vigilancia de la administración y se incorporaría la característica más propia de este modelo iberoamericano: la garantía institucional de los derechos humanos o fundamentales, como señala el artículo 54 de esa *ley fundamental*, conservando la importante función representativa como un comisionado de las Cortes Generales.

En norteamérica los antecedentes de esta actividad llamada hoy en día *ombudsing*, enfocados al ámbito educativo, se ubican en la universidad canadiense Simon Fraser, Burnaby, Columbia Británica, donde fue implementado en 1965. En 1998, dicha casa de estudios estableció una Oficina para Solucionar Casos de Acoso (The Harassment Resolution Office), la cual, en 2003, cambiaría su nombre al de Oficina de Derechos Humanos (Human Rights Office), ampliando su competencia para recibir quejas frente a casos de discriminación. En dicho sistema aplican las políticas universitarias, así como el Código de Derechos Humanos de la Columbia Británica (1973). La implementación de estas figuras no ha significado la desaparición de la primera, cuyos temas conocimiento excluyen a los relativos a las mencionadas oficinas. Por su parte, en los Estados Unidos encontramos un antecedente en la Universidad Estatal de Nueva York, que cuenta con una defensoría desde el año de 1967 y la Universidad Estatal de Washington, desde 1970, ambas en Estados Unidos de América, entre otras experiencias.

En nuestro país, el modelo ibérico sirvió de inspiración a los profesores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo para crear en el año de 1985 a la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Durante la sesión del Consejo Universitario del 29 de mayo de 1985 fue aprobado el Estatuto de esa Defensoría que se convertiría en el precedente de las comisiones de derechos humanos que se instituirían a nivel federal y de cada entidad federativa en México, y a su vez sería el modelo para la creación de defensorías, procuradurías y órganos afines, en la mayoría de las instituciones educativas superiores mexicanas.

Si bien dichas instituciones tienen una finalidad común, difieren en ocasiones en el marco que les da sustento, en su organización y alcance de sus atribuciones. No obstante, algunas de ellas pueden consistir en: *i*) recibir reclamaciones de estudiantes o académicos por la afectación de sus derechos universitarios; *ii*) efectuar las investigaciones que sean necesarias, las cuales pueden ser de oficio o a petición de parte, cuando esté manifiesta la afectación a su esfera de derechos; *iii*) proponer soluciones para resolver las situaciones que le son planteadas con inmediatez; *iv*) la emisión de recomendaciones dirigidas a la autoridad que vulneró los derechos, éstas, regularmente se emiten ante la negativa de la autoridad para atender la problemática durante el procedimiento, y *v*) rendición de cuentas, que se lleva a cabo ante el rector y el Consejo Universitario a través de la presentación de un informe anual o de informes especiales.

En este tenor, las defensorías, procuradurías e instituciones de promoción y protección de los derechos universitarios, actualmente presentes en Estados Unidos, Canadá, México y diversos países latinoamericanos y de Europa, forman una especie de subsistema de *ombudspeople* especializados en la salvaguarda de derechos al interior de las instituciones de educación superior, cuyo objetivo primordial es fortalecer la cultura de la legalidad y respeto a la dignidad humana en dichas instituciones.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

OMISIÓN LEGISLATIVA

La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” (Fernández Rodríguez, 1998). Por lo tanto, desde este punto de vista se estima que solo es inconstitucional la inacción del legislador que cumple esas características. En la arquitectura de un Estado democrático de derecho es el Poder Legislativo el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Por ello, parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique sólo del legislador, aunque en sistemas presidencialistas se podría introducir alguna matización en ello. El periodo excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto. La ineficacia de la norma constitucional sería la negativa consecuencia de una situación de este tipo. Ello permite excluir aquellos supuestos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad.

En los diversos casos de derecho comparado, en líneas generales, se sigue esta idea de ausencia de actuación legislativa referida a una concreta previsión constitucional, insertándose, por lo tanto, en el ámbito de las tesis obligacionistas. También la jurisprudencia que reconoce su existencia camina por una línea *grosso modo* similar.

La existencia en la Constitución de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo, que se pueden denominar encargos al legislador, es el argumento jurídico más poderoso en favor de la existencia de esta institución. Estos encargos son normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ellas contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. Se trata de normas incompletas que requieren para su eficacia la interposición del legislador. Como es sabido, los textos constitucionales no pueden agotar la regulación de las materias que abordan, tanto por razones prácticas como por exigencias del carácter abierto que ostentan. Esto convierte en inevitable la existencia de tales encargos, que se caracterizan por su estructura (generan una obligación de desarrollo) y no por su contenido material.

Del mismo modo, juegan en defensa de esta figura el propio carácter normativo de la Constitución, el principio de supremacía de la misma y la función transformadora que desempeña.

La libertad de conformación del legislador debe darle un importante margen de maniobra temporal y material, pero no puede ser un permiso para desconocer indefinidamente las obligaciones de desarrollo constitucional y la especial vinculación de la norma básica. El principio es la necesidad de desarrollo que reclaman los encargos al legislador; la excepción la constituye el retraso en ese desarrollo, que como tal excepción necesita de justificación si quiere imponerse, al menos momentáneamente. Otra opción perjudica el proyecto

de futuro que diseña la Constitución, desvaloriza el carácter normativo de la misma e, incluso, puede coadyuvar a una mutación constitucional.

En la actualidad esta categoría está prevista en diversos casos en el derecho comparado. En las dos últimas décadas su reconocimiento en el derecho positivo sufrió un moderado aumento. En el ámbito de las Constituciones nacionales, podemos citar a Angola, Brasil, Ecuador, Portugal, Timor y Venezuela. No a nivel constitucional, pero sí prevista en la legislación de la jurisdicción constitucional, tenemos los supuestos de Costa Rica y Hungría. En Constituciones regionales la encontramos en Argentina (Río Negro, Tucumán), Brasil (en casi todas sus Constituciones locales) y México (Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz).

Asimismo, en distintos supuestos la inconstitucionalidad por omisión se reconoce, de una u otra forma, a nivel jurisprudencial. Serviría como ejemplo Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Colombia, España, Estados Unidos, Italia, Nicaragua, Perú, República Dominicana o Rumanía.

Una de las más complejas cuestiones a las que se enfrenta esta figura es lograr una articulación práctica aceptable y eficaz, que se cohoneste adecuadamente con la arquitectura institucional del sistema respectivo. Las diversas soluciones de derecho comparado atestiguan que ello no es una tarea pacífica.

Respecto a las vías procesales que se podrían emplear, las opciones son diversas: una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión radicada en la jurisdicción constitucional; una acción concreta de inconstitucional, que el juez ordinario eleva al tribunal constitucional; aceptar la procedencia de una acción de protección de derechos fundamentales ante semejantes omisiones; o el uso de sentencias constitucionales atípicas, como recomendaciones al legislador o sentencias aditivas. La opción de las sentencias constitucionales atípicas se ha revelado en la práctica como efectiva y respetuosa con el equilibrio institucional, aunque en ello es necesario no prescindir de las dosis de autolimitación que deben caracterizar a un tribunal constitucional.

De igual forma, a veces se prevé que detectada la omisión se comunique al órgano legislativo sin más (art. 283 de la Constitución de Portugal) o para que adopte las medidas necesarias (art. 232 de la Constitución de Angola; art. 103.2 de la Constitución de Brasil, que es una vía de fiscalización abstracta). En otros supuestos, se le da un plazo al legislador para que actúe (art. 436.10 de la Constitución de Ecuador; también las dos provincias argentinas citadas; Chiapas; Quintana Roo; Tlaxcala —tres meses—; Veracruz), o se le da un plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección o los principios, bases y reglas normativas a regular (respectivamente, art. 336.7 de la Constitución de Venezuela, y art. 88 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila).

También, en el marco de algunas acciones protectoras de derechos, el tribunal competente para el control puede dictar las órdenes o instrucciones que garanticen, en el caso concreto, y sin más especificaciones, el ejercicio de estos derechos, definiéndose las condiciones para esa satisfacción directa del derecho. Ello está pensado más bien para el ámbito legal y administrativo, aunque en algún caso se puede interpretar que también es posible esgrimir esta acción ante una omisión inconstitucional. Sirve como ejemplo el *mandado de injunção*

brasileño (previsto en el art. 5.LXXI de la Constitución, un mecanismo de control concreto e inspirado en el *writ of mandamus* anglosajón). Esta figura procede ante la falta de norma de desarrollo que torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

Asimismo, se puede establecer la reparación patrimonial del ciudadano perjudicado en sus derechos por la omisión inconstitucional. En cambio, otros mecanismos de solución resultan criticables y no aceptables, como el dictado provisional de la normativa que falta por parte del órgano de jurisdicción constitucional. Ello excede las funciones que ésta debe asumir de conformidad con su naturaleza y afecta de manera desproporcionada al principio de libertad de conformación del legislador.

José Julio Fernández Rodríguez

OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

La inconstitucionalidad por omisión puede definirse como la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del Poder Legislativo respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley.

Extrapolando esta definición de inconstitucionalidad por omisión legislativa al campo del derecho tributario podemos conceptualizar a la omisión legislativa como la vulneración de los principios materiales de justicia tributaria que sancionan los textos constitucionales, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana) proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley tributaria (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú) progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), etcétera, causada por la inactividad, inclusive parcial, preponderante del Poder Legislativo, que impide efectivizar dicho principios en tanto derechos del contribuyente, siempre que su pasividad sea irracional o su actuación lesione el principio de igualdad tributaria, implicando una afectación a los particulares, ya sea porque haga nugatorios estos derechos fundamentales del contribuyente o cause inseguridad jurídica.

Ahora bien, para poder hablar de una omisión legislativa propiamente, la teoría general de la inconstitucionalidad por omisión exige la existencia de un mandato expreso de legislar (encargo legislador) contenido en la ley fundamental cuyo desacato sea la fuente que origina la omisión. Dificilmente los textos constitucionales cumplen con esta exigencia, mas ello no significa que los preceptos que importan principios materiales de justicia tributaria no impliquen *en abstracto* un encargo al legislador que pueda desprenderse de la naturaleza propia de los derechos fundamentales del contribuyente. Es decir, las normas jurídicas que contienen o de las que derivan este tipo de principios

son mandatos al legislador en tanto sancionan derechos fundamentales, pues de acuerdo con la doctrina más autorizada (Rangel Hernández, 2009), aun cuando el mandato de legislar no sea explícito, tratándose de derechos fundamentales existe un mandato de legislar que no se encuentra directamente en el texto constitucional, sino que viene implícito en la naturaleza de esos derechos, en tanto mandatos de optimización y por el principio de progresividad de los mismos, que obliga a todos los operadores jurídicos a realizar todas las conductas que sean necesarias para lograr su debido cumplimiento y garantizar su disfrute.

Bajo esta óptica, en tanto sancionan derechos fundamentales del contribuyente, las normas que contienen o de las que derivan principios materiales de justicia tributaria representan un mandato implícito de actuación al legislador, cuyo incumplimiento puede actualizar una omisión legislativa inconstitucional con motivo de su inobservancia.

Ahora bien, respecto a las normas susceptibles de omisión, se debe reconocer que en materia fiscal las omisiones relativas son mucho más frecuentes que las absolutas, debido a que aquellas pueden actualizarse tanto en normas sustantivas como adjetivas; lo que significa que la deficiencia de la actividad legislativa puede crear vacíos en las normas fiscales que representen tanto obligaciones sustantivas como obligaciones formales del contribuyente, ya sea porque infrinjan el principio de igualdad tributaria o simplemente entrañen la ausencia de plenitud normativa al no regular expresamente, por ejemplo, alguno de los elementos esenciales del tributo.

En cambio, las omisiones absolutas o totales tienen menor presencia debido a que sólo pueden cobrar vida en normas adjetivas o en aquellas que se traduzcan en obligaciones formales para el contribuyente y que se espera existan materialmente; mas nunca pueden pesar sobre la obligación principal, pues suponer la inactividad absoluta del legislador en el desahogo de la potestad normativa tributaria representaría un alto costo para el Estado que le impediría allegarse de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines y cubrir el gasto público, ya que la función recaudadora de la potestad tributaria tiene como marco de referencia al principio de legalidad en sentido amplio, manifestado en la expresión latina *nullum tributum sine lege*, cuestión que hace imposible que el legislador omita crear las contribuciones necesarias para sostener el gasto público.

Sin embargo, la inactividad del legislador puede presentarse también en leyes fiscales de rango infraconstitucional que requieran de posterior desarrollo normativo para cobrar eficacia plena. Inclusive, estas situaciones también pueden actualizarse ante la falta de adecuación o armonización de la legislación tributaria nacional a los Tratados para Evitar la Doble Tributación —aquí ya no hablamos de un tema de inconstitucionalidad, sino de *inconvencionalidad* por omisión legislativa en materia tributaria—, y es precisamente en este tipo de instrumentos internacionales o leyes domésticas en las que también tienen cabida las omisiones absolutas.

Como quiera que sea, es indudable que cualquier omisión —relativa o absoluta— que se presente en la ley tributaria y que cumpla con los requisitos necesarios, vulnerará eventualmente el texto constitucional de algún otro

modo, ya sea porque haga nugatorios los principios materiales de justicia tributaria; o bien, porque cause inseguridad jurídica al contribuyente con motivo de la falta de regulación legislativa expresa de determinado supuesto de hecho.

Respecto a su tipología, se pueden distinguir dos tipos de omisión legislativa en materia tributaria. Por un lado, las omisiones relativas, entendidas como aquellas que, además de poder presentarse en normas adjetivas, pueden recaer en la obligación tributaria principal. Por ejemplo, que dentro de los elementos que configuran la base imponible de un impuesto directo, el legislador otorgue determinado privilegio fiscal a las instituciones bancarias, excluyendo —sin aparente base objetiva y razonable que supere el juicio de proporcionalidad— al resto de los conceptos que integran el sistema financiero, negándoles participar de tal beneficio (*v. gr.*, de alguna deducción o minoración en la tasa).

Por otro lado, las omisiones absolutas son aquellas que sólo recaen en normas de procedimiento y respecto de las cuales no existe regulación positiva, pero se espera exista alguna. Ocurriría en aquellos casos, por poner un ejemplo burdo, en que el legislador abroga un código, ordenanza o ley general tributaria y al momento de expedición del nuevo ordenamiento omite regular los plazos para la conclusión de las facultades de fiscalización de la administración tributaria.

Israel Santos Flores

OMISIONES ABSOLUTAS

Tipo de omisión legislativa que da lugar a una infracción constitucional, caracterizada por la ausencia total y absoluta de la legislación que el constituyente o el órgano revisor de la Constitución ordenó que se creara específicamente en un determinado plazo, o de la legislación que debe desarrollar un precepto constitucional para tornarlo plenamente aplicable. Así, las omisiones legislativas absolutas estriban en la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente.

Carlos Báez Silva

OMISIONES ABSOLUTAS RESPECTO DE FACULTADES DE EJERCICIO OBLIGATORIO

Ausencia total de una ley cuya emisión ha sido ordenada expresamente en la propia constitución por el órgano constituyente o por el órgano revisor de la misma.

La Suprema Corte de Justicia la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado mexicano se expresa positivamente de varias maneras:

a) Prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.

b) Facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida, y

c) Facultades de ejercicio obligatorio, o sea que el órgano está obligado a ejercer la facultad establecida en la Constitución (Suprema Corte mexicana, Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2333).

En el caso de existir una mandato específico para que se ejerza la facultad legislativa, el órgano legislativo no tiene la posibilidad de decidir si crea o no una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Este mandato es correlativo, por lo regular, a la existencia de normas constitucionales de eficacia mediata, o sea, que para su plena eficacia tales normas reclaman un desarrollo legislativo.

La Suprema Corte ha sostenido que el mandato concreto de crear una ley en específico puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, ya sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Por ejemplo, el art. 21, cuarto párrafo de la Constitución al prescribir que las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, le impuso, de manera implícita en su texto mismo, al legislador secundario (tanto federal como estatal) el mandato de crear una ley al respecto, o bien modificar las existentes.

Un ejemplo de mandato explícito de legislar contenido en disposiciones transitorias es el del art. 73, frac. XXIX-J, el cual prescribe que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado. En el decreto mediante el cual se adiciona tal frac., el art. transitorio segundo fijó un año como plazo máximo para la expedición de la ley reglamentaria de las atribuciones de la Federación en materia de deporte. La Suprema Corte mexicana ha sostenido que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional (Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2337).

La controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y *no lo hace*. El art. 115 de la Constitución federal fue reformado, entre otros, con el objeto de que el servicio público de seguridad pública, tránsito y vialidad les sea transferido a los municipios. En una disposición transitoria el órgano revisor de la Constitución federal prescribió el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo, el municipio de Toluca solicitó al gobierno del Estado de México la transferencia o municipalización del servicio referido, a lo que éste se negó con base en el hecho de que aún no se habían adecuado las normas legislativas para hacerlo (*SJFyG*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, Pleno y Salas, p. 964).

Cabe destacar que a la justificación esgrimida por el gobierno del Estado de México, la Suprema Corte respondió afirmando que la Constitución

federal, en tanto que norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso tanto al órgano legislativo como al ejecutivo; lo anterior implicaba que los órganos mencionados estaban obligados a hacer “todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno” del mandato constitucional, el cual resultó incumplido.

En virtud de que durante la sustanciación de la controversia las normas constitucionales y legales estatales fueron adecuadas a la norma constitucional federal, la Suprema Corte resolvió declarar la invalidez del oficio del gobierno del Estado de México en el que se negaba la solicitud del municipio de Toluca y ordenarle a aquél que en un plazo de 90 días procediera a la transferencia del servicio público.

Otros ejemplos de este mismo tipo de omisión legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 80/2004. Un ejemplo más puede serlo la controversia constitucional 4/2005, en la que la Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que el Congreso del estado de Tlaxcala incurrió en una omisión legislativa absoluta de una facultad de ejercicio obligatorio, pues no había adecuado la Constitución estatal ni las normatividad secundaria a las normas constitucionales relacionadas con la independencia del Poder Judicial del estado, por lo que se le conminó para que “a la brevedad posible” cumpliera con el mandato constitucional (*SGFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1677).

Carlos Báez Silva

OMISIONES ABSOLUTAS RESPECTO DE FACULTADES DE EJERCICIO POTESTATIVO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado se expresa positivamente de varias maneras, una de ellas consiste, precisamente, en las facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.

En el caso de los órganos legislativos, una facultad de ejercicio potestativo no implica, evidentemente, una obligación, sino sólo la *posibilidad* establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, de forma tal que dichos órganos pueden decidir si ejercerá o no tal facultad y la oportunidad de hacerlo. En pocas palabras, en ese caso el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

Por lo que hace a las omisiones legislativas respecto de facultades de ejercicio potestativo, el control de su constitucionalidad se torna más complicado, en virtud de que no se está en presencia de un mandato concreto cuyo desacato torne evidente la infracción a la Constitución.

Imaginemos que, siendo las doce horas de un día muy soleado, entro a una habitación con amplios ventanales por los que se cuela gran cantidad de luz natural. Al entrar a la habitación no enciendo la luz artificial. Nadie podría sostener que he omitido encender la luz. Ahora imaginemos que entro a la misma habitación, pero al punto de la media noche, la cual es muy

cerrada y no hay luna visible. Al entrar no enciendo la luz. Ahora sí se podría sostener que lo he omitido, por la simple razón de que era esperable que lo hiciera. Ahora agréguese al ejemplo el hecho de que existiera una norma que me facultara o me diera competencia para encender la luz. ¿Algo cambiaría?

Si estando facultado para encender la luz (o siendo competente para ello), el ejercicio de tal atribución me fuera potestativo (es decir, yo decido si ejerzo o no la facultad, y el momento de hacerlo), y, siendo las doce la noche, no ejerzo mi facultad o competencia, la omisión en la que incurriría sería consecuencia del contexto en el que no ejercí mi facultad o competencia potestativa, mas no de una violación a la norma que fija mi competencia o determina mi facultad. En tal caso no violaría directamente ninguna norma.

Pero, siguiendo con el experimento mental, si alguien tuviera derecho a leer en la mencionada habitación en la hora en que le plazca, la media noche por ejemplo, y, facultado en forma potestativa como lo estoy para encender la luz, no lo hago, no sólo omito una conducta esperable, aunque no obligada, sino que, además, vulnero un derecho: el de quien teniéndolo para leer en la habitación en cualquier momento no puede ejercerlo. Si, en el extremo, resultare que tal derecho está constitucionalmente consagrado, en ese caso mi omisión violaría, de manera indirecta, la Constitución, pues una norma constitucional dejaría de ser eficaz en razón de mi omisión.

Es así que el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Esa sería una omisión absoluta de ejercicio potestativo.

Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales. Por ejemplo, si bien no existe una prescripción constitucional federal que obligue a los poderes legislativos locales a actualizar o revisar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales de sus respectivos estados, bajo el criterio poblacional, lo cierto es que, a partir de una lectura sistemática y funcional de la Constitución federal, se puede llegar a la conclusión de que tales órganos legislativos están obligados a actualizar tal demarcación territorial, a menos, cada diez años, tras el más reciente censo general de población (SUP-JRC-511/2006, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual, no obstante, no se entró al análisis de fondo, en virtud de que la reparación era material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales).

Finalmente, cabe citar a Francisco Fernández Segado quien en *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado* (Madrid, 2009) señala que no diremos en modo alguno que el rol del legislador es el de mero ejecutor de la Constitución, equiparándolo de esta forma con el rol del poder reglamentario respecto de la ley. Aunque no fuera más que por la legitimidad democrática de que goza, es patente que el legislador se sitúa en una posición bien distinta respecto de la Constitución que la que tiene el poder reglamentario respecto de la ley, al margen ya de que los preceptos constitucionales, ge-

néricos y abiertos como regla general, particularmente los de la parte dogmática de la Constitución, no imponen una única, exclusiva y excluyente, normación de desarrollo, sino que posibilitan una pluralidad de opciones que el legislador, en cada caso, habrá de concretar. Ello, sin embargo, no ha de entenderse como una libérrima capacidad decisoria. El legislador se halla sujeto a los mandatos constitucionales, que no puede ni debe ignorar, más aún cuando lo que está en juego es la plena vigencia de derechos constitucionalmente consagrados, pues como Häberle ha mostrado con claridad meridiana, la normatividad constitucional no es suficiente para la plena vigencia de los derechos; éstos requieren normalmente del legislador. Éste, atendiendo a criterios de oportunidad política, puede ciertamente graduar en el tiempo su intervención normadora, pero ello no extraña que, exigida constitucionalmente tal intervención, el legislador puede deferir indefinidamente su mediación. No vamos a entrar ahora a valorar la relevancia del elemento temporal o del plazo, algo de lo que nos ocuparemos con posterioridad. Sí diremos que en cuanto la inercia del legislador genere situaciones contrarias a las previsiones constitucionales o posibilite la pervivencia situaciones contradictorias con el marco constitucional, esa inercia estará impidiendo a plena vigencia constitucional y, por lo mismo, generando una acción constitucional que, por lógica, y a modo de principio general, debiera ser susceptible de algún tipo de control.

Carlos Báez Silva

OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS EN COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO Y DE EJERCICIO POTESTATIVO

Un sector de la doctrina (entre ellos Bidart Campos, 2003) ha enfatizado sobre la distinción entre competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo. En términos amplios, se identifica a las primeras como aquellas que por naturaleza son imperativas y vinculantes, de tal suerte que el titular no puede negarse a su cumplimiento, ni demorarlo indiscriminadamente, so pena de violentar la norma de donde proviene dicha competencia; que para el caso que nos ocupa refiere a la propia Constitución. Mientras que las competencias de ejercicio potestativo (también llamadas facultativas, discrecionales o permisivas) son aquellas donde el constituyente otorga libertad al destinatario para su ejecución, quien deberá analizar la situación concreta, para determinar de acuerdo a las circunstancias, si ejercita o no dicha competencia y la oportunidad para hacerlo.

Entonces, los órganos del Estado detentan competencias potestativas cuyo cumplimiento es discrecional, de modo que su omisión no implica trasgresión a la norma fundamental, e igualmente cuenta con competencias de ejercicio obligatorio, que necesariamente deben ser atendidas o de lo contrario se actualiza una inconstitucionalidad por omisión, la cual podrá caer en el ámbito administrativo, legislativo o judicial. Como se verá, esta construcción doctrinal ha sido llevada al campo de las omisiones imputables al legislador.

En términos latos las omisiones legislativas hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el *derecho procesal constitucional* son las que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio. En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquélla* (véase *omisión legislativa*, consúltese Rangel, 2009).

Tradicionalmente las omisiones legislativas se han clasificado en absolutas o totales y relativas o parciales, según el grado de actividad desarrollada por el órgano en cuestión; en el primer caso no se desplegó ninguna actividad legislativa, es decir, hay un incumplimiento “total o absoluto” de la obligación de legislar, mientras que en el segundo, si se produjo una norma, pero hay un incumplimiento “relativo o parcial” toda vez que no se incluyó algún supuesto normativo, grupo, destinatario, derecho o prerrogativa que debió ser considerado en la misma, sin importar si ésta se refiere a derechos humanos, competencias, garantías institucionales u otro tipo de derechos (véase *omisiones legislativas relativas o parciales*).

La conjunción de los elementos antes señalados lleva a hablar de omisiones legislativas respecto de competencias de ejercicio obligatorio y otras de competencias de ejercicio potestativo; aproximación teórica y jurisprudencial que ha sido ampliamente desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), lo que justifica las referencias que se harán a casos mexicanos.

La distinción entre el tipo de competencias es importante toda vez que será indispensable para determinar si una omisión legislativa es o no violatoria de la Constitución, criterio que puede ser utilizado de manera genérica en diferentes países.

La doctrina mayoritaria sobre la materia ha preferido referirse al mandato de legislar, como elemento constitutivo de una inconstitucionalidad por omisión (legislativa) o de una omisión legislativa inconstitucional. Este mandato hace referencia a una norma constitucional que establece una obligación específica al legislador sobre el dictado de algún tipo de normas (incluidas las referidas a derechos humanos); sin embargo, en ciertos casos y de acuerdo a la configuración de algunas garantías constitucionales también puede extenderse a otras autoridades a las que su propio marco normativo les asigne competencias materialmente legislativas, como por ejemplo gobernadores, ayuntamientos, entre otras, como sucede en Costa Rica, en algunas provincias de Brasil, así como en las entidades federativas mexicanas de Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán.

El señalado mandato de legislar puede identificarse, para el caso que nos ocupa, con una competencia —de legislar— de ejercicio obligatorio. Entonces, no atender al mandato —no ejercer oportunamente una competencia de ejercicio obligatorio— traerá como consecuencia la calificación de incons-

titudinalidad de dicha conducta omisiva, lo que en la especie se traducirá en una omisión legislativa inconstitucional o dicho de otra manera en una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La SCJN ha sostenido sobre las de ejercicio potestativo que “la competencia, en sentido estricto, no implica una obligación: es simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales”. Sobre las de carácter obligatorio ha señalado que “en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias” (Órganos Legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes, Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1528).

Teniendo en cuenta lo anterior, la SCJN generó una clasificación de las omisiones en relación con el tipo de competencia de la que provienen: *a)* absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b)* relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c)* absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d)* relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527).

A partir de los criterios generales antes señalados, cuando se presenta ante la SCJN un caso relacionado a una omisión legislativa, se realiza el ejercicio de clasificación para determinar la procedencia de la acción intentada y en su caso declarar la violación a la Constitución.

Destacan los siguientes pronunciamientos judiciales sobre las omisiones legislativas: “Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1365).

“La falta de previsión de las sanciones que deban imponerse ante las faltas en materia electoral, es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2324).

“La falta de regulación del límite de sobrerrepresentación del partido dominante en el congreso del estado de Tamaulipas es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2325).

Laura Rangel Hernández

OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS O PARCIALES

Las omisiones legislativas en sentido lato hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el derecho procesal constitucional son aquellas que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio.

En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquella* (véase *omisión legislativa* y Rangel, 2009).

La doctrina especializada ha retomado una clasificación de las omisiones del legislador que fue propuesta con características muy particulares por Wes- sel, en 1952, que hace alusión a la omisión absoluta y omisión relativa. Según su concepción la distinción subyace en que no se haya producido ningún tipo de actividad legislativa encaminada al desarrollo de algún precepto constitucional —en el caso de las absolutas—, o bien que se haya dejado de considerar a algunos grupos específicos en la norma expedida, misma que según su análisis necesariamente era referida a derechos humanos, lo que provocaba transgresión al principio de igualdad. Esta distinción es importante, pues en la concepción del autor no daba lugar a admitir la demanda constitucional, tratándose de las absolutas y en el caso de las relativas debía reconducirse a una inconstitucionalidad común, analizándose la falta de completitud de la norma expedida (Fernández, 1998). Esta propuesta teórica ha tenido gran impacto en desarrollos posteriores en un gran número de países.

Otro sector de la doctrina prefiere referirse a omisiones totales o parciales según el grado de actividad desplegado por el legislador; de manera que actualmente se pueden entender de manera homóloga las omisiones relativas o parciales y las absolutas o totales.

Si bien las omisiones relativas efectivamente pueden incurrir en violación al principio de igualdad, debe tenerse en cuenta que no es ésta la única posibilidad, puesto que también puede suscitarse por haber excluido algún supuesto normativo que debió considerarse en atención al contexto y mandato constitucional, o bien puede provenir de omisiones relacionadas con garantías institucionales, el ejercicio de competencias por parte de autoridades, entre otras posibilidades, es decir, no sólo se configura en disposiciones sobre derechos humanos.

En cuanto al control jurisdiccional de ambos tipos de omisiones en la vía constitucional, es de señalarse que existe un número considerable de alternativas, lo que guarda relación directa con la opción que respecto del sistema de control constitucional y sobre las garantías constitucionales haya adoptado cada país o entidad federativa; así como su propia postura en cuanto a la viabilidad y conveniencia del control de las omisiones legislativas, pues aun-

que se aprecia un aumento en la aceptación de su control, todavía se pueden encontrar criterios opuestos.

La experiencia procesal constitucional en diferentes países ha demostrado de manera reiterada, que no unánime, una tendencia por no admitir el control de las omisiones absolutas, no solo cuando se trate de afectación a derechos humanos (como proponía Wessel), sino también extendido a otras materias; aunque en ocasiones esto también depende del tipo y características de la garantía constitucional que se ocupe.

Así lo ha sostenido en algunos supuestos, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional español. En México, en algunos casos se ha admitido su control vía controversia constitucional, sin embargo, existe una clara determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de no analizar las omisiones absolutas en la acción abstracta de inconstitucionalidad, aduciendo la incompatibilidad del vicio con las características propias de la acción, principalmente debido a la ausencia de norma; como sucedió en la 7/2003, relativa a la falta de expedición de ciertas normas locales derivadas de una reforma a la Constitución estatal de Tabasco; e igualmente en la 79/2008 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos por no haberse expedido la legislación en materia de justicia para adolescentes en Guerrero, a pesar de existir un mandato expreso en un artículo transitorio del decreto de reformas a la Constitución federal, el cual además señaló un plazo para ello (Rangel, 2013). Aun sin aceptarse el señalado criterio, se comprende que existen dificultades para su control; sin embargo, hay casos muy evidentes, sobre todo derivados de la práctica constitucional mexicana, en los que el mandato, además de expreso, es muy claro respecto del tipo de normas que deben expedirse e incluso el plazo en que debe hacerse, situaciones que deberían tomarse en cuenta para permitir su control constitucional y por tanto ofrecerse una solución.

Respecto del control de las omisiones parciales, en términos generales han tenido mayor aceptación en un buen número de países, a veces en vía abstracta según su propia identidad y en otras a través del análisis de la norma existente, reconociendo el vicio en aquellas partes, supuestos, o sujetos que no se contemplan en la norma, por lo que se le ha identificado con una deficiente regulación. Otros sistemas han demostrado experiencias exitosas en juicios como el amparo y sus homólogos, en donde se resuelve la afectación en el caso concreto, o se consigue lograr efectos más amplios a través de sentencias atípicas como las interpretativas, aditivas o exhortativas.

En México, después de un complicado inicio, se reconoce la procedencia de la vía para su análisis en acción de inconstitucionalidad, sólo respecto de omisiones relativas. (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXX, noviembre de 2009, p. 701). En controversia constitucional se han presentado un buen número de casos (tanto de omisiones absolutas como relativas) en los que se ha analizado el vicio e incluso se ha destacado la necesidad de expedir la legislación omitida. Sin embargo, el juicio de amparo resulta improcedente por criterios jurisdiccionales, ya que el efecto de conminar a la expedición de la norma omitida, y su eventual cumplimiento, no es congruente con la característica de efectos particulares de la sentencia (*e.g.* Novena Época, Ple-

no, SJF y su Gaceta, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 43); se estima que este criterio debe modificarse, para permitir su control, de manera que pueda atenderse a la violación de derechos humanos del quejoso, incluso recurriendo a la interpretación; además de que las reformas constitucionales de 2011, de derechos humanos y amparo, podrían favorecer nuevos desarrollos más alentadores.

Actualmente no hay una práctica generalizada de las ideas de Wessel, de controlar las omisiones parciales con base en el texto legal que se produjo, y reconducir el vicio a lo que podría denominarse como una inconstitucionalidad positiva o tradicional, puesto que hay países y entidades federativas o Estados federados que cuentan con una garantía constitucional específica para su control, de tal suerte que se estudia de manera directa. Sin embargo, existen algunos casos, inclusive en México pueden señalarse, por ejemplo, las acciones 22/2001, 23/2001, 24/2001 y 24/2004, y en la controversia 1/2007. También se ha dictado un criterio minoritario que podría dar lugar a la admisión de ciertas hipótesis aún en amparo, al señalarse que debe analizarse en este juicio constitucional la violación al principio de igualdad, cuando hay “un trato desigual por exclusión tácita” (Novena Época, 1a. Sala, SJF y su Gaceta, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 167).

Laura Rangel Hernández

ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Los estudios sobre los organismos constitucionales autónomos típicamente recurren en primer lugar a la definición de “órgano constitucional” de Manuel García-Pelayo. Este autor retoma los escritos de Santi Romano para ubicar la naturaleza del nuevo Tribunal Constitucional español dentro del orden jurídico de aquel país. Específicamente, García-Pelayo sostiene que este Tribunal cuenta con el mismo “status” que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, rompiendo así con la fórmula tripartita de división de poderes heredada de Montesquieu.

De acuerdo con García-Pelayo, los órganos constitucionales autónomos reúnen cuatro características fundamentales. 1) Están explícitamente “establecidos y configurados” por la Constitución, es decir, el texto de la Constitución debe especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias así como su estatus jurídico. 2) Deben ser “constitutivos” en cuanto sus funciones serían necesarias para el buen funcionamiento del “modelo de Estado” establecido en la Constitución. Si la desaparición del órgano no causaría mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia” constitucional. 3) Los órganos constitucionales deben participar directamente “en la dirección política del Estado”. Ello implica que deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas. 4) Deben existir “la paridad de rango y las relaciones de coordinación”. El órgano no puede estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado

ni puede ser aislado, sino que debe mantener una coordinación e interacción constante.

Este fundacional análisis de García-Pelayo no debe ser aplicado irreflexivamente al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de América Latina como los *ombudsmen*, los institutos electorales, los bancos centrales o los organismos de combate a la corrupción que tienen una naturaleza distinta a la de un Tribunal Constitucional. Tal y como lo ha afirmaba Jorge Carpizo, “algunas características de ambos órganos ciertamente coinciden, pero el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo”.

Dado lo problemático que resulta la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a la realidad latinoamericana actual con su diversidad de diferentes órganos autónomos, los tratadistas generalmente han preferido lo que podría llamarse un enfoque “negativo” o “minimalista” con respecto al tema. Por ejemplo, José Luis Caballero, Jaime Cárdenas e Ileana Moreno todos definen a los organismos autónomos simplemente como “entes jurídicos” que no dependen orgánicamente de los Poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo. De acuerdo con estos autores, no hace falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un organismo constitucional autónomo, sino que es suficiente simplemente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado.

Desde la década de los ochenta el mundo ha experimentado una ola internacional de creación de cientos de nuevos organismos autónomos. Esta revolución global en el diseño del Estado moderno sin duda pone en cuestión las teorías clásicas de división tripartita de poderes. México sobresale como un caso ejemplar en esta tendencia mundial. La reforma del Estado en México se ha ejercido en gran medida por medio de la creación de nuevos organismos autónomos y “cuasi-autónomos”. Durante los últimos años se le ha otorgado autonomía constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM) y al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Asimismo, se han creado organismos cuasi-autónomos como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), aumentándose, por otra parte, la autonomía de la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Sin embargo, con la excepción de Venezuela y Ecuador, y en menor medida Bolivia y Colombia, las Constituciones de América Latina todavía no reflejan de manera integral el surgimiento de este nuevo poder del Estado. Por ejemplo, en México, de acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del art. 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los organismos constitucionales autónomos no tendrían cabida alguna dentro del orden jurídico mexicano: “El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial”. Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el “supremo poder de la Federación” y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

Para atender esta situación, en 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló una jurisprudencia que finalmente aclaró el rol de estos organismos dentro del orden jurídico mexicano. Este criterio implica un avance importante en la teoría constitucional mexicana ya que realza el papel fundamental que juegan los organismos constitucionales autónomos en la gestión de la autoridad pública.

John Mill Ackerman Rose

ÓRGANOS DEL ESTADO

La definición de “Estado” es sumamente problemática. Como individuos, percibimos a diario actos que identificamos como provenientes del “Estado”, como multas, reglamentos, leyes, sanciones de diversa índole, beneficios materiales como construcción de obras, servicios públicos, servicios de salud y educativos, pero no podemos ver una personificación, una entidad material que sea “el Estado”. Esta circunstancia ha llevado a una diversidad de autores a desarrollar distintas definiciones, algunos tratando de darle un carácter corporal o material, otros despojándolo de ese tipo de materialidad y asignándole más bien un carácter o una realidad ideal.

Las teorías realistas pretenden definir el Estado tomando como base algún elemento empíricamente observable. Sin embargo, las teorías formalistas (entre ellas de manera destacada la de Hans Kelsen), sostienen que el Estado no es una acción ni suma de acciones; ni tampoco es un ser humano o un conjunto de seres humanos (todo esto, en alusión a las teorías realistas). Para Kelsen, como bien se sabe, el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico. El Estado es el orden jurídico. Estado = derecho.

El Estado no es, entonces, un cuerpo visible o tangible. Pero ¿cómo se manifiesta en la vida social? Kelsen nos dice que ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado. ¿En qué condiciones atribuimos al Estado una acción humana? No todo individuo es capaz de realizar actos que tengan carácter de actos del Estado, y no toda acción de una persona capaz de realizar actos estatales tienen tal carácter. ¿Cómo distinguir las acciones humanas que son actos del Estado de aquellas otras que no lo son? El concepto clave para responder a esta pregunta, según Kelsen, es el concepto de “imputación”. El juicio por el cual referimos al Estado, como persona invisible, una acción, constituye la imputación, al propio Estado, de un acto humano. El problema del Estado es un problema de imputación. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados “órganos” del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio en que tal imputación se basa? Imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano. La imputación de una acción humana al Estado sólo es posible en su vinculación con el orden jurídico. Se dice que un delincuente es castigado por el Estado, cuando el castigo es establecido por el orden jurídico. El Estado impone una multa a un contribuyente moroso, en cuanto la multa es señalada por el ordenamiento jurídico. El Estado

crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico.

El Estado es el orden jurídico, pero se ha personificado. Esta personificación ha derivado del hecho de que para reconocer un acto como “acto de Estado” se tiene que realizar la operación que llamamos “imputación”. Un acto se imputa a un órgano del Estado, y al hacerlo se imputa también al Estado mismo como si fuera una persona, pero esa persona, como ya explicó Kelsen, no existe materialmente, porque el Estado es el orden jurídico.

Ahora bien, la teoría de Kelsen es útil porque da un criterio formal para identificar cuándo estamos ante un órgano del Estado. Ello no obstante, se queda corta en el sentido de que toma en cuenta nada más la realidad normativa del Estado (el derecho), y no toma en cuenta la su realidad fáctica: la eficacia y los instrumentos de la eficacia (coacción y legitimidad). Esto es precisamente lo que hace Reinhold Zippelius, cuando nos dice que la comunidad estatal se distingue de otros tipos de comunidades (familia, escuela, asociación civil, sociedad anónima, club, etcétera) por dos factores: *a*) tiene un poder último de regulación (supremacía de competencias) y *b*) otorga a ciertos individuos la facultad de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, con el empleo de la fuerza física. Estos individuos son los que conforman los órganos del Estado.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los Poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, como indica Fraga, las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas (y también las legislativas y judiciales), han de tomar como base los principios constitucionales respectivos (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 94-96).

José Ma. Serna de la Garza

OVERRULING

En el ámbito de la teoría del precedente vinculante, el *overruling* indica la abrogación de una regla enunciada en un juicio anterior y la sustitución con una nueva regla. Realizando una simplificación se puede diferenciar el *distinguishing* del *overruling*. A través del primero, el juez de *Common Law* se aleja de un precedente sin sustituirlo; mientras que en segundo caso “elimina” del sistema

de las fuentes la regla previamente elaborada por un tribunal inferior. Por lo que respecta las cortes superiores, generalmente pueden *overrule* los propios precedentes. Empero, debe recordarse que la *House of Lords* británica, al contrario de la Suprema Corte estadounidense, no es jurídicamente vinculante por los propios precedentes sino a partir de 1966. El *overruling* no debe confundirse con el *reversal of judgment*, el cual hace referencia a la anulación, en apelación, de una sentencia impugnada.

Sara Pennicino
(traducción de Mario Cruz Martínez)

P



PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como en el léxico común, el lema “parámetro” indica un término de referencia, de confrontación, utilizado por los tribunales constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio.

Cabe destacar que el contenido del parámetro (o, dicho de otra forma, bloque de constitucionalidad) no varía sólo de un ordenamiento a otro, sino también en el interior de un mismo ordenamiento, bien puede cambiar en función del tipo de juicio pendiente ante el tribunal constitucional.

Afirmar que el parámetro está constituido por la Constitución parece evidente y, al mismo tiempo, incompleto; el parámetro es más amplio.

En primer lugar, hay que observar la extensión textual de las Constituciones. Éstas, a veces, no incluyen directamente en el texto algunas materias constitucionales (ejemplo histórico: el *Bill of Rights* fue incorporado en la Constitución de los Estados Unidos de América algunos años después de su aprobación), por lo cual es necesario realizar una ampliación del parámetro con el fin de ejercitar un pleno control de constitucionalidad de las normas. El *Conseil constitutionnel* francés, por medio de la decisión núm. 71-44 DC de 16 julio 1971 ha reconocido valor jurídico pleno al preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia a la declaración de los derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República), y lo ha incorporado en el *bloc de constitutionnalité*. Eso ha abierto las puertas al control de las normas respecto de los derechos y de las libertades enunciadas, precisamente, en la parte que precede al texto constitucional, transformado el Conseil en un verdadero “tribunal de los derechos”. También en Bélgica, la extensión del parámetro al título II de la Constitución (“Los belgas y sus derechos”) permitió delinear el rol de la (antigua) *Cour d'Arbitrage* (inicialmente, un juez de los conflictos de competencia entre el Estado, las regiones y las comunidades lingüísticas) que se convirtió en una moderna *Cour constitutionnelle*.

En segundo lugar, el parámetro puede incluir otras fuentes —no constitucionales— internas al ordenamiento nacional. Es el caso de las llamadas normas interpuestas, es decir disposiciones sin rango constitucional, previstas en las Constituciones, cuya violación configura una violación indirecta de la carta. Son tales, por ejemplo, las *ordonnances organiques* francesas, que implementan la Constitución de 1958 (y no pueden ser modificadas “*dans le même esprit*” y forman parte del núcleo duro - decisión núm. 60-6 DC du 15 janvier 1960); las leyes orgánicas de aprobación de los estatutos de las Comunidades autónomas españolas; las leyes de delegación italianas y españolas; a veces los reglamentos parlamentarios (aunque los tribunales constitucionales son poco propensos a utilizarlas como parámetro porque privilegian el principio de autonomía de las cámaras); otras fuentes previstas por los singulares ordenamientos constitucionales (ejemplo, las leyes básicas, generales o marco estatales usadas como parámetro respecto a las leyes de los entes territoriales, como en España y Portugal); algunos principios derivados de la jurisprudencia constitucional y, a veces, las convenciones (las cortes supremas de Canadá e Israel las han empleado como parámetro de ciertas normas primarias y, en general, las han usado en la interpretación).

En tercer lugar, se debe evidenciar la propensión a medir fuentes externas al ordenamiento nacional como los tratados, las convenciones internacionales y, sobre todo, las declaraciones de tutela de los derechos, típica de los países que en los últimos decenios han reformado o adoptado una nueva Constitución. Los precursores en este sentido son los ordenamientos español (art. 10.2 de la Constitución) y portugués (art. 16.6 de la Constitución), por los cuales tales fuentes no son elevadas como normas parámetro, sino constituyen por lo regular un vínculo interpretativo de las normas dedicadas a los derechos. Los tribunales constitucionales de ambos países han potenciado así la tutela de los derechos fundamentales; sin embargo, esto no significa abrir las puertas a nuevos derechos, sino usar los tratados internacionales “para configurar el sentido y alcance de los derechos que (...) recoge la Constitución” (TC español 38/1981). Ambas experiencias han influenciado diversos ordenamientos latinoamericanos y de Europa del Este, algunos de los cuales han abierto el parámetro, entre muchos otros, a estas fuentes internacionales (incorporan expresamente las fuentes internacionales en el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en América latina: Colombia y Venezuela, en Europa del Este: Eslovenia y Eslovaquia).

La circunstancia de que hoy la actividad de las cortes se basa especialmente en la jurisdicción de las libertades se da incluso por la ampliación o dilatación del parámetro: si ello se debilita, el rol de las cortes se relega principalmente a la actividad de regulación y vigilancia del reparto de competencias. Por el contrario, la ampliación del parámetro, en relación a la función de tutela de los derechos, permite a las cortes expandir su propia actividad ocasionando, en algunas ocasiones, la modificación del papel del órgano y de la relación con los otros órganos constitucionales.

Este elemento puede afectar también las clasificaciones de los sistemas de justicia constitucional (véase justicia constitucional-clasificaciones); si ponemos en el centro del razonamiento la tutela de los derechos, se nota que —prescindiendo de los elementos basados en el carácter del control (abstracto/concreto; preventivo/sucesivo; concentrado/difuso) hoy todavía enfatizados por la doctrina en el estudio de los modelos de justicia constitucional— la amplitud del parámetro parece ser el elemento tendencialmente unificador de la justicia constitucional, entendida cada vez más como jurisdicción de las libertades. El parámetro parece abrir paso a una clasificación distinta de los ordenamientos en dos grandes bloques: los que usan como parámetro la sola Constitución y los que innovan extendiéndolo a otras fuentes, en particular los tratados internacionales en tema de derechos, siendo un “meta-criterio” de clasificación (pues no sustituye a los demás, sino los usa para poder afirmar, y luego opera autónomamente como elemento unificador de la justicia constitucional actual).

La tendencia a dilatar el parámetro no concierne sólo a la justicia constitucional, sino involucra también a las jurisdicciones estatales y extra-estatales.

Cada vez más a los jueces se les pide realizar el control de convencionalidad de las normas a aplicar respecto a cartas de derechos universales o “regionales”. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países que han adherido o de la Convención Europea para

la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que a veces ha quebrado equilibrios históricos entre poderes de antiguas democracias (la *incorporation* con lo *Human Rights Act 1998* impone a los jueces del Reino Unido conciliar los actos normativos internos de rango primario con sus disposiciones e interpretar la ley estatal con sus normas, teniendo en cuenta el “judgement, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”).

En Europa, la inclusión de la Carta de Niza en el Tratado de Lisboa ha llevado al tribunal de justicia a extender su parámetro de juicio (aunque en las primeras sentencias, la mención de la carta no se ha hecho como argumentación, haciendo superfluo este nuevo parámetro).

Giorgia Pavani

PARTIDOS POLÍTICOS

La doctrina electoral conceptúa a los partidos políticos como organizaciones estables que solicitan el apoyo social a su ideología y programas políticos, para competir por el poder y participar en la orientación política del Estado.

Los partidos políticos, según palabras de Jesús Alfredo, Dosamantes Terán en el *Diccionario de derecho electoral*, “son entidades de interés público, la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales”.

Para Elisur Artega Nava y Laura Trigeros Gaisman en el *Diccionario jurídico, temático de derecho constitucional*, Los partidos políticos “son solo un medio para hacer efectivo al principio democrático, no son la única vía para ello, ni pueden sustituir la intervención directa de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos”.

Algunas de las características de los partidos políticos es el estar constituidos por una parte plural de la población, grupo de hombres y mujeres, que son ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos cívicos y que legalmente se organizan en forma permanente, en términos generales, un partido no debe ser la obra y el pensamiento de un solo hombre, dentro de estos encontramos a los dirigentes y los dirigidos.

Siendo que la mayor parte de los países cuenta con leyes electorales todo partido político debe constituirse bajo la legislación correspondiente, por lo anterior, son instituciones políticas permanentes que a través de su desenvolvimiento histórico representan una garantía de seriedad y responsabilidad del pensamiento político de un pueblo.

Así mismo, todo partido debe contar con ideologías y programas políticos comunes para así completar los fines que representan, es decir, debe ejecutar una plataforma política integrada por sus principios originales, debiendo comprender un programa nacional que resulte del estudio de los grandes problemas o necesidades de un país y de la forma y medios para solventarlos.

“En México, las ideologías políticas están muy presentes y es por ello que toda organización política que aspire a obtener registro como partido político

nacional debe precisar sus principios ideológicos de carácter político, económico y social, esto, definido por nuestro Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”.

Es importante mencionar que existe una diversidad de partidos ya que cada uno de estos agrupa a porciones del total de un cuerpo electoral, esto debido a que los partidos buscan una colaboración suficiente de los electores que les permita asumir el poder.

Si bien es cierto, el partido político tiene por objeto asumir el poder, ello no condiciona su existencia, aunque sin la obtención de este no podría desarrollar sus fines, por lo tanto implica la voluntad manifiesta y efectiva de ejercerlo directamente y su función va de acuerdo a los sistemas políticos en que se encuentran insertos además del entorno político, social y económico en su ámbito de actuación, surgiendo como principales la transmisión de demandas, la organización de las elecciones y el nombramiento de personal político, una vez obtenido el poder, esto es en caso de triunfar este impone un equipo de hombres encargados de realizar los propósitos del mismo, permitiendo a los países democráticos la renovación del equipo gubernamental anterior.

Al respecto, conviene tener presente que el artículo 41, párrafo segundo, base I, de la Constitución establece el derecho de los partidos políticos nacionales a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal, y dispone asimismo, que la ley determinará las normas y requisitos para el registro legal de los partidos políticos y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral.

Conforme con este precepto, los partidos políticos nacionales se encuentran sujetos tanto a normas de carácter federal, como a normas de índole local, según los comicios en que participen, pues de acuerdo con la distribución de competencias prevista en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución, las elecciones de los poderes de los estados se rigen por las normas emitidas por la legislatura local respectiva, en tanto que en la renovación de los poderes federales se aplican las disposiciones emanadas del Congreso de la Unión.

En tal virtud, los partidos políticos están vinculados a la Constitución federal y, en general, al sistema jurídico nacional, por lo que están obligados a regir sus actividades por el principio de juridicidad y los principios del Estado democrático, no sólo por mandato legal sino también por razones de congruencia con el régimen político en el que son actores fundamentales, de conformidad con su encuadre constitucional.

En armonía con lo señalado, en el párrafo cuarto del artículo 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se dispone que los partidos políticos nacionales están sujetos a las obligaciones establecidas en la Constitución federal y en el propio código.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24 del citado ordenamiento electoral para que una organización pueda ser registrada como partido político nacional, necesitan formular una declaración de principios y en congruencia con ellos, formular su programa de acción, así como los estatutos que normen sus actividades; deberán contar con 3,000 afiliados en por

lo menos 20 Entidades Federativas, o tener 300 afiliados en por lo menos 200 distritos electorales uninominales; no pudiendo, por ningún motivo, tener menos del 0.26% de afiliados del total del padrón electoral federal que haya sido utilizado en la elección federal ordinaria inmediata anterior a la presentación de la solicitud de que se trate.

Para constituir un partido político nacional, la organización interesada, notificará ese propósito al Instituto Federal Electoral en el mes de enero del año siguiente al de la elección presidencial; para demostrar que cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior.

Partidos políticos como entidades de poder público. Un ejemplo de entidades de interés público son los partidos políticos, mismos que tienen como fin primordial, promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación federal, estatal y municipal y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Tienen personalidad jurídica, gozan de los derechos y de las prerrogativas que establecen la Constitución general de la República, las Constituciones políticas de los estados y demás normatividad electoral.

El sistema de partidos y la afirmación de la pluralidad política tienen su impulso definitivo con la reforma electoral de 1977. Es a partir de entonces que los partidos son reconocidos en la Constitución como entidades de interés público.

Nuestro país recorría el trayecto hacia una democracia plural y competitiva, a través de grandes transformaciones en el sistema electoral; fundamentalmente, en torno a las normas para la organización de las votaciones, las características de la institución encargada de ello, el sistema para la calificación de los comicios y la regulación de los partidos como entidades de interés público, con una vida institucional fortalecida a través de las disposiciones legales.

A raíz de la reforma de 1977 se les otorga a los partidos políticos el carácter de entidades de interés público y se rechaza la concepción anterior de que era meras asociaciones privadas. Se les otorga este carácter ya que los partidos promueven o tienen como finalidad la participación del pueblo en la democracia. Existe otra entidad de interés público que son las comunidades indígenas como lo indica la constitución

Su objeto al ser entidades de interés público es preservar las prerrogativas de la ciudadanía, sus acciones no son puramente individuales, ya que tienen características de acciones de interés público o colectivo, denominadas también como acciones de clase o grupo.

Los partidos políticos son a través de los cuales se establecen vínculos entre la sociedad y el Estado. Ayuda a la formación de los gobiernos asegurando la personificación de la sociedad.

Los partidos políticos son entidades de interés público porque cumplen un papel en la ingeniería política del poder del Estado mediante la organización de la ciudadanía con una cierta independencia y autodeterminación y desde un régimen jurídico establecido ex profeso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido cinco tesis jurisprudenciales y una aislada pronunciada por la segunda sala con respecto al tema de entidades de interés público, todas ellas pronunciadas en la actual novena época y la mayor parte de su contenido con respecto al tema de los partidos políticos.

En ninguna de las tesis se define el concepto de entidades de interés público, solamente en la tesis P.J. 40/2004 (Consultable en el disco óptico *IUS, Jurisprudencias y tesis aisladas Junio 1917-diciembre 2012*) se señala que los partidos políticos son entidades de interés público y deben cumplir con los fines que establece el artículo 41 constitucional como son: 1) que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática; 2) que contribuyan a la integración de la representación nacional y 3) que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Asimismo en la tesis P./J. 146/2005 define la obligación de los partidos políticos como entidades de interés público referida al aspecto de la transparencia en lo relativo a la obtención, manejo y destino de los recursos públicos y privados que reciben para el desarrollo de sus actividades ordinarias y de campaña.

La misma tesis se aplica para interpretar un caso específico regulado en la Ley Electoral de Quintana Roo al señalar que el artículo 32, fracción II, de la citada ley, prevé como requisito para aspirar a ocupar un cargo de elección popular en la entidad el ser electo o designado candidato por un partido político o coalición, aunque la Constitución Local no lo establezca, no transgrede lo previsto en la fracción I del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cinco tesis se alude a lo previsto en los artículos 41 fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales al señalar que los partidos políticos nacionales son entidades de interés público, constituidos por ciudadanos, con derecho a participar en los procesos electorales federales, estatales y municipales, cuya finalidad es promover la participación ciudadana en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, favorecer el acceso de quienes postulan como candidatos al ejercicio del poder público.

En la tesis P./J. 29/2004, se analiza el tema del derecho que gozan los partidos políticos en relación con el financiamiento público de los partidos al considerar que el hecho de que el artículo 30, párrafo primero, del Código Electoral del Distrito Federal, establezca que los partidos políticos que por sí mismos hubieren obtenido por lo menos el 2% de la votación total emitida en la elección de diputados a la Asamblea Legislativa por el principio de representación proporcional, tendrán derecho al financiamiento público de sus actividades, no viola el principio de equidad, pues, por una parte, se da un trato igual a todos aquellos partidos políticos que se encuentren en la misma situación, ya que los que no alcancen la votación mínima requerida no tendrán derecho al financiamiento público y, por otra, aun cuando los partidos políticos conserven su registro nacional, lo cierto es que si no tienen a nivel local (Distrito Federal) representatividad, al no haber alcanzado el porcentaje

mínimo, es evidente que no están en situación igual a aquellos que sí obtuvieron ese porcentaje.

En la tesis aislada 2a. XXII/98 podemos observar ciertas características que nos pudieran llevar a definir que son las entidades de interés público al establecer que éstas no forman parte de las asociaciones privadas, ni constituyen órganos del Estado, y tampoco quedan comprendidas en los supuestos de excepción a que se refiere la fracción XXXI del apartado "A" del artículo 123 de la ley fundamental.

En otro orden, debemos destacar que desde la última década, ante un panorama de profunda desconfianza en los partidos, dirigentes e instituciones políticas en general, se comenzó a ponderar la necesidad de realizar modificaciones legales en la estructura institucional del país en el ámbito constitucional, en particular en lo relativo al funcionamiento partidario y electoral.

Es por eso, que surgió la necesidad de que los partidos políticos se democratizaran en su interior, siendo su finalidad primordial comprender todo el conjunto de disposiciones normativas y medidas políticas tendientes a garantizar que tanto la formación y manifestación de la voluntad partidaria, como los dirigentes internos seleccionados y los candidatos designados para ocupar puestos de poder, sean acordes y correspondientes con la voluntad mayoritaria de los miembros del partido.

De lo anterior, podemos señalar que la democracia interna de un partido se desenvuelve principalmente a través de tres esferas principales: la primera tiene que ver con la realización de ciertas funciones sociales que permiten conectar al partido con las aspiraciones de una porción de la ciudadanía; la segunda se vincula a la capacidad del partido para darse su propia organización; y el último se relaciona con la capacidad del partido para generar un candidato acorde con las expectativas de quienes se adhieren a él.

En este aspecto, podemos destacar que ha sido criterio reiterado (Tesis VIII/2005) por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, para el cumplimiento de las finalidades de los partidos políticos, éstos tienen una amplia libertad o capacidad autoorganizativa y autoregulatoria, siempre que sus actos y normas se ajusten al orden jurídico nacional y se respeten los derechos fundamentales de sus afiliados.

Por tanto, se considera que los documentos básicos de los partidos políticos prevén disposiciones normativas mínimas o fundamentales, sin que en dichos preceptos se establezca un entero y acabado desarrollo de los aspectos declarativos, ideológicos, programáticos, orgánicos, procedimentales y sustantivos, por lo que, como parte de su facultad autoorganizativa y autoregulatoria, es dable que los partidos políticos se den sus propias normas reglamentarias e instrumentales para el debido cumplimiento de sus fines.

Juan Manuel Arreola Zavala

PER SALTUM

La definitividad de los actos o resoluciones debe entenderse en el sentido de que si existen otras instancias para conocer y resolver las impugnaciones o

controversias promovidas por los ciudadanos, deberán de promoverse y agotarse en primer lugar antes de acudir a la interposición del juicio de amparo o los medios de impugnación en materia electoral previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esto es, dicha regla se aplica toda vez que tanto el juicio de amparo como los medios de impugnación en materia electoral, por su propia naturaleza, se deben conocer en una jurisdicción especializada o extraordinaria cuando ya no exista otra vía para resolver la controversia que pudiera ocasionar una modificación o revocación del acto o resolución reclamada.

Para que resulten procedentes los medios de impugnación extraordinarios previstos tanto en la ley de amparo como en la ley general correspondiente, es necesario que el acto o resolución reclamada, sea definitivo y firme.

Tales características se traducen en la necesidad que el acto o resolución que se combate no sea susceptible de modificación o revocación alguna, o bien, que requiera de la intervención posterior de algún órgano diverso para que adquiera esas calidades, a través de cualquier procedimiento o instancia, que se encuentre previsto, en el caso concreto, en la normativa local.

En ese sentido, la procedencia y tramitación de dichos juicios y medios de impugnación está regida por reglas especiales y por principios fundamentales que los estructuran como el medio jurisdiccional idóneo para lograr la actuación de las prevenciones constitucionales, a través de una contienda equilibrada entre el gobernante y el gobernado.

Dentro de estas reglas fundamentales que estructuran al juicio de amparo y a los medios de impugnación en materia electoral, se encuentra el principio de definitividad que establece que dichos juicios o medios son procedentes en contra de actos definitivos, es decir, actos respecto de los cuales no exista ningún recurso ordinario o medio de impugnación por el cual puedan ser modificados o revocados; en consecuencia, la definitividad del acto como presupuesto de procedencia, implica que antes de acudir a dichos juicios o medios de impugnación en materia electoral, se deberán agotar los recursos que prevea la ley ordinaria y que sean idóneos para modificar o anular el acto de que se trate.

Por tanto, el principio de definitividad se cumple cuando se agotan previamente a la promoción de éste, las instancias que reúnan las dos características siguientes: a) que sean las idóneas, conforme a las leyes locales respectivas, para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate; y, b) que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular a éstos.

En esa línea argumentativa, la exigencia de agotar las instancias previas tiene como presupuesto que éstas sean idóneas, aptas, suficientes y eficaces para alcanzar las pretensiones de los justiciables en el pleno uso y goce del derecho presuntamente violado, pues sólo de esta manera se da cumplimiento a la máxima constitucional de justicia pronta, completa y expedita, además de otorgar racionalidad a la cadena impugnativa, en tanto que, para estar en aptitud de acudir a un órgano de jurisdicción excepcional y extraordinaria, los quejosos o justiciables debieron acudir previamente a medios de defensa e impugnación viables.

Ahora bien, si bien por regla general los medios ordinarios se deben agotar antes de interponer el juicio de amparo o en su caso, los medios de impugnación en materia electoral, para cumplir con el principio de definitividad, también lo es que existe una excepción a dicha regla que se actualiza cuando el agotamiento previo de los medios o recursos ordinarios se traduzca en una amenaza seria para los derechos sustanciales que son objeto del litigio, porque los trámites que existen y el tiempo necesario para llevarlos a cabo puedan implicar la merma considerable o hasta la extinción del contenido de las pretensiones o de sus efectos o consecuencias, entonces debe tenerse por cumplido el requisito de definitividad. A esta situación excepcional de agotar los recursos o medios ordinarios se le denomina *per saltum*, o salto de la instancia previa para interponer el juicio de amparo o medio de impugnación electoral correspondiente.

David Cienfuegos Salgado (*Justiciabilidad Electoral en México. Reflexiones, Retrospectivas y Retos*, 2013) señala que “el *per saltum* en el derecho procesal electoral federal mexicano consiste en la petición que el sujeto legitimado para promover alguno de los juicios constitucionales en la materia le hace al órgano jurisdiccional terminal para que éste, saltando las instancias correspondientes y ordinarias, conozca y resuelva un litigio cuyo conocimiento y resolución corresponde a un órgano jurisdiccional que, en situaciones ordinarias, debe dictar una resolución impugnante ante el referido órgano terminal”.

Asimismo, Lorenzo Barone (*Recurso Extraordinario Federal*, 2009) estima que dicha figura “es un instituto de naturaleza procesal mediante el cual, en casos de extrema excepcionalidad, fundados en razones de gravedad institucional seria, interviene la Corte Suprema de Justicia en una causa judicial por salto de las instancias judiciales intermedias, a fin de que resuelva la controversia”.

Es decir, el *per saltum* consiste en la solicitud que realiza el actor o quejoso en un juicio a un órgano jurisdiccional terminal de control constitucional y de legalidad, tratándose de la revisión de sentencias o resoluciones que ponen fin al procedimiento, derivadas de un proceso jurisdiccional que pudiese atentar contra los derechos de las personas, a fin de que conozca y resuelva de la controversia sin necesidad de agotar las instancias previas ordinarias intermedias, por actualizarse un caso de excepción al principio de definitividad.

Por tanto, para que proceda el *per saltum* resulta necesario acudir a la situación extraordinaria o sui generis que se genere por razones de premura, indefensión o de probable irreparabilidad del acto reclamado, a fin de que conozca y resuelva la controversia el órgano jurisdiccional terminal, que será el que determine si en el caso concreto se actualiza dicho instrumento procesal instaurado a fin de no agotar el principio de definitividad de las instancias previas.

Por último, caber mencionar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido criterio al respecto en la jurisprudencia 9/2001, que lleva por título: “Definitividad y firmeza. Si el agotamiento de los medios impugnativos ordinarios implican la merma o extinción de la pretensión del actor, debe tenerse por cumplido el requisito”.

Juan Manuel Arreola Zavala

PERFIL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

El *perfil* se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución.

En la conformación del perfil del juzgador se deben tomar en cuenta dos tipos de rasgos. En primer lugar se encuentran los de carácter subjetivo que atienden al juez como persona, y que son necesarios para desempeñar adecuadamente el cargo, vinculados con su vocación, aptitud, valores y visión; por otro lado se encuentran aquellos de carácter objetivo, relacionados con los conocimientos y experiencia con que deben contar los juzgadores para dictar sus sentencias.

Rasgos subjetivos:

— *Vocación de servicio.* La labor de juzgar requiere de una vocación específica, pues un juez comprometido con el derecho y la justicia debe dedicar todo su tiempo y esfuerzo al estudio de los casos sometidos a su consideración, de las normas y la jurisprudencia.

Esta dedicación se ve recompensada con el dictado de cada sentencia, pues a través de las mismas se materializan las horas de trabajo y reflexión, en beneficio de los justiciables y de la sociedad en general.

— *Aptitud psicológica.* Es importante que aquellas personas que se desempeñan como juzgadores se encuentren en un estado psicológico óptimo, pues ello es la base para que puedan emitir sus juicios con objetividad, además de esta manera se excluyen preconcepciones alejadas de las normas, tanto en el dictado de las sentencias como en el trato con las partes y los subordinados.

— *Valores de la ética judicial.* Un buen juez no sólo es aquel que dicta sus resoluciones con apego a la normatividad, fundando y motivando en todo momento sus determinaciones, sino que también es aquel que cuenta con diversas virtudes que le permiten mejorar su desempeño día a día, alejado de influencias ajenas al derecho.

Los jueces deben ser un ejemplo no sólo al interior del órgano jurisdiccional del que son titulares, sino que deben ser un ejemplo de vida, comprometidos con los valores y la verdad, alejados de los vicios que puedan afectar o comprometer su desempeño.

En México los juzgadores del Poder Judicial de la Federación deben guiar su actuar bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se encuentran previstos en la Constitución.

— *Hombres y Mujeres de Estado.* Los jueces constitucionales definen el rumbo del sistema jurídico al interpretar la Constitución y, en su caso, al expulsar del sistema jurídico las normas que se opongan al texto fundamental, lo cual incluso puede tener repercusión en la agenda y en las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En este tenor, se requiere que los jueces constitucionales tengan una visión amplia que les permita advertir de forma íntegra, las posibles consecuencias que pueden tener sus resoluciones y la forma cómo incidirían en el Estado.

— *Determinación en el dictado de las sentencias.* Con relación al punto que precede, los jueces constitucionales son sabedores que sus resoluciones pueden impactar de forma importante el destino del Estado, lo anterior conlleva a la responsabilidad de que tomen sus decisiones con total firmeza, independientemente si resultan o no populares a la vista de las personas.

Rasgos objetivos:

— *Conocimiento constitucional especializado.* Los jueces constitucionales como guardianes de la Constitución deben contar con los conocimientos especializados para llevar a cabo esta labor; en este sentido deben ser expertos, entre otras cuestiones, en derecho constitucional, derechos humanos, derecho procesal constitucional, teoría de la constitución, argumentación jurídica, interpretación jurídica e interpretación constitucional.

— *Conocimiento de otras materias.* Para que los jueces constitucionales lleven a cabo su labor, no sólo se requiere que sean expertos sobre las materias antes mencionadas, sino también sobre las materias bajo las que se rige la norma impugnada o bajo las que se encuentran regulados tanto el acto como la resolución que se considera inconstitucional.

Lo anterior es así, pues para determinar si una norma se apega o no al texto constitucional se requiere saber cómo funciona el sistema, y la forma cómo interactúa la disposición, el acto o la resolución dentro del mismo.

— *Conocimiento de derecho internacional.* Cuando los Estados se encuentran dentro de un proceso de integración regional, se elaboran documentos fundacionales, en este sentido los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a los mismos, y para resolver los asuntos sometidos a su consideración deben tomar en cuenta dichos documentos, tomando como base el sistema de recepción de los mismos.

De esta forma los jueces también deben tomar en consideración la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, que sean vinculantes y tengan repercusión en los asuntos sometidos a su jurisdicción.

— *Conocimiento del derecho internacional de derechos humanos.* Existen sistemas jurídicos, como el de México, en el que los jueces constitucionales —e incluso los jueces de instancia— deben ser jueces de derechos humanos, esto es, no sólo deben interpretar la Constitución para proteger los derechos fundamentales contenidos en la misma, sino también los tratados internacionales que contienen derechos humanos.

En este sentido, deben realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, bajo los principios adoptados para ello como el *pro persona* y el de interpretación conforme, lo cual, incluso propicia el diálogo entre la jurisprudencia interna y la de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

— *Conocimiento de derecho comparado.* Los jueces constitucionales deben conocer los principales criterios de las cortes y tribunales constitucionales, en la medida en que pueden resultar orientadores en el dictado de sus sentencias.

— *Conocimiento de la gestión de un órgano jurisdiccional.* Los jueces deben saber administrar los recursos humanos y materiales del órgano jurisdiccional del que son titulares, con la finalidad de que exista una adecuada distribución de

las cargas de trabajo, y que sea eficiente en la sustanciación de los procedimientos.

Como se puede advertir, los jueces constitucionales comparten con los jueces de instancia diversos rasgos, pues la labor de juzgar al final implica la conformación de un perfil común, el que se debe especializar en atención a las materias que conocen los juzgadores.

Debe destacarse que el perfil del juzgador constitucional, se debe forjar momento a momento, pues las relaciones sociales y por ende el derecho evolucionan y los jueces se deben estar atentos a las nuevas circunstancias, lo que implica que deban dedicarse al estudio constante.

Luis Fernando Angulo Jacobo

PERJUICIO DE LOS INTERESES PÚBLICOS FUNDAMENTALES O BUEN DESPACHO

Cuando se apela a la presencia de un perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o al buen despacho, se evoca implícitamente a una categoría especial de valores, que van más allá del interés particular.

Ernesto Gutiérrez y González (*Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2008) dice que en el derecho romano, Ulpiano explicaba la diferencia entre el derecho público y el derecho privado: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod singulorum utilitatem*”, que significa: derecho público es lo que se refiere a las cosas de la ciudad: derecho privado es el que se refiere a los particulares.

Joaquín Escriche divide al derecho público, en general y particular. En lo general, el derecho público se identifica con el derecho internacional, con los fundamentos de la sociedad civil, que es común a muchos Estados. En lo particular, considera que el derecho público fija los fundamentos del Estado y las relaciones con su población. A este derecho dice que pertenecen la Constitución, la ley electoral, las leyes que regulan la organización de autoridades y tribunales, las leyes que aseguran el orden, la moral y la seguridad de los ciudadanos, las que fijan las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, entre otras y señala que también se le conoce como derecho político.

En cambio, para el mismo autor, el derecho privado se concreta a los negocios pecuniarios entre particulares y se compone de leyes que rigen contratos, testamentos, sucesiones y modos de adquirir la propiedad.

Ernesto Gutiérrez y González opina que es inútil clasificar al derecho en público y privado, pues la obligatoriedad de cualquier derecho es de interés público.

Es cierto que desde el enfoque de la validez de las normas, no podrían construirse categorías entre lo que debe considerarse derecho público y privado, pues desde el momento en que las normas quedan inscritas en el sistema jurídico, forman parte del derecho positivo y eso es suficiente para que todas revistan un interés general.

Sin embargo, más allá de esta idea de unificar a lo privado y lo público subsiste el problema de identificar cuáles son los intereses públicos fundamentales.

La respuesta viene de la jurisdicción y específicamente de la diferencia que existe entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional tiene una relación especial con los intereses públicos fundamentales que la jurisdicción común, no tiene.

En la justicia constitucional, las decisiones están más próximas a los valores o principios inscritos en el marco constitucional. En tanto que en la jurisdicción ordinaria se desahogan conflictos que no se relacionan necesariamente con ese tipo de intereses, sino con otros que conciernen a las partes. No obstante, aún en este tipo de casos, no se descarta la posibilidad de que prospere alguna vía de control constitucional, cuando hay vicios en el procedimiento o en la sentencia que se relación con la violación de algún derecho fundamental o bien cuando alguna norma aplicada es contraria a la constitución o a algún tratado internacional sobre derechos humanos.

En los distintos medios de control constitucional, como el juicio de amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad e incluso, en el control difuso de convencionalidad (artículo 1o. de la Constitución), hay necesidad de tomar decisiones que versan precisamente sobre estos intereses públicos fundamentales, que igual pueden llamarse derechos humanos, principios supremos como la dignidad, la igualdad, la equidad o la justicia o valores implícitos en ese tipo de normas (Grote, Rainer, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*).

En este sentido, un perjuicio a los intereses públicos fundamentales, tiene lugar cuando se descubre una incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, con los valores emanados de la Constitución; por tanto, el buen despacho, constituirá una calificación sobre el debido ejercicio de estas atribuciones y el mal despacho será lo contrario.

El artículo 129 de la nueva Ley de Amparo, menciona algunos casos en los que se pueden causar perjuicios al interés social o contravenir disposiciones de orden público.

Así, por ejemplo, se contravendrá el interés social o el orden público, cuando se continúe con el funcionamiento de centros de vicio o lenocinio; la producción de narcóticos; se permita la consumación o continuación de delitos; se permita el alza de precios en productos de primera necesidad; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave; se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; se impida el cumplimiento de órdenes militares para la defensa del territorio, la independencia o la soberanía y seguridad nacional; se afecten intereses de menores; entre otros.

El propio artículo 129 de la Ley de Amparo, permite conceder una medida cautelar excepcionalmente, aún cuando se trate de alguno de los casos enunciados, si con la negativa de la medida cautelar se causa mayor afectación al interés social. Este artículo incorpora el juicio de ponderación, que es un balance entre los principios en colisión, mediante el cual se gradúa el peso de cada principio y se determina el principio prevalente, sin invalidar al principio opuesto (Ricardo, Guastini, 2010).

Por tanto, la jurisdicción constitucional valora el buen o mal despacho autoritativo a la luz de los intereses públicos fundamentales reconocidos en la Constitución; y, frente a una colisión, selecciona al principio prevalente.

Miguel Mendoza Montes

PERSONA JURÍDICA ANTE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La personalidad jurídica propia e independiente de las personas jurídicas de derecho privado (PJ) respecto a la de sus miembros ha sido objeto de análisis por los principales sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Estos sistemas, que por lo general son similares en cuanto al régimen de acceso y garantía de los derechos de los particulares, presentan normativas y prácticas muy disímiles cuando se trata de demandas en donde la violación de derechos es cometida *prima facie* en contra de la PJ.

En el marco de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que los individuos que aleguen ser víctimas de una violación pueden presentar comunicaciones en contra del Estado parte responsable. El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha rechazado las demandas en donde se presenta como víctima de la violación a una PJ, ya que entiende que el protocolo al hacer referencia a los “individuos” sólo habilita a éstos a presentar demandas. De este modo una PJ constituida con arreglo a las leyes de un Estado parte de dicho protocolo no tiene derecho en cuanto tal a presentar comunicaciones al Comité.

Del mismo modo, el CDH ha inadmitido quejas cuando son los miembros de la PJ los presentados como presuntas víctimas, si es que conforme a su interpretación la violación afectó los derechos de la PJ y no a los derechos de las personas físicas relacionadas a esta. Para determinar la víctima del acto violatorio el CDH analiza a nombre de quién se agotaron los recursos de las instancias internas. De este modo, si los mismos fueron agotados a nombre de la PJ, de manera indefectible el CDH entiende que debe rechazar la demanda por tratarse de derechos que pertenecen esencialmente a la PJ.

No obstante lo anterior, puede notarse una diferenciación en el tratamiento de las demandas dependiendo el derecho que se reclame vulnerado. En tal sentido, tenemos que en ciertos casos cuando la demanda versa sobre libertad de expresión, a diferencia de otros derechos, el CDH tiende a obviar el análisis sobre las cuestiones relativas a la personalidad propia y separada de la PJ y tampoco presenta un criterio claro respecto al análisis del agotamiento de los recursos internos a nombre de la entidad o de sus miembros, ya que entiende que la propia naturaleza del derecho en juego está indisolublemente vinculado al individuo.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a diferencia del Protocolo Facultativo del PIDCP, dispone en su primer artículo que las Altas Partes Contratantes reconocen a “toda persona” bajo su jurisdicción sus derechos y libertades. A su vez, el Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH, en su primer artículo reconoce que “[t]oda persona física o jurídica” tiene derecho al respeto de sus bienes. Es así que conven-

cionalmente el *ius standi* de las PJ se encuentra garantizado en el hemisferio europeo.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en el europeo se exige una identidad entre peticionario y presunta víctima, por lo que una PJ únicamente podría presentar una demanda en beneficio propio más no a nombre de una tercera persona, ni siquiera la de sus miembros. La práctica actual en el SIDH es inversa y las PJ solo pueden presentar peticiones en donde actúen como peticionarias y presenten como presuntas víctimas a personas físicas, sin importar la vinculación de éstas con la PJ en cuestión.

Entre los sistemas analizados, el europeo es el único sistema internacional de derechos humanos que hasta el momento habilitó el acceso a la más amplia gama de PJ, desde fundaciones y partidos políticos hasta corporaciones de evidentes fines lucrativos.

Además del acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo el CEDH las PJ gozan de la protección tanto de derechos sustantivos como procedimentales. En el periodo de enero a julio de 2013, el 4,75% de las demandas analizadas por el TEDH corresponden a casos sometidos por PJ, o donde ellas son presentadas como las afectadas directas de una violación, y al menos el 68% de estas fueron abiertas a trámite por dicho tribunal.

El TEDH ha ido más allá, y ha reconocido que las PJ incluso gozan de determinados derechos morales susceptibles de ser reparados a través de indemnizaciones. Así por ejemplo, el Tribunal ha entendido que una PJ puede sufrir daño moral por la frustración de sus miembros o fundadores debido a la violación de sus derechos reconocidos en el CEDH (*Comingersoll S.A. c. Portugal*, núm. 35382/97, 6 de abril de 2000).

Los tres sistemas se asemejan en la negación del acceso a los entes gubernamentales como peticionarios por violaciones de derechos humanos ya que, independientemente del grado de autonomía que estos cuenten, las autoridades públicas no pueden presentar demandas contra su propio Estado.

En el marco de la OEA la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1o. la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En su apartado segundo señala que persona “es todo ser humano”. A consecuencia de esta disposición la Corte y la Comisión Interamericanas (Corte IDH y CIDH) se han mantenido reacias a reconocer violaciones a los derechos de las PJ en cuanto tales.

Sin embargo, la práctica de la CIDH utilizando como instrumento normativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dista mucho de aquella posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana. Es así que en al menos tres oportunidades la CIDH declaró violados los derechos de PJ contenidos en dicha Declaración. El primero reconocía la violación de los derechos a la asociación y la libertad religiosa de una asociación religiosa (Caso núm. 2137 “Testigos de Jehová”, Argentina) y los otros giraban en torno a la

libertad de expresión de dos medios de comunicación (Caso núm. 9250 “ABC Color”, Paraguay; Caso núm. 9642 “Radio Ñanduti”, Paraguay).

En 1991 fue la primera oportunidad en la cual la CIDH, en base a la Convención Americana, se pronunció sobre su competencia *ratione personae* respecto a las PJ. En la demanda fueron presentadas como presuntas víctimas los accionistas de una entidad bancaria (Caso núm. 10.169 “Banco de Lima”, Perú), y si bien durante el trámite del asunto el Estado no cuestionó la competencia *ratione personae* la CIDH resolvió declarar inadmisibile la petición por considerar que “para los propósitos de esta Convención, ‘persona’ significa todo ser humano”.

Con posterioridad a este asunto, la CIDH ha mantenido una práctica constante sosteniendo la inadmisibilidat de peticiones cuando la PJ es presentada como víctima directa. Asimismo la CIDH ha afirmado que, en principio, los accionistas no pueden considerarse víctimas de actos de interferencia con los derechos de una empresa, salvo que prueben que sus derechos se han visto afectados directamente. La forma de probar dicha afectación, al igual que la práctica del CDH, sería mediante el agotamiento de los recursos internos a nombre de éstos.

A pesar de lo anterior, la CIDH se ha mostrado más flexible en reconocer la afectación de derechos de las personas físicas relacionadas a la PJ cuando a través de esta se ejercen determinados tipos de derecho. Por ejemplo, entendió que si una conducta estatal interfiere en el ejercicio de un medio de comunicación sí podría configurar una violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de las personas naturales que lo utilizan para difundir información y opiniones (Informe 72/11 “William Gómez Vargas”, Costa Rica). En estos casos la CIDH no rechazó la admisibilidat por haberse agotado los recursos a nombre de la PJ.

La Corte IDH se ha mostrado más flexible respecto al tratamiento de demandas donde la afectada directa es la PJ, y si bien aún no admite la posible vulneración de derechos de la entidad jurídica reconoce que bajo determinados supuestos el individuo puede acudir al SIDH para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho (Caso Cantos *vs.* Argentina, Excepciones Preliminares).

Natalia Chudyk Rumak

PLENO JURISDICCIONAL

La palabra pleno jurisdiccional está vinculada al término jurisdicción, que se refiere a la función jurisdiccional. El procesalista español Juan Montero Aroca llama a esta función, *derecho jurisdiccional*, que comprende aspectos relacionados con la potestad jurisdiccional, como: la organización judicial; la condición del juez; acción y pretensión y otros conceptos relacionados con obligaciones, cargas y categorías procesales (Gonzalo M., Armienta Calderón, 2006).

El propio Juan Montero Aroca explica que para el estudio de la jurisdicción, el derecho constitucional es el punto de partida de toda concepción doc-

trinal. En este sentido resalta la importancia de penetrar en la comprensión del Poder Judicial; la naturaleza de su función; sus órganos de gobierno y la relación con los demás poderes, legislativo y ejecutivo.

En este sentido, el término pleno jurisdiccional se emplea para nombrar a uno de los sujetos de la relación procesal; al juzgador, pero con la peculiaridad de que un pleno se conforma con más de un juez. Los jueces que integran el pleno deciden controversias judiciales de forma colegiada y mediante votación directa. Se requiere de la concurrencia de un número mínimo de miembros para que las sentencias sean válidas y puede exigirse, según las peculiaridades del caso, de una mayoría simple, calificada o de una votación unánime, así como de reglas de competencia, organización y lineamientos para superar la eventualidad de un empate.

La Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integraría con once ministros propietarios; cuatro supernumerarios; un fiscal y un procurador general. El 1o. de diciembre de 1857 quedó instalada la primera corte y según el reglamento de 29 de julio de 1862, podía funcionar en pleno o en salas. Para las resoluciones del pleno bastaba la presencia de seis ministros y se tomarían por mayoría de votos presentes, teniendo voto de calidad el presidente de la corte (Joel, Carranco Zúñiga, 2000).

Con motivo de la reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 al artículo 91 de la Constitución de 1857 se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondría de quince ministros y funcionaría en pleno o en salas. El Código Federal de Procedimientos Federales del 3 de octubre de ese mismo año precisó que el pleno, para su funcionamiento, requería de la presencia de nueve ministros. En tanto que los tribunales de circuito serían unitarios.

La Constitución de 1917 disponía que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se conformaría de once ministros y funcionaría en pleno o en salas.

Las reformas más importantes que han tenido lugar a partir de la Constitución de 1917, han sido: la del 20 de agosto de 1928 que aumentó el número de ministros de once a dieciséis, al crearse una tercera sala; la de 15 de diciembre de 1934, que elevó el número de ministros a veintiuno, con motivo de la creación de la cuarta sala, encargada de conocer asuntos laborales; la del 19 de febrero de 1951 que se llevó hasta el 25 de octubre de 1967, en las que se crearon los tribunales colegiados de circuito y se aumentó a veintiséis el número de ministros, con motivo de la instalación de la sala auxiliar. El 10 de agosto de 1987 hubo otra reforma que entró en vigor en 1988 en la que se delegó a los tribunales colegiados de circuito el conocimiento de temas de legalidad y en 1994 tuvo lugar una reforma que incorporó al Consejo de la Judicatura Federal y retornó a la primigenia integración de once ministros, en lugar de los veintiséis anteriores. Cada sala se conforma de cinco ministros, bastando cuatro de ellos para su funcionamiento.

Los tribunales colegiados de circuito ocuparon un episodio importante a partir de su creación en 1951. Antes de esta fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acumuló un rezago de 37,881 asuntos, con los entonces nuevos tribunales colegiados de circuito para el año de 1955 se redujo el número

a 10086 asuntos y se disminuyeron cuando se les extendió la competencia en temas de legalidad (Jorge Iñárritu, 1971).

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente, dispone en su artículo 2o. que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se compondrá de once ministros y funcionará en pleno o en salas, sin que el presidente integre alguna de las salas. El diverso artículo 4 del mismo ordenamiento, señala que es suficiente la asistencia de siete ministros para que la Suprema Corte de Justicia, pueda funcionar en pleno. Sin embargo, con motivo de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2013, se precisa que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros para los casos señalados en los artículos 105, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, y 107, fracción II párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En lo que concierne a los Tribunales Colegiados de Circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 33 y 35 disponen, entre otras cuestiones, que esos órganos jurisdiccionales, se conformarán por tres magistrados; las resoluciones se tomarán por unanimidad o por mayoría de votos de sus integrantes.

La mencionada reforma del 4 de abril de 2013 a la Ley Orgánica, deriva de la diversa publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introdujo importantes cambios al juicio de amparo; así como de la que se publicó el 2 de abril del año 2013, a la Ley de Amparo.

En lo que aquí interesa, la reforma constitucional en la fracción XIII del artículo 107 del texto constitucional creó a los plenos de circuito. Se trata de tribunales encargados de dirimir el criterio que debe prevalecer entre tesis contradictorias, emitidas por tribunales colegiados de un mismo circuito.

El funcionamiento, número de integrantes, quórum, y formalidades para las sesiones quedaron regulados a través del Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado el 14 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dicho acuerdo, dispone, entre otras cosas, que los plenos de circuito se integrarán por los tribunales colegiados que formen parte del mismo circuito; también precisa que si en un circuito existen dos tribunales colegiados, todos los magistrados conformaran el pleno, pero si hay más, únicamente sus respectivos presidentes; y que para su integración, bastará la presencia de la mayoría de sus miembros; salvo aquellos que se conformen de tres magistrados, en cuyo caso se requiere que todos asistan.

Miguel Mendoza Montes

PLENOS DE CIRCUITO

Uno de los elementos que más aporta a la seguridad jurídica es la uniformidad de las decisiones judiciales, reconociendo, desde luego, la posibilidad de la variación y modificación de los criterios en nuestro sistema jurídico.

En el derecho comparado no se encuentra disposición similar a la que ha creado el constituyente permanente en el texto de la Constitución Federal, y en la nueva Ley de Amparo en torno a los plenos de circuito. Sin embargo,

existen sistemas de unificación jurisprudencial como los procedimientos con que cuentan Argentina y Colombia; así como recursos de unificación de jurisprudencia y otros sistemas regulados como recursos extraordinarios —tal es el caso de Chile— de los cuales conocen sus cortes supremas.

La noción de los plenos de circuito lleva implícita precisamente la existencia de los distintos circuitos judiciales. Por su organización federal, que también se refleja en el sistema judicial, el territorio mexicano se encuentra dividido en circuitos y en distritos judiciales. A raíz de la creación de los tribunales colegiados de circuito cada uno de estos tribunales tiene la posibilidad de emitir tesis y, desde luego, jurisprudencias que resultan obligatorias a los tribunales inferiores existentes en su circuito, mas no así a otros tribunales colegiados de su misma jerarquía, existentes incluso en el propio circuito o en circuitos distintos.

A través de la historia del siglo XX podemos observar cómo la Suprema Corte de Justicia de México fue delegando, ya sea por autorización legislativa o por la determinación de acuerdos internos, facultades a los tribunales colegiados de circuito para conocer de determinados asuntos, concretamente de cuestiones de legalidad, dejando a la máxima autoridad judicial las cuestiones relativas a la constitucionalidad de actos y normas; en ese tenor se inscriben las reformas constitucionales y legales de los años 1988, 1992, 1995 que siempre tuvieron el propósito de disminuir el trabajo jurisdiccional de legalidad de la suprema corte.

La razón de la creación de los plenos de circuito radica en que con la proliferación de los tribunales colegiados de circuito, y la consecuente creación por cada uno de ellos, de jurisprudencia obligatoria para los tribunales inferiores, pero no entre sí, existen discrepancias al interpretar la norma jurídica. Es tal la variedad de criterios que la justicia se llega a tornar una cuestión de azar, dependiendo del criterio que sustente el tribunal terminal.

Las contradicciones de criterios entre tribunales colegiados de circuito eran resueltas por la suprema corte, en pleno o en salas, cumpliendo una función unificadora. Y por la proliferación de contradicciones, la corte tenía que dedicar mucho tiempo a resolverlas. Antes esto el legislador dispuso como solución la creación de los plenos de circuito.

La reforma constitucional del 6 de junio de 2011, previó la existencia de los plenos de circuito como uno de los elementos para descargar a la suprema corte del conocimiento de estos asuntos, y como un elemento para unificar la jurisprudencia; y se delegó al Consejo de la Judicatura Federal la obligación de crearlos. En caso de que exista contradicción de criterios entre los plenos de circuito procederá el máximo tribunal a definir el criterio imperante.

Tratándose de contradicciones entre plenos de circuito, se legitimó al procurador general de la República, a los tribunales colegiados de circuito y a sus integrantes, a los jueces de distrito y a las partes en los asuntos concretos para denunciar las contradicciones entre tribunales; así como a los ministros de la corte, a los plenos, a los órganos de la Procuraduría General de la República, y a los jueces para denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los plenos de circuito pueden estar integrados por todos los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del mismo circuito o, en su caso, por los presidentes de estos órganos.

El Consejo de la Judicatura Federal emitió el acuerdo 14/2013 para regular lo relativo a los plenos de circuito. De la regulación específica se advierte que estos plenos tienen las siguientes características: 1. En los circuitos judiciales se establecerán los plenos, mismos que se compondrán por los presidentes de los tribunales colegiados del circuito respectivo; 2. En los circuitos en los que únicamente haya dos tribunales, los plenos se integrarán con la totalidad de los magistrados que lo conforman; 3. En aquellos circuitos donde existan más de dos tribunales colegiados se integrarán por sus respectivos presidentes.

Se decidió también que los tribunales colegiados auxiliares no integran los plenos. Que habrá plenos especializados por materia cuando existan tribunales especializados, y plenos sin especialización cuando los tribunales sean de conocimiento mixto. Cada pleno tendrá un magistrado presidente quien será designado de manera rotativa conforme a la lista del decanato en el circuito, durará un año en su encargo y no podrá ser reelecto para los dos periodos inmediatos posteriores.

Juan Carlos Cruz Razo

PLURALISMO JURÍDICO

La noción de pluralismo jurídico es uno de los binomios más utilizados en los últimos años en el discurso teórico de los sistemas jurídicos continentales y que ha resurgido de la historia misma de los ordenamientos jurídicos occidentales. El pluralismo como sinónimo de la tradición jurídica europea ha sido una nota característica en la añeja tradición del modelo jurídico de occidente. Harold Berman (*Law and revolution*) destaca que una de las constantes de la historia de la tradición jurídica de occidente fue la capacidad de generar un esquema de pluralidad de ordenamientos, y articularlos en un sistema jurídico donde lo local era convergente con lo supranacional. En ese sentido, se debe recordar uno de los rasgos de los ordenamientos jurídicos de la antigüedad: Su matriz consuetudinaria y la necesidad de interactuar con otros ordenamientos para ir delineando la geografía de la cultura jurídica occidental. Así, se puede advertir en la literatura un buen número de análisis sobre el pluralismo como ejercicio de comparación de tradiciones jurídicas. Por ejemplo, Francesco Calasso reconstruye la historia jurídica de la época medieval a través de la noción de pluralismo jurídico (*Medioevo del diritto*).

De lo anterior, se advierte como la discusión histórica sobre el pluralismo parte de la descripción de los ordenamientos jurídicos y los elementos que los integran. Por ello, en el siglo XX una de las disciplinas que contribuyó al desarrollo de la teoría jurídica del pluralismo fue el derecho comparado. Textos seminales como *Les grands systèmes de droit contemporain* de René David o *Introduzione al Diritto comparato* de Rodolfo Sacco establecieron la necesidad de concebir el universo jurídico desde una perspectiva más amplia desde una visión de sistema y a través de la visión plural de los sistemas jurídicos. Así, en el siglo pasado se cimentaron en Europa las bases de una teoría jurídica sobre

el pluralismo. Massimo Corsale señalaba una notable distinción, en la famosa *Enciclopedia del diritto*, entre pluralidad y pluralismo. Aquella se refiere al hecho concreto de que en un sistema social coexisten diversos ordenamientos jurídicos. El pluralismo es sobre todo un discurso que analiza los vértices del paradigma de la pluralidad desde una visión crítica. La rigidez que caracterizó la epistemología jurídica constitucional de la segunda parte del siglo XX, en donde el fenómeno jurídico estaba aparejado a la ley estatal como manifestación legislativa, ha dado paso a una nueva forma de entender el perfil de los paradigmas jurídicos del siglo XXI.

La geografía de la ciencia jurídica contemporánea presenta el pluralismo como una de las herramientas más eficaces para entender los procesos de globalización económica y transnacionalización del derecho. Más aún, el pluralismo ha sido uno de los grandes discursos de reivindicación social en las teorías justicialistas y garantistas del derecho. Las grandes denuncias de grupos sociales han encontrado en el pluralismo una categoría científica para reivindicar sus derechos. Incluso, dicha noción ha fungido como elemento axial del discurso de los derechos fundamentales. El pluralismo jurídico contemporáneo ha representado la mayor crítica a la modernidad jurídica, encarnada en el principio de igualdad y libertad. Así, se ha visto languidecer el modelo libertario frente a los grandes desafíos que ha presentado la época contemporánea, ya que las necesidades y expectativas sociales no han sido colmadas por el principio de igualdad y el estado moderno.

El pluralismo es también un discurso sobre la coexistencia de los ordenamientos jurídicos en donde se ha buscado dar una respuesta a los procesos políticos y económicos de regionalización, a partir del establecimiento de criterios mínimos de justicia en los diversos diseños institucionales. La Unión Europea ha presentado claramente la necesidad de buscar cánones que permitan homologar las diferentes realidades locales con principios jurídicos europeos. De tal suerte, en los últimos años se ha destacado la función del derecho comunitario en la construcción de espacios jurídicos. Lo local, lo estatal y lo global han aspirado a la construcción de un nuevo sistema jurídico. Justamente, el pluralismo como teoría y práctica busca la coexistencia de sistemas normativos y jurídicos en diversas realidades, tanto regionales como nacionales, a través de un discurso crítico que permita articular los principios de los sistemas y establecer un espacio jurídico común. Desde la teoría, el esfuerzo por parte de la ciencia jurídica ha estado acompañado por otras disciplinas sociales para integrar un corpus que permita la comprensión de nuevos fenómenos sociales y legales que identifiquen la creación de principios jurídicos que puedan establecer un espacio jurídico que contenga la gramática del Estado constitucional. En esta sede, la sociología ha jugado un rol fundamental en la construcción de un discurso jurídico que ha advertido las carencias del modelo legal cuya vocación legislativa había inhibido las consecuencias de la interacción social. La tradicional perspectiva del derecho ha transitado a la construcción de una disciplina social que reivindica las expectativas sociales en el marco de un sistema social lleno de desigualdades formales como concretas.

El pluralismo es una de las soluciones del derecho contemporáneo a las complejas realidades de la modernidad y posmodernidad jurídica (Boaventu-

ra de Souza Santos. *Sociología Jurídica Crítica*). Ni la libertad como principio político ni los procesos de globalización han escapado a la crítica del pluralismo jurídico. Derechos fundamentales, globalización, democracia constitucional, democracia participativa, movimientos sociales, minorías étnico-culturales, derecho comunitario, son algunos de los conceptos que han sido analizados por los vértices del pluralismo jurídico y reconocidos por la ciencia jurídica como parte determinante en la teoría del pluralismo jurídico. En esta perspectiva, debe señalarse la importancia en el establecimiento de una teoría sobre el pluralismo jurídico el surgimiento de movimientos sociales de reivindicación de derechos fundamentales de grupos vulnerables, al evidenciar las respuestas débiles del sistema nacional.

Surge pues una interrogante que vale la pena menuzar, por sus alcances y efectos en los ordenamientos jurídicos. ¿Cómo lograr establecer el canon del pluralismo en los diversos diseños institucionales? O de dicho de otra manera, cómo entender en la actualidad la veta del pluralismo en la aplicación del derecho y en el aseguramiento de libertades básicas. La filosofía política anglosajona ha contribuido de forma decisiva en la discusión. Charles Taylor ha propuesto la teoría del multiculturalismo como una salida a la encrucijada que plantea el liberalismo a partir de la política del reconocimiento (*Multiculturalism*). Kymlicka ha sugerido la noción de ciudadanía multicultural como punto de partida de los derechos de las minorías (*Multicultural Citizenship*). Otros autores han destacado la necesidad de desculturalizar la noción filosófica de los derechos, separando el debate entre liberales y comunitaristas, para vincularla a una nueva teoría jurídica de los derechos fundamentales, en donde el pluralismo sea el eje del reconocimiento jurídico y la necesaria coordinación de jurisdicciones en el marco del Estado nacional (Mario Cruz Martínez, ¿Es necesaria la desculturalización de los derechos indígenas?).

Como se podrá advertir, las posibilidades que inaugura el pluralismo han logrado establecer nuevas vetas de reflexión en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas contemporáneas. Dentro de la ciencia jurídica, algunos autores, como Peter Häberle (*El Estado Constitucional*), han concebido el derecho comparado como una herramienta determinante en la aplicación de la cultura jurídica de un país determinado y en ese reconocimiento, la posibilidad de ampliar los parámetros de protección constitucional. Así, la desestatalización de los sistemas jurídicos ha pasado por revisar los conceptos básicos del Estado moderno y en ese marco, las interrogantes han sido tan amplias como complejas. Cómo se puede revisar la noción de soberanía estatal, en tanto elemento nuclear de todo tipo de democracia y a la luz de los procesos de globalización jurídica; qué relación surge en el seno de los diseños institucionales entre los conceptos de regulación jurídica y emancipación social; cómo afecta la connotación de cultura en el ámbito constitucional; qué importancia tiene la noción de ciudadanía, entre otros. Como se puede advertir, las interrogantes son profundas por su alcance en el ámbito de las disciplinas sociales y en la construcción de las teorías jurídicas. Sin embargo, surge dentro de la gramática jurídica, el derecho de la unificación y derecho comparado como disciplinas señeras para concebir los modelos que plantea el pluralismo jurídico. Hoy día, el pluralismo tiene su mejor evidencia en el derecho de la

unificación. A través de cuerpos unificados del derecho se puede evidenciar la capacidad de los sistemas legales por la armonización en diversas áreas del derecho público y privado. Por su parte, el derecho comparado y otras disciplinas afines, como el derecho procesal constitucional, buscan el estudio de los diferentes instrumentos legales como textos legislativos y fundamentalmente, la rica jurisprudencia nacional e internacional para lograr el conocimiento de los modelos jurídicos y encontrar los elementos de coexistencia y equilibrio. En resumen. El pluralismo jurídico es hoy día un discurso crítico del sistema jurídico y una poderosa herramienta de diálogo entre las culturas jurídicas.

Mario Cruz Martínez

PODER JUDICIAL

Ha sido un error muy extendido, y sólo abandonado en fechas recientes, el desdén hacia el Poder Judicial como objeto de atención por el derecho constitucional, que había llevado su curiosidad a los otros dos poderes clásicos: Ejecutivo y Legislativo. Las razones parecen ser históricas. El Montesquieu del *Espíritu de las Leyes* creía que el poder de juzgar era en cierto modo nulo y escasamente peligroso para los ciudadanos. También Hamilton en *El federalista* decía que el judicial era el más débil de los tres departamentos del poder, porque ni influye sobre las armas ni dirige la riqueza, ni puede tomar una resolución activa. En esta antigua línea de pensamiento se insertan los tratadistas que afirmaron que no es un verdadero “poder” sino una simple “función” consistente en la aplicación pura y simple de la ley. Nada de esto es cierto ni resulta una comprensión adecuada, por ejemplo, a las normas de la Constitución mexicana, las cuales consagran el moderno entendimiento de la justicia como un poder independiente, gobernado por un Consejo de la Judicatura, y que se mantiene unido a través de la jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lógica que debe entenderse igualmente predicable de los sistemas de justicia de los estados.

La expansión de la juridicidad inherente al Estado de derecho ha llevado a jueces y tribunales a ejercer nuevas y variadas funciones, de esencial importancia, que difícilmente pudieron imaginar los liberales que en el siglo XIX realizaron la codificación; tantas, que ese Poder Judicial de mínimos se ha transformado en su magnitud. Hoy casi no existen ámbitos exentos de jurisdicción y en muchos Estados constitucionales se avanza en el control de los elementos reglados de los actos políticos del gobierno (incluidos ámbitos que pueden ser secretos de Estado o nombramientos de altos cargos) y de la discrecionalidad administrativa, mediante diversas técnicas. Los tribunales controlan también los procedimientos electorales y el escrutinio, superando el viejo modelo de revisión parlamentaria de las actas. Han aparecido nuevos órdenes jurisdicciones distintos al civil y penal, y jueces especializados en materias como la mercantil o la contencioso-administrativa. La justicia constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, haciendo del Congreso, no un órgano soberano sino un poder constituido sometido a la Constitución. Y, día a día, los órganos judiciales revisan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de diversos gobiernos multiniveles (la Federación, los Estados,

y los municipios). El Consejo de la Judicatura ha asumido buena parte de las competencias sobre la administración de justicia con la finalidad de asegurar la independencia externa de la judicatura respecto de los otros poderes. En consecuencia, la organización del Poder Judicial y la determinación de los límites de sus funciones para impedir que invadan a otros poderes, incurriendo en una función de suplencia, han alcanzado una notable complejidad. Al tiempo, la independencia de los órganos judiciales es tan esencial para la propia supervivencia de la democracia constitucional que únicamente respecto de la justicia podemos realmente pensar en la necesidad de una verdadera “separación” de poderes, y no en un entendimiento más flexible de tal división como ocurre en la realidad con el juego de contrapesos entre el Legislativo y el Ejecutivo, incluso en los sistemas presidenciales.

En países como México, este poder debe adjetivarse con dos calificativos esenciales: “federal” y “difuso”. La Constitución reconoce una dualidad, el Poder Judicial de la Federación y aquellos establecidos en las Constituciones de los estados, siguiendo la influencia del constitucionalismo estadounidense, un modelo federal clásico que se superpuso a la organización procesal heredada de la colonia. Por otro lado, hoy tiende a comprenderse —siguiendo a la doctrina italiana— como un poder “difuso”, es decir, tan dilatado en su unidad como para que cada juez o tribunal sea independiente del resto en sus enjuiciamientos. Esta independencia interna es no menos relevante que la externa, y demanda una organización judicial desprovista de criterios de jerarquía y subordinación —a diferencia del Ejecutivo—, que alcanza su unidad mediante un sistema de recursos judiciales que vertebran la jurisprudencia, en particular, las sentencias constitucionales, la casación de la ley y la unificación de doctrina de los tribunales.

La función jurisdiccional ya no puede caracterizarse como la aplicación de la ley al caso, recurriendo a la teoría de la subsunción de los supuestos de hecho en normas abstractas y generales: una premisa mayor y otra menor. El juez no es la boca que expresa las palabras de la ley. Nada es tan mecánico ni automático. La realidad es harto más compleja y exige del juez un esfuerzo interpretativo. Los jueces construyen las normas a partir de diversas fuentes del derecho y mediante disposiciones de muy diversos rangos: constitucionales, internacionales, legales, reglamentarias; con las que a menudo no es sencillo alcanzar una interpretación sistemática y desprovista de contradicciones. La distinción entre creación y aplicación de la ley no puede comprenderse más que como ingredientes de un mismo fenómeno en diferentes dosis. Asistimos a un derecho cada vez más dúctil construido a través de principios generales, que dan una mayor imprecisión al canon o parámetro de enjuiciamiento. Las leyes actuales están repletas de remisiones, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados de no siempre unívoca inteligencia. La antigua unidad de la ley se ha descompuesto en una pluralidad de tipos de leyes con diversas funciones y objetos. Y la descentralización federal en diversos ordenamientos internos o la protección internacional subsidiaria de los derechos contribuyen a enriquecer, y a complicar, la selección de las fuentes. El juez moderno ejerce una cierta discreción —o discrecionalidad— judicial: dicta una verdadera

decisión judicial responsable, limitada por la predeterminación normativa de las fuentes y su sujeción a la Constitución y a la ley.

En este escenario moderno, los derechos fundamentales de los justiciables que integran el derecho al proceso debido (la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales en los juicios) han contribuido a transformar la regulación de los procesos y la forma de ejercer la función jurisdiccional al hacer del justiciable —y no el juez— el centro de este servicio público en cuanto titular de unos derechos de prestación. La necesidad de interpretar de manera finalista y antiformalista los requisitos procesales, y no como obstáculos insalvables, de favorecer la subsanación de los defectos, de impedir situaciones de indefensión, de permitir la prueba, de garantizar los derechos al juez ordinario e imparcial y la igualdad de armas de las partes, son entre otros muchos, ingredientes esenciales de esta nueva organización. El juez moderno está comprometido por mandato constitucional con el Estado de derecho y los derechos fundamentales.

Una independencia judicial tan amplia y constitucionalmente garantizada, un poder tan difuso y dotado de funciones importantes deben tener como contrapesos la responsabilidad del juez por distintas vías (entre otras la disciplinaria ante el Consejo de la Judicatura), un serio sistema de reclutamiento objetivo y un régimen estricto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades que aseguren que ejerce la potestad jurisdiccional con eficacia, exclusividad, independencia e imparcialidad.

Javier García Roca
Alfonso Herrera García

POLITICAL QUESTIONS

La doctrina de las *political questions* se originó en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva —*self restraint*— o prudente impuso en las resoluciones de casos difíciles, al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, o dicho en otros términos, materias que —en principio— no eran solucionables a través del proceso judicial debido a la ausencia de una norma aplicable. Sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial clásico —*judicial activism*—, según el cual (en virtud del caso *Marbury vs Madison*) no había disposiciones legales que pudieran exceptuarse del control constitucional. Asimismo, se observa una tercera corriente judicial, la denominada corriente funcional, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones prácticas para su intervención. En todo caso, esta doctrina en sus diferentes modalidades ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional.

A partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles es que se puede perfilar la posición del tribunal constitucional con relación al Congreso y al gobierno, para lo cual cabe plantear —en vez de preguntar qué es una *political question*— cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*. Y es que, como sostiene Philippa Strum,

resulta imposible una definición jurídica del término en la medida que en el proceso judicial las cuestiones políticas son los asuntos sin solución, pero a la vez, los asuntos sin solución en el proceso judicial son las cuestiones políticas.

Por ello, es en el marco del derecho comparado donde se puede plantear con claridad la problemática de las *political questions*. En ese sentido, es importante destacar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, de establecer criterios que las identificasen. Así, en el caso *Baker vs. Carr*, dicho Tribunal Supremo sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions*, se trataba: (i) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional, (ii) de una carencia de estándares judiciales apropiados para su enjuiciamiento, (iii) de una imposibilidad respecto a que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político idóneos para un tipo de discreción claramente no judicial, (iv) de una imposibilidad respecto a que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales, (v) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada, y finalmente (vi) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales. No obstante, en este punto la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren fue, más bien, una excepción. Tal como quedó establecido a partir del *Tribunal Burger*.

En todo caso, para perfilar el alcance de las *political questions*, se hace necesario apelar no sólo a la dogmática, sino también al quinto método de interpretación del derecho constitucional comparado en su forma jurisprudencial. En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

A diferencia de los Estados Unidos, donde la tradición judicial estableció que las *political questions* no eran cuestionables en principio, la doctrina constitucional europea asume una postura de control político o material de la Constitución, mediante determinadas técnicas interpretativas.

En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo un papel muy importante cuando se plantearon cuestiones políticas “*politischen Fragen*”, en relación con algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en Alemania la doctrina de las cuestiones políticas también ha ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*Politische Justiz*—, en la cual el TCF se ha visto compulsado a defender la democracia política, mediante la resolución de casos políticos durante la etapa de la posguerra, como la disolución del Partido

Socialista del Imperio (partido neonazi), la disolución del Partido Comunista Alemán o, más contemporáneamente, la condena a los actos terroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo.

En cuanto a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, ésta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social, como en la lucha del Estado contra el terrorismo. En estos casos se ha presentado el tema de las cuestiones políticas —si bien no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana— en clave de control material de la Constitución.

De otra parte, en América Latina se puede señalar que la justicia constitucional tiene un desarrollo embrionario en materia constitucional para hacer justificable las llamadas cuestiones políticas.

En Argentina, en la década de los ochenta, con el retorno a la democracia la jurisprudencia fue consolidando progresivamente una posición de control de la constitucionalidad de los actos políticos, no exenta de avalar ciertas decisiones políticas, como la convalidación de la llamada ley de la obediencia debida, alegando la gravedad de la crisis militar, bajo la doctrina de la emergencia, para evadir el juzgamiento del militar Camps, acusado de violar los derechos humanos, lo que ha sido corregido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre el caso Simón, que declara inválida dicha legislación.

En el Perú, se puede señalar que el tribunal constitucional ha establecido una jurisprudencia sobre las *political questions*, en la sentencia que plantea cuestionar la decisión del congreso relativa a la expulsión de tres magistrados constitucionales, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos.

En suma, la judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso —en cuanto a su alcance o la densidad de control judicial— a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional. Con ello se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno se instale el abuso judicial, lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces* sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos. No hay una única solución a ese real peligro, pero una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

César Landa Arroyo

POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIALES CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Políticas públicas es la acción u omisión del gobierno para enfrentar un problema o hecho social. A lo largo de la historia y de la propia construcción del Estado, los grandes estadistas se han esforzado por estudiar y analizar el

funcionamiento del mismo, proponiendo métodos de estudio, disciplinas y herramientas que permitan el buen ejercicio de gobierno.

A esta necesidad, surge el estudio de la política pública, la cual obedece a una necesidad por encontrar soluciones a problemas, hechos, circunstancias o actos sociales que debe resolver la autoridad, por lo tanto, la política pública es la acción u omisión del gobierno en respuesta a un problemática, a través de acciones de gobierno, instituciones, programas, leyes, reformas y demás instrumentos públicos.

Su aplicación se establece en distintas etapas, a saber: 1. Identificar el problema, 2. Buscar y evaluar las posibles soluciones, 3. Seleccionar la política pública, 4. Implementar la política pública y evaluar la misma.

Ahora bien, la política pública judicial es un concepto relativamente nuevo de aplicación en los gobiernos judiciales, pues, la política pública como tal se aplicaba solo desde la perspectiva del Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, en la propia evolución de las judicaturas se ha advertido la necesidad de buscar nuevas herramientas o metodologías para el buen ejercicio del gobierno judicial, sobre todo armonizar los esfuerzos del Estado mexicano a través de sus instituciones, no puede el Poder Judicial ser ajeno al fortalecimiento del Estado.

En ese contexto, las reformas que ha sufrido el sistema jurídico mexicano han sido de tal envergadura que merecen y exigen implementaciones integrales, interdisciplinarias, transversales, responsables y estadistas que no desvirtúen el origen de la misma y el espíritu de la ley; ejemplo de ello es la reforma del 10 de junio de 2011 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de derechos humanos, que reformó el artículo 1o. de la Constitución general de la República, donde obliga a las autoridades el respeto irrestricto de los derechos humanos, exigiéndoles que observen los tratados internacionales para su ejercicio, además de buscar la norma que más le favorezca al individuo.

Bajo estas aristas, el Poder Judicial de la Federación tiene un peso muy relevante en la reforma y, depende de éste que pueda respetarse y aplicarse la misma, pues, los jueces y magistrados federales serán el último peldaño de la defensa de los derechos humanos, a través de sus resoluciones.

Esto es, los ciudadanos y los juzgadores, tienen el derecho de que la autoridad judicial como gobierno, actúe con pleno respeto a los derechos humanos, luego entonces, las políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos, es la obligación que tienen los integrantes del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de tomar decisiones valoradas, diseñadas, analizadas e implementadas bajo la protección de los derechos humanos, por tal motivo, se debe exigir este respeto en todas y cada una de sus determinaciones, y revisar aquellos criterios y acuerdos generales que vulneren estos principios obligatorios plasmados en el artículo 1o. Constitucional. Una judicatura federal será cada día más fuerte, en tanto sea respetuosa de los derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior, es que en materia disciplinaria deben determinarse las medidas respetando los derechos humanos, revisando la convencionalidad y la norma que más le favorezca al servidor público; así pues, debe

velarse que las medidas no afecten el buen funcionamiento de la impartición de justicia, protegiendo el derecho que tiene todo ciudadano al acceso a la justicia.

Otro ejemplo, son las adscripciones o readscripciones de los depositarios del Poder Judicial de la Federación, pues, las reglas deben estar determinadas bajo un estudio serio de cada caso en particular, respetando los derechos humanos de ese juzgador, cuidando que no altere el sistema y no distraiga la determinación a ese juez o magistrado, vulnerado con ello la autonomía e independencia judicial, ya que la tranquilidad es parte de la esfera protectora de esos principios, no basta, el justificar medidas por necesidades del servicio, es obligación del órgano de gobierno justificar la medida atendiendo el derecho humano.

Ahora bien, como se ha mencionado las políticas públicas judiciales se aplican por acción o por omisión a través de los acuerdos generales de la judicatura, ya sea creando, reformando o derogando, políticas que atiendan la problemática existente.

En conclusión, el diseño e implementación de las políticas públicas judicial con perspectiva de derechos humanos, son las acciones y, en algunos casos, omisiones que determine la judicatura en razón de un hecho o problema detectado que vulnera los derechos humanos de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral, así como el buen servicio público de impartición de justicia y en consecuencia a los justiciables.

Gerardo Enrique Hernández Aguirre

POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

En la actualidad y de acuerdo a Lahera Parada, podemos identificar dos conceptos de políticas públicas, el tradicional y aquel otro que podríamos denominar actual. De acuerdo a la posición tradicional, las políticas públicas podrían ser definidas como “aquellas que se corresponden al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”. A la luz de este concepto se le asigna un papel central al Estado como si las políticas públicas fueran materia exclusiva de las autoridades públicas. Desde una posición actual e integral, Las políticas públicas: “son cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información con relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones”. Las políticas públicas así concebidas, son soluciones específicas acerca de la forma en que deben ser abordados los asuntos públicos determinados en la agenda pública. De esta forma, la determinación de los temas que conformarán la agenda pública, determina a su vez las políticas

públicas que el Estado gestionará. En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el diálogo y la discusión. En el marco de un sistema democrático, la determinación de la agenda pública es una labor compleja. Esta complejidad se encuentra determinada por la diversidad de preferencias que se deben contemplar para establecer qué temas deben integrar la agenda pública y en consecuencia, qué políticas públicas deben ser abordadas y entre ellas, cuáles deben ser de atención preferente. En un esquema democrático o mayoritario, la determinación de esta agenda entonces dependerá de un sinnúmero de factores entre los que cabría mencionar: la habilidad de los grupos para manipular las elecciones sobre la agenda a su favor, o la prevalencia que el partido político triunfador en un proceso electoral otorgue a ciertos temas de interés público. Sin embargo, esta reseñada flexibilidad en la conformación de la agenda pública no es tal. En el marco del constitucionalismo actual, la Constitución no solo establece como se organizará el poder y la manera en que los órganos del Estado deben tomar sus decisiones; ella establece además aquello que estos pueden y en ocasiones lo que no pueden decidir. Pero además, establece de un modo más o menos fuerte, vías para la acción, fines cuya consecución se debe procurar o, fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir. Esta determinación es brindada constitucionalmente, aunque no de modo exclusivo, mediante los derechos. Tal como ha señalado Abramovich (2009), existe una muy estrecha relación entre derechos constitucionales y políticas públicas y más específicamente, entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas sociales. En el marco de la democracia constitucional, entonces, las decisiones o las determinaciones de la agenda pública no está entregada por completo al juego democrático. Cuando la Constitución, impone a las autoridades la consecución de ciertos bienes como salud, educación, vivienda digna etcétera, está imponiendo temas de la agenda pública que debería determinar el diseño de políticas públicas sociales, más allá de las políticas públicas de un gobierno específico y más allá también de los postulados del partido político que se encuentre al frente del gobierno. En realidad, lo que hace es establecer aquello que en términos de políticas públicas podríamos denominar *políticas de Estado* por cuanto trascienden a los gobiernos de turno. Esta idea intenta resumir los postulados básicos de la democracia constitucional o del constitucionalismo actual y entronca perfectamente en los postulados típicamente constitucionales, por cuanto la pretensión de toda Constitución es la estabilidad o perdurabilidad, por ello, la incorporación de medios dificultados de reforma o la existencia del control judicial de la constitución que tienen como finalidad, dotar a la Constitución de esas cualidades. Lo dicho en el párrafo anterior, de ninguna manera pretende sugerir que la agenda sobre políticas públicas sociales no pueda ser discutida por las instancias democráticas, ni siquiera que los cuerpos políticos y de la administración pública no deban aceptar las preferencias que pudieran determinarse por la vía democrática, ni que éstos no gocen de cierto grado de discrecionalidad para el establecimiento de las políticas públicas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, no pueden prescindir de los bienes predeterminados

constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar. Por otro lado, el concepto actual de políticas públicas proporcionado por Lahera, es más incluyente que el concepto tradicional, pues permite incluir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas a una serie de actores como la ciudadanía, los grupos sociales y el sector privado entre otros. El abandono del concepto tradicional y restrictivo de políticas públicas, nos brinda cierta claridad para proponer ya no un criterio vertical de expansión del concepto en cuanto a la determinación y diseño de las políticas públicas, sino y de manera complementaria, un criterio expansivo horizontal en cuanto a la fiscalización de las políticas públicas. Tradicionalmente los expertos tienden a considerar que dicho ámbito no tiene ninguna relación o vinculación con el derecho constitucional y mucho menos con los derechos sociales fundamentales. Si aceptamos la ecuación propuesta de acuerdo a la cual, la Constitución establece bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no resultan prescindibles al momento de diseñar una agenda pública que a su vez determinará las políticas públicas a confeccionar e implementar, resulta lógico sostener que las políticas públicas tienen mucho que ver con el derecho constitucional y los postulados constitucionales en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben tender a realizar los bienes objeto de los derechos. Ahora bien, una derivación del juicio tradicional de acuerdo al cual las políticas públicas se encuentran desconectadas del derecho constitucional y de los contenidos constitucionales, ha sido el considerar que la justicia constitucional no tiene nada que decir acerca de las políticas públicas. En materia de políticas sociales que implementen derechos sociales y su fiscalización por parte de la jurisdicción constitucional, el juicio ha sido aun más categórico. Lo dicho hasta aquí es avalado por ciertos sectores de expertos en materia de políticas públicas que al analizar los aspectos de su fiscalización, ya no solo contemplan la fiscalización interna ejercida por diversos comités, o la fiscalización política que pueden desempeñar los parlamentos, sino que incorporan al Poder Judicial como agente fiscalizador. El rol del Poder Judicial en este ámbito, puede abarcar diversos aspectos tales como el control de políticas públicas sociales excluyentes, la implementación de políticas públicas sociales diseñadas pero no ejecutadas, la corrección de procedimientos que implementan políticas públicas y en los casos más graves, llegar incluso a la invalidación de políticas públicas sociales.

Juan Manuel Acuña

POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

La potestad tributaria puede entenderse, en una noción general, como la manifestación de poder del Estado para la creación y el cobro de tributos. En sede académica, este concepto ha tenido un profuso tratamiento por la escuela italiana y española del derecho tributario, cuya recepción ha tenido un impacto notable en la mayoría de los países de Iberoamérica.

A mayor abundamiento, algunos autores definen a la potestad tributaria como la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción

(Giuliani Fonrouge: 2003); la facultad propia del Estado para crear tributos (Sáinz De Bujanda: 1979); la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas (De la Garza: 1993); el poder jurídico del Estado para establecer las contribuciones forzadas, recaudarlas y destinarlas a expensar los gastos públicos (Rodríguez Lobato: 2002); la posibilidad jurídica del Estado de establecer y exigir contribuciones (Venegas Álvarez: 2011); la posibilidad de imponer mandatos que resulten en la obligación de pagar contribuciones al Estado (Álvarez Alcalá: 2010); y la capacidad del Poder Legislativo para establecer tributos (Ríos Granados: 2007).

En una primera aproximación, la potestad tributaria encuentra su fundamento teórico y político en el concepto de soberanía, en el entendido de que la imposición de contribuciones deriva del poder del Estado para ejercer derechos de dominio sobre las cosas y personas que en él se encuentran, mediante el establecimiento de preceptos coactivos y actos de administración. Bajo esta tónica, la potestad tributaria —o poder de imperio— es un ejercicio directo de soberanía.

Esta concepción de potestad tributaria vinculada a la idea de soberanía fiscal se modifica a la par del constitucionalismo y la consolidación de la idea de Estado democrático de derecho, que pone en crisis el concepto mismo de soberanía y hace replantear el fundamento del poder de imperio del Estado para la imposición de tributos.

En el Estado moderno de derecho el fundamento jurídico de la potestad tributaria deriva directamente de la Constitución, la cual dispone, a la sazón de diversos principios materiales de justicia tributaria (reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad tributaria, destino al gasto público, generalidad, no confiscatoriedad, etcétera), la forma en que los órganos del poder público detentan y ejercen la función de crear y cobrar contribuciones. Así, la noción de potestad tributaria deja de ser un ejercicio de la supramacía del Estado para convertirse en una facultad constitucional de corte democrático. Tan es así que actualmente la mayoría de los textos constitucionales (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela, por mencionar algunos) disponen de forma expresa que no puede haber tributo que no esté contenido en ley.

Por lo anterior conviene distinguir entre la potestad normativa tributaria y la potestad tributaria. En el primer caso, se hace referencia a la facultad que tiene la función legislativa de establecer contribuciones a través de un proceso de creación de leyes formal y materialmente hablando; mientras que en el segundo se hace alusión a las facultades del Poder Ejecutivo, en especial de la administración tributaria, para la gestión y el cobro de tributos.

En este sentido, la *potestad normativa tributaria* es el acto concreto de confección del tributo a cargo del legislador, que se expresa con el aforismo *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley). Además, un aspecto de vital trascendencia es que el proceso legislativo para la imposición de tributos inicia en la cámara baja o cámara de diputados, derivado del principio básico habitualmente conocido con el aforismo anglosajón *no taxation without representation* (no

hay tributo sin representación), inspirado en la representación del pueblo en el quehacer legislativo, el cual reafirma la razón política de la ley tributaria como expresión de la voluntad general.

Por su parte, la *postestad tributaria* se puede entender como el conjunto de facultades que por ministerio de ley detentan determinados órganos de la administración para determinar, liquidar, recaudar y gestionar los tributos, así como para comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente.

En otras palabras este tipo de potestad tributaria implica que los autoridades de la Administración Tributaria, con ayuda de la ley, pueden exigir a los sujetos que se encuentren dentro de los supuestos de hecho establecidos en ésta, el cobro de las contribuciones que le son debidas. Para ello, debe comprobar si en realidad se han producido los hechos que generan la obligación tributaria, señalar la cuantía del crédito fiscal y/o verificar si las prestaciones realizadas por el contribuyente se encuentran ajustadas a la ley.

Israel Santos Flores

PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Los preámbulos son los textos introductorios que preceden al articulado de un documento normativo y en ellos el autor de la norma expone las razones por las cuales esta ha sido aprobada así como su finalidad. En un Estado de derecho todos los poderes públicos han de motivar sus decisiones y el legislador ni puede ni debe ser una excepción. Esto es algo que ya fue advertido por Platón quién advirtió la necesidad de que las leyes fueran motivadas. Ni siquiera el Poder Constituyente escapa a esta exigencia de motivación. Desde esta óptica, los preámbulos constitucionales son los textos que preceden al articulado constitucional, y cumplen una triple función política: a) por un lado recogen y expresan la síntesis de la decisión política fundamental (C. Schmit) adoptada por el Poder Constituyente; b) por otro lado, recogen también el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución (P. Lucas Verdú, R. Canosa); c) finalmente, son un instrumento fundamental para la integración política R. Smend).

Desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, los preámbulos de las Constituciones revisten una importancia fundamental puesto que pueden y deber ser utilizados a la hora de interpretar cualquier disposición del articulado. En este sentido, precisamente porque recogen los fines u objetivos que la Constitución persigue, son un instrumento fundamental para la interpretación teleológica de un texto constitucional determinado. Esta función hermenéutica es la que permite resolver el interrogante acerca del valor normativo de los preámbulos constitucionales.

Ello nos exige partir de un determinado concepto de normatividad, y ver si este es predicable o no de los preámbulos. El concepto de normatividad nos exige, a su vez, distinguir entre disposición y norma (J. Wroblewski). Los actos normativos —entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con finalidad prescriptiva— dan lugar a documentos normativos- textos que contienen reglas jurídi-

camente obligatorias. Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar por medio de su interpretación, la norma. Disposición y norma son conceptos y realidades distintas. La primera es la formulación lingüística de la segunda. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones.

Los preámbulos constitucionales contienen disposiciones que forman parte de los textos constitucionales porque se encuentran ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más. Ahora bien, ¿es posible extraer normas jurídicas de las disposiciones de un preámbulo constitucional? Las disposiciones del preámbulo por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no se puede extraer normas sólo de ellas. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Ello quiere decir que los preámbulos constitucionales carecen de valor normativo directo. Con la única excepción del preámbulo de la Constitución francesa de 1958, ningún preámbulo constitucional tiene valor normativo directo. Sin embargo, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado. Los preámbulos tienen así, como dijimos, un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose —o combinando— tanto las disposiciones del articulado como las del preámbulo. La diferencia entre una disposición constitucional del articulado y otra contenida en el preámbulo reside en que de la primera cabe extraer una norma sólo de ella, mientras que la preambular necesita siempre ser combinada con una del articulado para permitir al intérprete extraer una norma.

Llegamos así a la función interpretativa de los preámbulos constitucionales. Dado que los preámbulos sintetizan la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto recogen los fines del Poder Constituyente, desempeñan un papel fundamental para la interpretación tanto sicológica como teleológica del texto constitucional. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que advertir que el intérprete no está vinculado por ningún canon concreto de interpretación.

Un examen del concreto contenido de los distintos preámbulos constitucionales a la luz del derecho constitucional comparado nos permite realizar las siguientes afirmaciones: a) Contienen fórmulas promulgatorias y suelen aludir a la titularidad del Poder Constituyente; b) Proclaman los principios y valores fundamentales del régimen; c) Contienen referencias a los precedentes que originaron la aprobación del texto constitucional, y a las circunstancias políticas e históricas en que se alumbró. Esas referencias revisten mayor importancia en los supuestos de ruptura violenta con el régimen precedente; d) Incluyen la expresión de promesas, auspicios, objetivos para el futuro. De todo ello se deduce que el pasado y el futuro se dan la mano en los preámbu-

los, y de esta forma ponen de manifiesto la continuidad de la unidad política estatal más allá de los cambios políticos que puedan producirse.

Finalmente, en la doctrina jurídica de habla hispana el maestro Nicolás Pérez Serrano (1932) fue quien mejor comprendió el significado y alcance de los preámbulos constitucionales: “En tesis general, y aun cuando alguien crea que el preámbulo constitucional se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a la que precede, y viene a ser algo así como el preludio donde se contienen los motivos capitales de la ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entraña el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste”.

Javier Tajadura Tejada

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de la “presunción de inocencia”, como derecho humano, es analizado a la luz de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio; donde toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a considerarse inocente, en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en ley, en el que se resuelva con base en pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene el principio fundamental, en el numeral 8.2, donde establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. El estudio, no se limita al precepto jurídico, sino que se dirige al contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, donde se realizaron pronunciamientos, sobre la “presunción de inocencia” como derecho humano de toda persona inculpada.

Como *garantía judicial*, en el caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador, la Corte Interamericana ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el mismo tenor, se afirmó en el caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, y señaló: que el *derecho a la presunción de inocencia* es un elemento esencial para la realización efectiva del *derecho a la defensa* y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad y quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

La *presunción de inocencia*, concebido como principio *in dubio pro reo*, y se desprende del caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, donde la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

La presunción de inocencia y la *medida cautelar de la prisión preventiva*, no debe exceder de la pena impuesta por el delito que se procesa. El dictamen de la Comisión del 1o. de marzo de 1996, de Jorge A. Jiménez *vs.* Argentina. La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del *principio de presunción de inocencia* reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. También obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad”. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Jiménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 8.2 de la Convención.

El caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, sobre el plazo razonable de la prisión preventiva (artículo. 7.5) y presunción de inocencia (artículo 8.2), la Corte señaló que el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

La vinculación del principio del *debido proceso* y la presunción de inocencia; en la pronunciación de la Corte Interamericana, en el Caso Riebe Star, que implicaba la expulsión sumaria de México de religiosos extranjeros, la Comisión Interamericana mantuvo que las protecciones estipuladas en el artículo 8.1 son de aplicación en los procesos de deportación. Sopesando la gravedad de la privación en cuestión, la Comisión concluyó también que no todas pero sí algunas de las salvaguardas relativas al debido proceso en causas penales establecidas en el artículo 8.2 de la Convención deberían garantizarse en los procesos de deportación. Del abanico de garantías del artículo 8.2, la Comisión escogió el derecho de ser asistidos a ejercer su derecho la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un

plazo para preparar sus alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

El Comité de Derechos Humanos, en la observación general, se señaló que el derecho a la presunción de inocencia, exige que los jueces y jurados se abstengan de prejuzgar el asunto, y se aplica igualmente a todos los demás funcionarios públicos. En consecuencia, las autoridades públicas, especialmente los fiscales y la policía, no deben hacer declaraciones sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado antes de que concluya el juicio.

Los diferentes constructos, que ha elaborado la Corte Interamericana y la Comisión, por medio de jurisprudencia, consultas o recomendaciones del principio fundamental de la presunción de inocencia, permitió ampliar el espectro de protección del individuo; como garantía judicial, como derecho a la defensa, como regla de tratamiento durante todo el proceso, como principio *in dubio pro reo*, como violación del principio de presunción de inocencia en la medida cautelar de prisión preventiva, como principio del debido proceso, y al trato de inocente y no hacer juicios apriorísticos, lo que nos lleva a tener una visión más amplia de la presunción de inocencia.

Isidro Mendoza García

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (GENERAL)

La presunción, proviene del latín *praesumptio*, que a su vez es derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

El término “presunción de inocencia”, concebido como derecho y principio fundamental, tiene su origen remoto en el Digesto, donde se estableció: *Noctem absolvere satius est quam innocentem damnari*, es decir, es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. La evolución del principio, permitió adoptarlo en la Revolución Francesa, con el pensamiento penal ilustrado contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 13, textualmente señala: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que es declarado culpable”. Se infiere que la presunción de inocencia, tiene por objeto, proteger y preservar la libertad de las personas, para hacer frente a un sistema penal inquisitivo.

El principio de presunción de inocencia, fue adoptado en varios ordenamientos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo. 8.2; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 26.1; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 23 de noviembre de 1950. Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP) celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal. Además la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1 de 10 de diciembre de 1984, que *ad li-*

teram señala: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad”.

La presunción de inocencia, se ha instaurado como un principio fundamental en los Estados democráticos de derecho; en su conceptualización ha ganado terreno en su protección y ha adoptado varios significados: como regla probatoria; como medio de prueba; como principio informador de todo el proceso; como regla de tratamiento del imputado; como presunción *iuris tantum*; y, como principio *in dubio pro reo*.

Como regla probatoria: impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculpaado en un proceso penal ha quedado incólume. El principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de “probar su inocencia”, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

La presunción como medio de prueba: contemplada como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal), a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquél a quien perjudique que el juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido).

Como principio informador de todo el proceso: la presunción como exigencia, es contemplada como un juicio previo a toda privación de derechos, relacionada con la garantía del *debido proceso legal*. La presunción de inocencia y debido proceso legal, son conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no sólo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso “justo”, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea en términos de equilibrio.

Como regla de tratamiento del imputado: todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándose su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de “presunción de inocencia”, mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la relación judicial que emite un juez.

Como presunción *iuris tantum*: en cuanto tal, la presunción de inocencia; determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación

por el juez o tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso. La presunción de inocencia, versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de carga producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

La presunción de inocencia, como principio *in dubio pro reo*; el cual interviene en el ámbito probatorio, en el momento final de la valoración de la prueba involucrada un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculcado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculcado ante la duda razonable, haciendo valer en el momento procesal, el principio de la presunción de inocencia.

Derivado de las acepciones; tanto políticas como jurídicas de la presunción de inocencia, como derecho fundamental, desde su origen y hasta que es adoptado en los ordenamientos de los Estados democráticos de derecho, se ha ampliado el espectro de protección de los individuos, para tratarlo y considerarlo como inocente en todos los actos de la intervención del Estado; bajo el *ius puniendi*, principio que permite contrarrestar la limitación del derecho humano de la libertad.

Isidro Mendoza García

PRESUPUESTOS PROCESALES DE FONDO

Para efecto de fijar los antecedentes de los que derivan los presupuestos procesales de fondo, se hace remisión a la definición de presupuestos procesales de forma.

Los presupuestos procesales de fondo, a los que también se les conoce como condiciones de la acción o como presupuestos procesales materiales, son aquellas condiciones necesarias que propician la emisión de una sentencia, es decir, para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda, sea objeto de pronunciamiento por el juez; se refieren a la cuestión sustancial debatida y a las excepciones propiamente dichas. Su falta impedirá al juez pronunciarse sobre el fondo de litigio, generándose de esta forma lo que en la doctrina se conoce como sentencia inhibitoria.

Existen dos teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales de fondo, la primera es sostenida por los tratadistas Chiovenda, Alsina, Devis Echandía y Vescovi, quienes señalan que están conformados por los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y además son los requisitos que el juez debe examinar y establecer en su decisión final para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable y deben emitirse por el juez al momento de pronunciar la sentencia. Esta teoría acepta tres presupuestos: a) el derecho; b) legítimidad para obrar; y, c) interés para obrar. Sostiene que éstos deben ser verificados por el juez al momento de emitir sentencia.

La segunda teoría contempla dos categorías: a) la legitimidad para obrar y, b) el interés para obrar. Sostiene que éstas pueden ser objeto de revisión en varios y determinados estadios del proceso, ya sea al calificar la demanda, al resolver las excepciones y excepcionalmente al emitir sentencia.

Entre este tipo de presupuestos conviene destacar, el interés para accionar y la legitimación *ad causam*, que constituyen los requisitos de existencia de la acción y deben ser establecidos en juicio preliminarmente al examen del fondo al ser las condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de la litis del juicio, pues puede suceder en que las mismas, son la solución del juicio sobre el fondo.

En esta clasificación igualmente se puede ubicar a la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, es decir, la voluntad de la ley; la legitimidad para obrar; el interés para obrar; y algunos autores incluyen, que la pretensión procesal no haya caducado, así como la ausencia de cosa juzgada, la litispendencia, transacción, desistimiento y la correcta acumulación de pretensiones.

No debe confundirse el interés para la acción, con el interés sustancial, pues mientras que el primero es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la pretensión solicitada, el segundo, es el que corresponde a un interés primario que tiende a la protección para la cual se ejercitó el derecho.

Sin el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el tribunal no podrá emitir sentencia a su favor, aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento.

También se encuentra considerada en dicha clasificación, la invocación del derecho, cuando ella es indispensable y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable.

No obstante lo anterior, dado el carácter formal de los presupuestos procesales debe advertirse que puede entrar en contradicción con el derecho fundamental de tutela efectiva. Dentro de esta perspectiva la problemática de los presupuestos procesales debe manejarse con un criterio de sustancialidad, es decir, que como toda ley procesal moderna que se aprecie de serlo, uno de los aspectos en donde la regulación más debe cambiar es en cuanto a los presupuestos procesales, tanto en los que afecten al órgano jurisdiccional como en los relativos a las partes, no tanto porque los conceptos hayan variado, sino en cuanto a dotar de regulación en donde no lo hay, casos muy específicos, y por adaptar la existente a las nuevas concepciones e ideas del procesalismo constitucional contemporáneo.

La ausencia de los presupuestos procesales formales, tiene como consecuencia que el juicio esté viciado; lo cual en la mayoría de los casos, puede ser subsanable; pero no sucede lo mismo, respecto de los presupuestos procesales de fondo.

Finalmente, atendiendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cabría la posibilidad de flexibilizar la rigidez que hasta ahora

ha permeado en torno a los presupuestos procesales en aras de una pronta y completa impartición de la justicia con respeto de los derechos humanos que puedan verse involucrados.

José Armando Martínez Vázquez

PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA

Los presupuestos procesales son aquellos requisitos previos e imprescindibles para la existencia del proceso, sin los cuales no puede iniciarse válidamente un juicio. En términos generales son las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito; cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva y el debido proceso.

Se trata de los conceptos más complejos dentro del ámbito procesal, puesto que han sido analizados y definidos desde distintos puntos de vista, con lo que se han generado sendas apreciaciones.

La doctrina ha señalado predominantemente que los presupuestos procesales son la presentación de la demanda en forma, la competencia del juez y la capacidad procesal de las partes.

La teoría de los presupuestos procesales fue propuesta por Von Bülow en el año de 1868, quien hizo una distinción entre excepción y presupuestos procesales, entendiéndose como supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. También señala que no puede dejarse su control exclusivamente a las partes, sino que debe involucrarse al juez, extendiendo tal prioridad a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo, sin disminuir el derecho de las partes para denunciar los defectos que observen. A pesar de la lejanía temporal, tanto la construcción como la expresión señaladas por dicho autor siguen teniendo, en lo sustancial, plena vigencia en la doctrina moderna.

Al respecto, Giuseppe Chiovenda los define como las condiciones para que se consiga un pronunciamiento favorable o desfavorable, sobre la demanda; y afirma que para ello, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción que sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla.

Piero Calamandrei, por su parte los explica como los requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda, esto es, las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión; señalaba que se debía eliminar la categoría conceptual de inexistencia en el campo de los presupuestos procesales, ya que su efecto en caso de ausencia no es la inexistencia sino la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras se mantenga el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Sólo dentro del proceso el juez puede pronunciarse sobre la ausencia de un presupuesto como la capacidad para ser parte, lo que supone su existencia.

Couture estima que los presupuestos procesales son: la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y las partes que se

presenten como sujetos de derecho. Por su parte Becerra Bautista considera la presentación de una demanda formal y substancialmente válida, por un sujeto de derecho, ante un órgano jurisdiccional y frente a otro sujeto de derecho, teniendo los tres capacidad procesal y el juzgador además jurisdicción.

Rosenberg anotaba que los presupuestos atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso, pero no debe concluirse que sin estos no puede existir proceso.

Para Garrone, los presupuesto procesales deben ser entendidos como principios rectores del proceso, como las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.

Por su parte, James Goldschmidt, sostiene que la ausencia de los presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, ya que el pronunciamiento acerca de su omisión se hace dentro del instrumento proceso.

En materia procesal constitucional, se entiende por presupuestos procesales, aquellas condiciones necesarias para que tenga validez y existencia jurídica el juicio constitucional que se instaure.

Doctrinalmente se ha destacado que algunos países han implementado en sus legislaciones, mecanismos para subsanar la falta o deficiencia de los presupuestos procesales, tales como el despacho saneador en el derecho brasileño o la audiencia preliminar establecida en los ordenamientos angloamericanos, que tienen como finalidad subsanar las irregularidades destacadas ya sea por las partes o bien advertidas por el propio juzgador, con el objeto de que una vez que el asunto se encuentre en estado para resolver, pueda decidirse el fondo de la controversia.

El proceso tiene como finalidad dar la razón a quien la tiene, es por lo que debe garantizarse para las partes, la posibilidad de defender las propias razones en igualdad de circunstancias en un ámbito equitativo e imparcial, para conseguir la satisfacción de las pretensiones; y los presupuestos procesales, constituyen los requisitos de validez de la relación procesal, cuya ausencia ocasiona la invalidez del proceso y la imposibilidad para el juez de entrar al examen del fondo del asunto; por tanto, no solo pueden ser aducidos por las partes (como excepciones) sino también por el tribunal del conocimiento, *ex officio*.

En la doctrina encontramos una serie de clasificaciones en torno a los presupuestos procesales, pero para los fines del desarrollo del presente diccionario, se hará referencia sólo aquella que los clasifica en formales y de fondo.

Conviene distinguir entre los presupuestos procesales formales de los presupuestos procesales de fondo, siendo los primeros, aquellos que miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, a la iniciación del proceso y al procedimiento e impiden que haya sentencia; los últimos, contemplan cuestiones de fondo y fijan el alcance del sentido del fallo decisorio.

Dentro de los presupuestos procesales formales, para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida como el derecho subjetivo a la obtención de un proceso, encontramos: la competencia del juez para conocer del negocio; la capacidad jurídica y la capacidad procesal o legitimación *ad processum*

(al ser la aptitud para comparecer personalmente en el proceso, y que está vinculada con la capacidad de ejercicio y la capacidad de obligarse y que no se encuentren en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa.); los requisitos de forma de la demanda (al ser el medio procesal necesario para accionar y hacer valer las pretensiones procesales, misma que debe reunir los requisitos formales previstos por la legislación correspondiente); la ausencia de impedimentos que deriven de la litispendencia o de compromiso, las citaciones y emplazamiento, el cumplimiento de los trámites procesales, en el orden establecido por la ley para cada proceso, la vía; es así, pues constituyen un mínimo necesario para que el juicio exista y tenga validez formal; de ahí el nombre de su clasificación, por ser supuestos previos al juicio, sin los cuales no podría suponerse el mismo.

La falta de competencia, se denuncia mediante la excepción de incompetencia, la incapacidad de las partes o la defectuosa representación, mediante la de falta de personería; la ausencia de formas en la demanda, mediante la excepción de defecto formal en el modo de preparar la demanda, etcétera; sin embargo, los presupuestos procesales no necesitan forzosamente la oposición de la excepción al ser facultad y obligación del juez analizarlos oficiosamente, además, de que existen numerosas excepciones que no corresponden a la falta de presupuestos procesales.

José Armando Martínez Vázquez

PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA

El principio de armonización concreta, encuentra su raíz, entre otras, en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-425 de 1995), en la cual, el Alto Tribunal resolvió una colisión entre el derecho al trabajo de una expendedora de licor quien ejercía lícitamente el oficio amparada por una licencia de funcionamiento en su local, situado en inmediaciones de una estación de gasolina, y el derecho a la vida e integridad física del dueño y de los empleados de la gasolinera, amenazados por el peligro que representaba el consumo de cigarrillos al lado de los tanques de gasolina por parte de la clientela de facto que se formaba frente a la licorera. Analizadas las circunstancias concretas del caso, la Corte armonizó el ejercicio de los derechos al trabajo y a la vida en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor que fuera a ser consumido en la calle.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CELERIDAD

El principio de celeridad tiene especial importancia y está presente en todos los procesos civiles, penales, administrativos, mercantiles, laborales y constitucionales.

Cobra mayor importancia en los procesos constitucionales, pues tienen por objeto la defensa de la parte orgánica y de los derechos y libertades de la Constitución.

Las pretensiones constitucionales, por razón de la materia sobre que recaen, requieren de especial y rápida solución. Entran en juego la organización de los poderes y los derechos y libertades fundamentales.

Permea casi a todos los actos procesales del juicio para su acelerado y adecuado funcionamiento. Por ejemplo se establecen: plazos cortos y fatales que propician el avance del proceso; el impulso oficial del juez, que lo obliga a proveer de oficio sobre el trámite siguiente al evacuado; la oralidad como principal medio de comunicación con el juez constitucional; la concentración en las audiencias de los actos procesales, y la inmediación para una más rápida y mejor decisión del proceso; normas que eviten crisis procesales, tales como incidentes, traslados, suspensiones e interrupciones procesales.

Se complementa con el principio de economía procesal que requiere para el proceso constitucional ahorro de tiempo, energía y dinero.

La celeridad jamás puede funcionar en detrimento de la garantía constitucional de la seguridad. El proceso debe ser rápido porque justicia tardía no es justicia; pero ésta celeridad no puede impulsar al juez a una precipitada sentencia en la que se sacrifique la justicia. Por lo que es preciso un equilibrio adecuado entre celeridad y justicia.

Iván Escobar Fornos

PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

El principio de la concordancia práctica o de coherencia lógica del orden, se conoce también como principio de la “compensación menos gravosa”. Íntimamente ligado con el principio de unidad constitucional se encuentra este principio, según el cual, se postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

Como dice Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) “...con este principio se pretende “optimizar” la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de “ponderación” de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional”.

Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1992) dice que este principio “...exige del intérprete que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (...) realizar el uno a costa del otro. En otros casos, se hace preciso

establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima”.

El doctrinante panameño Arturo Hoyos (*La interpretación constitucional*, 1993), afirma que según este principio “...los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución... y frente a un caso concreto en que se presente un conflicto el juez debe hacer una ponderación a fin de establecer prioridades”.

Mientras que el boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005) en su momento, como magistrado del Tribunal Constitucional de su país, explica que “este principio se aplica para resolver aquellos casos en los que se presenta un conflicto de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales proclamados por la Constitución. Así por ejemplo, un conflicto entre el derecho a la intimidad o la privacidad frente al derecho de información o libertad de expresión; o el caso de la vida de un embrión o feto frente al derecho a la vida, la salud o la dignidad de la madre en los casos de embarazos emergentes de delitos sexuales”.

Por su parte, el peruano Edgar Carpio Marcos (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que “...este principio presupone que en caso de colisión de bienes constitucionales, esos “conflictos” ...no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados. El juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización”.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA NORMA

Toda Constitución tiene una vigencia indeterminada, pues se emite con el propósito de estar en vigor hacia futuro, considerándose que ninguna práctica o desuso la puede derogar, salvo la utilización de algún mecanismo de los previstos para su reforma, particularmente en el caso colombiano, de una nueva Asamblea Nacional Constituyente. En virtud de este principio, aunque ésta no sea acatada por quienes están obligados a obedecerla y se realicen actos que la contradigan, debe entenderse que sigue en vigor. No hay tiempo ni desuso que dispense su observancia.

El principio normativo conservacionista o de la conservación del derecho o de legalidad, otorga esta preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. También se le conoce como “principio hermenéutico de la interpretación del derecho” y consiste en que la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional.

De ser así, dice Edgar Solano González (*Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, 2000), ...el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular del siguiente modo: “El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución” (Sentencia C-100 de 1996).

A toda autoridad sólo le es permitido actuar en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; mientras que a los particulares se les permite actuar en todo lo que no tienen prohibido; tratándose de derechos humanos, sólo serán limitantes válidas las que dentro de los estados de excepción no los desconozcan y, tratándose de otro tipo de derechos, serán las que determinen las leyes.

Este principio ha sido reconocido en Colombia en numerosísimos fallos de la Corte Constitucional y, según este principio, el tribunal constitucional colombiano, para el caso, debe preservar al máximo la ley y sólo cuando la norma sea abiertamente contraria a la carta, se ha de declarar inexecutable. Si hay una lectura conforme y otra no de la ley frente a la carta, debe al máximo preservarse la ley.

La profesora Bernardita Pérez Restrepo (*Módulo sobre derecho constitucional*, 1994), sobre el particular ha dicho que “este principio cobra valor según que las decisiones de los jueces estén determinadas por conflictos normativos más o menos claros. Según que versen sobre asuntos procedimentales o sustantivos de la Constitución...”

La interpretación conforme a la Constitución asegura no sólo la libertad de decisión del Congreso, sino que evita vacíos normativos traumáticos en el principio de conservación de las normas.

Este principio se deduce de la presunción de constitucionalidad en la cual se amparan los actos de los órganos del poder público y de la función de estabilidad que cumple la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. La Constitución no quiere derogar en bloque las normas que le preceden y tampoco quiere que las normas infraconstitucionales posteriores a su expedición sean desechadas cuando sea posible interpretarlas de conformidad con sus directrices...”

En cuanto a la aplicación práctica de este principio de conservación normativa, quiero citar por ejemplo, la sentencia C-320 de 1997 (Sentencia C-320 de 1997), la cual, en el caso de la transferencia del contrato o “pase”

de los jugadores de fútbol, quiso conservar una norma en el ordenamiento y se explicó y exhortó al legislador que cuando se habla de venta y préstamo de jugadores, sólo se ha de hacer referencia al contenido económico del contrato y no a las personas.

“Así entendidos los derechos deportivos, esto es, como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista”.

Por su parte, debemos agregar, según Aragón Reyes (*Interpretación constitucional*, 2005), que la noción de control, utilizada para explicar este principio, es muy antigua, aunque la palabra es muy joven, pues data apenas de hace seis o siete siglos. La palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-rolé* (contróle), que significa, literalmente, “contra-libro” es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera.

Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (Kontrolle), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (controllo), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”. El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: “inspección”, “fiscalización”, “intervención”, “dominio”, “mando”, “preponderancia”.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CORRECCIÓN FUNCIONAL

El principio de corrección funcional, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de algunas de ellas. En consecuencia, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrados por la Constitución, como lo señala Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005). Dice César Landa (*Interpretación constitucional*, 1994) que “...así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial”. Por eso, más que un principio, es un criterio usado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), según el cual, “...si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes

de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al tribunal constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo”.

Sin embargo, Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que con este principio se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. *Tiene especial importancia en las relaciones entre el propio Tribunal Constitucional y el legislador.*

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD CONSTITUCIONAL

Esta regla es desarrollada, entre otros, por Marco Gerardo Monroy Cabra (*La interpretación constitucional*, 2002), para quien supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades (interpretación *pro libertate*), equivalente al *preferend freedoms* estadounidense.

De acuerdo con este principio propuesto, la interpretación de la carta siempre habrá de enfocarse a buscar la eficacia y/o la efectividad y prevalencia de la norma constitucional (*preferend freedoms*) y, en este caso, la interpretación ha de elegir la alternativa interpretativa en la cual la norma superior pueda producir efecto.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE EFICACIA INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN

Para el catedrático español Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005), “...la Constitución debe ser un instrumento de “agregación” y no de “desagregación” política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto. Y agrega: Este principio parte de que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Se emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático”.

En realidad este principio busca *orientar al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras*

socioeconómicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia, como agrega el jurista boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005).

Mientras que César Landa (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que este principio "...valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política".

En virtud de este principio de eficacia integradora de la Constitución, uno de los propósitos fundamentales de la Carta fundamental, es lograr la unidad política del Estado y de todos sus componentes, y hacia allá hay que dirigir todas sus decisiones. Este principio, muy conciso, también fue formulado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), para quien "...si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cumplido correctamente cuando sólo pueda ser alcanzado "a través de vías no estrictamente constitucionales", pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional".

Además, éste principio nos lleva a indicar que cuando estén por ser estudiados derechos individuales, éstos deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se hagan realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible, sean ampliados a favor de los habitantes del país (*favores convenit ampliari*).

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL)

El principio de interpretación conforme a la Constitución recibe un crédito casi unánime en la jurisprudencia, al ser considerado como una necesidad intrínseca de cualquier proceso de carácter hermenéutico.

Se suele señalar que este principio tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que exigía la interpretación de todas las leyes y actos de la administración *in harmony with the constitution*. Sin embargo, esta afirmación hay que matizarla, pues a pesar de que en varios estudios sobre el tema se hace el anterior reconocimiento, en realidad fue el sistema de control constitucional europeo el que ocasionó el cambio de paradigma en cuanto a la configuración de la interpretación conforme tal y como se concibe en la actualidad.

En Europa, fue el tribunal federal suizo quien el 8 de julio de 1908 por primera vez hizo uso de esta técnica al resolver un conflicto de inconstitucionalidad de leyes cantonales. Posteriormente, en reiteradas ocasiones ha enfa-

tizado que en el control abstracto de las normas el tribunal anula una disposición de derecho cantonal solamente si ésta no se presta a una interpretación conforme con la Constitución —en ese sentido puede verse la decisión BGE 109 Ia273, de 9 de noviembre de 1983, considerando 2o.—.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó muy pronto este principio. Ya en 1953, en la decisión Rec. 2, 266, 282 —asistencia a los alemanes sobre el territorio federal—, introdujo la formulación básica que establece que “una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución [...]”.

Obviamente el principio de la interpretación conforme no es nuevo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana —el presidente de la corte Gaetano Azzariti desde 1957 ya hablaba del mismo—, y ha sido también utilizado como criterio hermenéutico general por los demás tribunales italianos en el momento de individualizar la norma del juicio y, por tanto, a la hora de verificar si existen o no los presupuestos para elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte —sentencia 138/1983, del Tribunal Administrativo Regional de Basilicata, en *Trib. Amm. Reg.*, 1984, I y sentencia 60/1995, de la Corte di Conti, en *Consiglio di Stato*, 1995, II, entre muchas otras—.

Por su parte, el tribunal constitucional español declaró, desde sus primeras sentencias, que es “necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación” —STC 4/1981, de 2 de febrero, fundamento jurídico 1o.—; y es que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas” —STC 58/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 2o.—, pues, “si existen varios sentidos posibles de un norma (*léase disposición*), es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental —STC 122/1983, del 16 de diciembre, fundamento jurídico 6o.—.

En Latinoamérica existen también varios tribunales que están empleando esta técnica. Así, entre otros, la Corte Constitucional colombiana, en virtud del artículo 4 de la Constitución, ha entendido este principio “como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución” —sentencia C-100 del 7 de marzo de 1996, fundamento jurídico 10—. Y en otro momento ha sostenido que “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor coherencia guarden con lo dispuesto en la carta política” —Sentencia C-649 de 2001—.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, el marco concerniente a la interpretación conforme es el voto del Juez Moreira Alves

en la resolución 1417 de 1987, en donde se estableció que “[la] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución” —RTJ 126, 48 (53)—.

El Tribunal Constitucional chileno ha manifestado que “de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre los varios sentidos posibles de una regla de derecho, el intérprete ha de estar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales” —Sentencia Rol 309/2000—.

En relación con esta forma de interpretar y aplicar el derecho, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha expresado que “el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar [...] por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico” (Tesis aislada 2a.XCII/2007, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En otras palabras, cuando una disposición normativa “admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Constitución, siempre que sea posible, este órgano de control optará por adoptar o acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, pues de esta manera este Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete, admite o acepta el método de interpretar conforme a la Constitución que conduce a declarar la validez constitucional de la norma impugnada” (tesis jurisprudencial P./J. 45/95 y tesis jurisprudencial P./J. 38/2002, ambas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En los sistemas de justicia constitucional antes citados, sin que ello sea restrictivo, el principio de interpretación conforme se ha convertido en uno de los más relevantes de la jurisprudencia constitucional, ya que en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido la fuente de toda una tipología de sentencias interpretativas emanadas de los tribunales constitucionales, a través de las cuales se perfilan algunas de las características que el *corpus* jurisprudencial y la doctrina han ido asentando. En ellas se deja ver que las cortes o tribunales constitucionales están facultados no sólo para decidir si una ley vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar éstas con el fin de pronunciarse acerca de cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente admisibles y cuál o cuáles deben rechazarse.

Giovanni A. Figueroa Mejía

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONTENIDO DEL)

La interpretación conforme a la Constitución ha de ser diferenciada de la interpretación orientada en base a la Constitución. Esta última resulta de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y ha de

ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del derecho (Klaus Stern, 1987). Por el contrario, la interpretación conforme a la Constitución es un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declarada nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución.

El principio sometido a estudio comprende dos aspectos. En primer lugar, una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981), por lo que los actos normativos serán conformes con la Constitución cuando no violen el sistema formal constitucionalmente establecido y cuando no contraríen, positiva o negativamente, los parámetros materiales plasmados en las reglas o principios constitucionales (J. J. Gomes Canotilho, 2003). En segundo lugar, un interés de conservar la normativa jurídica como homenaje a la autoridad legisladora (Pablo Lucas Verdú, 1984). Esto es, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, el ministro, magistrado o juez que efectúa el examen tiene que acoger entre varios sentidos *a priori* configurables de la norma infraconstitucional, aquél que le sea conforme o más conforme con la Constitución. De ahí que sólo se puede declarar inconstitucional una norma cuando ningún modo posible de interpretarla se ajusta a la Constitución.

No puede pasar inadvertido que el principio de interpretación conforme, a pesar de ser primordialmente de formulación jurisprudencial, se encuentra también expresamente consagrado en algunos ordenamientos jurídicos. En el ámbito europeo es paradigmático el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Por su parte, en Latinoamérica la justicia constitucional boliviana también había consagrado este principio en el artículo 4o. de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley núm. 1836 del 1o. de abril de 1998). En dicho artículo se señalaba: (*sic*) “En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución [...]”.

Este principio ha adquirido una importancia creciente, adoptándose hidalgamente con ese nombre u otros equivalentes en prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos y más recientemente está siendo también utilizado en la formulación jurisprudencial de los tribunales constitucionales de América Latina.

En México, se está convirtiendo en un parámetro indispensable y necesario para determinar la validez, eficacia y funcionalidad de las diversas normas generales que integran el sistema normativo del país. Esto es, cuando en alguno de los procedimientos de control de constitucionalidad se valora la regularidad constitucional de una disposición normativa secundaria, lo que la

jurisdicción constitucional está prefiriendo —siempre que las circunstancias lo permitan y con el objeto de evitar las consecuencias que genera la declaración de inconstitucionalidad— es extraer de la disposición impugnada el contenido que más correspondencia tenga con la Constitución.

En suma, la interpretación de un ordenamiento jurídico de conformidad con su ley fundamental, es un principio jurídico básico que deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se fundamenta en la idea de que la carta magna, al ser la ley suprema, articula la unidad y coherencia de todo el ordenamiento jurídico. En función de éstas, las leyes emanadas bajo la vigencia de la ley fundamental deben ser interpretadas en consonancia con ella, así como el derecho aún vigente desde hace mucho tiempo, debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.

Giovanni A. Figueroa Mejía

PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Con el propósito de que el orden público de un Estado sea salvaguardado, es necesario que tanto la parte dogmática como la orgánica de una Constitución no sean desconocidas. Así, la parte de la Constitución que comprende los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*; mientras que el apartado que tiene por objeto organizar el poder público, es denominada la parte *orgánica*.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la “superestructura constitucional”, la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la federación y de los estados. Son dichos preceptos los que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su “inviolabilidad”.

Toda Constitución contiene principios protectores, entre los que se encuentra el de inviolabilidad de la Constitución en conjunción con el de supremacía y rigidez, consagrados en los artículos 136, 133 y 135 constitucional respectivamente, que en su conjunto forman el bloque de principios protectores del constitucionalismo mexicano.

El principio de “inviolabilidad” de la Constitución, no implica que ésta no pueda ser contravenida, ya que en múltiples ocasiones se infringe por actos de poder público y ocasionalmente por grupos violentos que intentan desconocer el orden constitucional. Por ello, la Constitución establece medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones al orden público y a las instituciones democráticas, proveyendo a su autodefensa mediante sistemas de control de constitucionalidad, que incluye instrumentos procesales de diferente carácter para que mediante su ejercicio, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea, generándose con ello la llamada “*jurisdicción constitucional*”.

La inviolabilidad es un principio vinculado inescindiblemente a la supremacía, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, reemplazada o quebrantada por fuerzas que no sean las del Poder Cons-

tuyente. Consiste en la unidad, seguridad y permanencia de su contenido normativo, el cual es indivisible en el tiempo, permitiendo únicamente su actualización por medio de adiciones y reformas cuyo procedimiento emane del propio documento constitucional. Esta posibilidad de adicionar y reformar la Constitución es, en efecto, el único medio para modificar su estructura normativa, lo cual confirma el criterio de mutabilidad del orden constitucional.

En ese tenor, el principio de inviolabilidad consiste en que la Constitución por ninguna razón perderá su vigencia, aun cuando cualquier movimiento rebelde o de grupos violentos dejen de observar el régimen político que constitucionalmente se encuentra establecido, así de darse un movimiento subversivo, una vez recuperado el Estado de derecho y mediante las circunstancias que la Constitución prevé, se sancionara a los rebeldes. De suerte que el principio de inviolabilidad salvaguarda cada una de las partes de la Constitución, tanto la dogmática como la orgánica y el propio Estado de derecho, por tanto, si el orden jurídico deja de observarse derivado de la provocación realizada por grupos rebeldes, ello no significa que se desvanezca la vigencia constitucional.

Atento a ello, la Constitución no puede ser desconocida por ningún órgano de poder o grupo social rebelde, en efecto, el tema de la rebelión se instituyó porque la historia ha señalado el triunfo de grupos minoritarios los cuales han establecido Constituciones contrarias a los intereses nacionales, esto en razón de la falta de conciencia de los derechos de soberanía correspondiente al pueblo.

Al respecto, el artículo 136 constitucional expresamente se refiere a la suspensión de su observancia mediante una rebelión o trastorno público, algo distinto del significado de revolución. Una rebelión implica una reacción violenta contra el sistema de gobierno y contra la Constitución vigente en el momento de ese movimiento, la rebelión, es alzarse en armas por solamente una fracción del pueblo, inconforme con su gobierno. De manera que, al ser “la rebelión”, sólo una fracción de todo el conglomerado humano, ello implica que esa lucha no es apoyada por la mayoría y por tanto, no representa intereses legítimos. En cambio, en un movimiento de revolución, la ideología es por supuesto, apoyada por la mayoría del pueblo inmiscuido, lo cual ha llegado a considerarse una lucha legítima. Sin embargo, en una Constitución, no es posible establecer de manera explícita, el derecho del pueblo a la revolución porque un documento constitucional no puede prever dentro de sí, su propia causa de aniquilamiento.

Ante ello, se ha evidenciado que una forma “doméstica” en que se puede ver reflejado el llamado “derecho a la revolución”, es por la voluntad del pueblo cuando decida, en ejercicio de su soberanía, cambiar o modificar la forma de su gobierno, ejerciendo su facultad de autodeterminación al margen de los poderes constituidos.

Así, la Constitución es “inviolable” frente a cualesquiera movimientos que, sin ser auténticamente revolucionarios, la desconozcan, suspendan o reemplacen por un “status” político diferente, es decir, sea desconocida o sustituida por fuerzas que no emanan del Poder Constituyente o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, en ese sentido, quienes se

vean favorecidos por un movimiento rebelde, adquieren un poder ilegítimo, sin apoyo real, se trata de una usurpación del poder; lo que pretende evitar el principio de inviolabilidad constitucional, al ordenar el castigo de tales actos; no así el movimiento de la revolución, el cual ha sido empleado como un derecho de los pueblos que va más allá de la Constitución.

En otras palabras, toda Constitución, ante las aspiraciones populares, frente a la vida social en constante evolución, es evidentemente susceptible de abolirse y de ser sustituida por otra. Y es que una Constitución, que hipotéticamente se supone como fruto de la voluntad popular expresada a través de sus representantes (Congreso o Asamblea Constituyente) no debe encadenar al pueblo hasta el extremo de que siempre se vea obligado a ceñir su vida a sus mandamientos, o sea, a someterse a los principios jurídicos, políticos, filosóficos, económicos o sociales que en un momento determinado puedan oponerse a la evolución nacional y a los sentimientos de justicia.

En esa virtud, empieza a cobrar auge el diseño de una teoría del derecho a la insurrección, según puede desprenderse de diversos ordenamientos, en donde ese “derecho” es permisible en las Constituciones de: Argentina (art. 36), Ecuador (arts. 98-99), El Salvador (art. 87), Honduras (art. 43), Guatemala (art. 45) y Perú (art. 46).

En México, el principio de inviolabilidad tiene un alcance propio del Estado federal, ya que tanto la ley fundamental como las Constituciones locales lo consagran como una decisión política que sostiene la validez y permanencia del sistema creado a su amparo. Y si bien, puede desprenderse el caso del derecho legítimo del pueblo para recobrar su libertad y restablecer la observancia de la carta magna desconocida, puede inferirse también, que esa restauración queda en manos de las instituciones, para posteriormente juzgar a los responsables de la rebelión y a quienes hubieren cooperado con ella. Aunque es importante diferenciar si el movimiento es generado por grupos rebeldes o si se trata de un auténtico movimiento revolucionario, pues del contenido del artículo 136 de la Constitución mexicana, es posible inferir aunque de manera implícita o a *contrario sensu*, el derecho moral a hacer la revolución.

José Ricardo Carrazco Mayorga

PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD

El principio de irreversibilidad tiene su aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de estos derechos sigue siendo una lucha constante contra el Estado y los grandes capitales, agravada actualmente por la crisis económica global y del Estado de bienestar. Todo lo cual ha vuelto muy dúctil este principio.

Este principio también se aplica a los derechos individuales. Por ejemplo no se puede retroceder a la esclavitud, a la tortura, a una religión obligatoria, etcétera.

La irreversibilidad obliga a no retroceder las conquistas logradas, pero la realidad nos ha demostrado que bajo ciertas circunstancias se presentan lamentables regresiones.

Este principio se desprende del art. 4o. de la Constitución nicaragüense que establece el deber del Estado de promover y garantizar los avances de carácter social y político, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano; y del art. 48.1 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Con relación a la naturaleza jurídica de este principio han surgido tres tesis.

La primera tesis estima que la prohibición del no retroceso es simplemente una expectativa, no una verdadera norma jurídica, lo que debilita considerablemente el principio, de tal manera que el legislador puede cambiar la norma relacionada con estos derechos, incluso reducirlos, disminuir el monto de las pensiones del seguro social, aumentar la edad de jubilación, disminuir el salario mínimo, disminuir o suprimir ciertas prestaciones sociales a la clase trabajadora, sin poder alegarse la existencia de derechos adquiridos, y sin que exista violación a la constitución. Esta tesis carece de aceptación general.

La segunda tesis sostiene en forma absoluta el principio de no regresividad, según el cual la reducción de estos derechos por el legislador, constituye una violación directa a la Constitución. Por ejemplo, no se pueden reducir los gastos de salud o de educación para racionalizar el gasto público o reducir las pensiones del seguro social, o las que ya están prácticamente por concederse. Esta tesis es la que goza de más simpatía, pero lamentablemente cede ante la realidad de fuerzas mezquinas.

La tercera tesis, la más aceptada y flexible para algunos autores, reconoce el principio de la no regresividad de dichos derechos, considerándolos *prima facie* derechos protegidos por la presunción de que todo retroceso debe estimarse inconstitucional, pero acepta que las autoridades puedan demostrar las imperiosas necesidades que impidan la progresividad prestacional, por las que el legislador puede tener amplitud para formular el alcance prestacional de acuerdo a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Iván Escobar Fornos

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es ubicuo en el derecho. Es un instrumento presente en el ámbito internacional, penal, civil y cualquier otro, lo que explica el hecho de que, como dice Luis Recaséns Siches, la propia “justicia” supone una “igualdad proporcional”. Sin perjuicio de esta omnipresencia, su aplicación más importante en la actualidad se produce al determinar la extensión de los derechos fundamentales y solucionar sus conflictos; es decir, su interpretación. Las más diversas jurisdicciones constitucionales y aun internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo emplean frecuentemente en sus resoluciones, y aunque lo hacen con distintas modalidades, estas variaciones

son simplemente formales, pues en esencia sus decisiones se apoyan sobre los mismos parámetros básicos.

Este principio postula la idea de que es posible establecer una relación adecuada entre dos posiciones jurídicas diferentes, que, al menos en apariencia, se oponen en determinadas circunstancias. Dicha idea y su desenvolvimiento se funda en relaciones *objetivas* entre los bienes jurídicos, que dan lugar a un examen bajo determinados criterios y un juicio conclusivo derivado del mismo. El principio de proporcionalidad establece que los derechos fundamentales solo pueden acotarse en medida *estrictamente indispensable* para lograr un fin legítimo, en función de que *en principio* a estos derechos debe darse la máxima extensión y sin restricción alguna —que al cabo justificará o rechazará el examen de proporcionalidad, pero que no puede establecerse sino arbitrariamente con antelación—.

Es muy amplia la utilidad del principio de proporcionalidad para la praxis iusfundamental. Los problemas esenciales a que sirve como instrumento de resolución son los siguientes: la regulación legislativa de conflictos de derechos (que tiene versiones para la discrecionalidad administrativa y la judicial), y la evaluación de las “restricciones” legislativas a los derechos fundamentales. El examen de proporcionalidad delimita estos derechos —u otro principio constitucional—, y con ellos su “contenido esencial”. De acuerdo con esto, para ser precisos, hay que distinguir entre el “principio” de proporcionalidad que enuncia las relaciones que deben mantener las posiciones jurídicas en conflicto, el “examen” que determinado operador jurídico efectúa con base en dicho principio y el “juicio” que expresa la conclusión correspondiente.

El principio de proporcionalidad fue concebido como tal en el derecho administrativo alemán del siglo XIX como una herramienta para limitar la arbitrariedad de las autoridades. La dogmática y la jurisprudencia germanas son las que han elaborado sus perfiles con mayor nitidez. De acuerdo con ellas, el examen de proporcionalidad *lato sensu* tiene una gran extensión y es comprehensivo, componiéndose del análisis sucesivo de los subprincipios que lo integran: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*, más conocida como “ponderación”. A continuación se ilustrarán estos subprincipios con el ejemplo hipotético de una ley que interviene en el ámbito protegido por un derecho fundamental, estableciendo algún requisito o condición para su ejercicio:

1. *Idoneidad*. La medida que menoscaba la plena extensión del derecho ha de responder a un fin legítimo, siendo *apta para realizarlo*, entendiendo como tal uno prescrito por la Constitución. Es necesario señalar que la sola presencia o alusión a un “fin legítimo” no es un elemento de este subprincipio, sino como señaló el Tribunal Constitucional español, el “*prius* lógico” del examen de proporcionalidad. Como paso inicial del examen de proporcionalidad, este subprincipio pone de relieve que no basta que aquella medida persiga —o diga hacerlo— un fin legítimo, sino que la legitimidad de la intervención que ella produce requiere primeramente que sea efectivamente capaz de contribuir al logro del objetivo con que se pretende justificarla.

2. *Necesidad*. La afectación producida a la extensión del derecho fundamental debe ser la *menor posible* para lograr con igual conveniencia el fin legíti-

mo que la inspira, ya sea porque es producida por la única medida disponible o por la menos lesiva al derecho al intervenir en el menor grado posible en su ámbito de protección.

3. *Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)*. Cuando la contradicción entre el derecho fundamental y el fin legítimo que apoya su menoscabo no puede resolverse, es insorteable elegir tutelar uno de estos extremos y privar de protección al otro. En tal hipótesis, la restricción de un derecho será legítima solo cuando beneficie en mayor o igual grado al objetivo legítimo que la inspira —cuya idoneidad y necesidad ya se habrá establecido—. Para determinar estos grados de protección o afectación, y resolver a su respecto, debe elaborarse una compleja argumentación sobre los aspectos de cada principio que entran en juego y una valoración racional de los mismos, para establecer cuál de estas posiciones tiene mayor peso en el caso particular.

El uso del principio de proporcionalidad en México puede fundarse sobre la garantía de motivación material del artículo 16 constitucional, y sobre decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (IUS 1011613) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (particularmente *Castañeda Gutman v. México*, 6 de agosto de 2008, párrs. 185 y 186). La jurisprudencia de distintos tribunales mexicanos ha basado su análisis sobre variados temas de su competencia, explícita o implícitamente, en el examen a que da lugar este principio, cuya aplicación *no es optativa* por derivar de la propia naturaleza de los derechos fundamentales y otros principios jurídicos para cuya adecuación sirve.

Se han formulado distintas objeciones al empleo del principio de proporcionalidad, algunas de ellas incluso contradictorias. Ejemplo de lo último es la posición que sostiene que la aplicación de este principio depende en medida casi absoluta del parecer del operador jurídico, frente a la que acusa a su calidad cuasimatemática de no ser apta para apreciar los aspectos humanísticos de los derechos fundamentales. A continuación se tratarán las más significativas de estas impugnaciones.

El principio de proporcionalidad lleva a la construcción casuística del ordenamiento jurídico. Lo que parece una de las desventajas de este concepto, en tanto “diluye” la generalidad de la Constitución o la ley, en realidad permite que el sistema jurídico dé una respuesta más acertada a los distintos problemas que le plantea la realidad, y sea flexible para ello. Este casuismo no quiere decir que la respuesta a los casos concretos pueda ser arbitraria, y por consiguiente propicie incertidumbre jurídica; debe recordarse que también es menester considerar en la operación jurídica la *igualdad en la aplicación de la ley* y en su caso el principio *stare decisis* a que da lugar: la solución proporcional de un determinado problema jurídico será referente para dar respuesta a los futuros, la cual no podrá apartarse de dicho precedente, sobre todo cuando sea judicial —desde luego, según el grado de vinculatoriedad que le corresponda—. De esta manera, la proporcionalidad no lleva a fragmentar el sistema jurídico, sino a su mayor precisión y justicia en el caso concreto.

Es posible que el juicio de proporcionalidad concluya obliterando una disposición expresa, para dar preferencia incluso a un principio implícito en otra, lo que parece privar de eficacia a las fórmulas legislativas. Pero debe recordarse que las normas jurídicas que se desprenden de las disposiciones

literales y que son las finalmente aplicada, solo son eficaces *prima facie*; es decir, mientras no haya otra norma o principio que debiera prevalecer; formular ésta o hallarla —según se quiera ver— en la medida argumentativamente posible, es función del principio de proporcionalidad. Además, en el nivel de la ponderación —en la idoneidad y la necesidad en realidad no hay conflicto— el valor del texto literal es reconocido para otorgar un mayor peso abstracto al principio correspondiente, dificultando el menoscabo del bien jurídico que protege. Que la Constitución o la ley señalen un valor jurídico con precisión en su texto, es signo inequívoco de que tiene una especial importancia en el ordenamiento, la cual debe tomarse en cuenta con un grado elevado; por lo anterior, el texto literal y su fuerza normativa no es soslayado en el examen de proporcionalidad, especialmente en su fase de ponderación, sino llevado al máximo posible.

Finalmente, se acusa al principio de proporcionalidad de dar a los derechos fundamentales una extensión amplia, que incluso puede desbordar los límites de su fórmula textual. Es preciso considerar los derechos fundamentales como “principios” que exigen optimización y que se realice con la máxima amplitud la posición jurídica que salvaguardan; de hecho, toda disposición iusfundamental, aun aquella que los limita o los establece con reservas, supone una norma de principio, que puede ser acotada en una situación particular, aunque todavía abstracta. Lo que parece inconveniente, en realidad fortifica los derechos fundamentales: si a éstos se les reconoce *prima facie* la máxima extensión, esta solo podría reducirse con base en un juicio de proporcionalidad, que demuestre que tal limitación es justificada, por ser absolutamente indispensable a la satisfacción de otro principio constitucional; esto permite que los derechos fundamentales sean resistentes a su menoscabo.

El principio de proporcionalidad es expresión de parámetros de racionalidad basados en elementos del ordenamiento jurídico que pueden determinarse con suficiente objetividad, y busca adecuar la relación entre los distintos derechos y principios constitucionales. No parece haber mejor respuesta para resolver los conflictos que estos eventualmente tendrían, y darles una aplicación que favorezca la unidad de la Constitución, y procure que en cada caso particular que ambos tengan la máxima eficacia posible.

Rubén Sánchez Gil

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Uno de los temas de mayor importancia en materia de derechos humanos, que al mismo tiempo está sujeto a una intensa discusión doctrinal, es el relativo a su universalidad y a las posibilidades reales de su reconocimiento, cumplimiento y respeto de manera global, dadas las diferencias de culturas, sistemas de valores y los heterogéneos niveles de desarrollo de cada país.

La crítica a la concepción de los derechos humanos como universales proviene de las posiciones de la antropología jurídica y del multiculturalismo, al afirmar que el concepto y la idea misma de los derechos humanos son propios de la cultura occidental, desarrollada e inmersa en el marco de las culturas de origen judeo-cristiano liberales, que no corresponde y difícilmente encaja en

otras culturas como las orientales, las musulmanas o las de los pueblos autóctonos que han mantenido vivos sus sistemas culturales.

Es un hecho innegable la existencia de un mundo multicultural, en el que las distintas culturas y pueblos han tenido desarrollos muy distintos hasta su evolución actual, lo que resulta en sistemas de valores y reglas de convivencia social en ocasiones muy diferentes; sin embargo, también es un hecho que los derechos humanos en su conjunto constituyen hoy una institución jurídica y moral de universal aceptación, superando su origen occidental, pues todos los países los consagran y reconocen en sus textos constitucionales, tal vez con distintas formulaciones y más o menos amplitud de acuerdo con su cultura y niveles de desarrollo institucional, pero bajo una base de reconocimiento a su valor ético, incluso se afirma que los derechos humanos son la ética de finales del siglo XX.

En general puede afirmarse que todos los países reconocen la existencia de los derechos humanos como un estándar del desarrollo ético de los Estados, y si bien se pueden presentar diferencias en la formulación en el derecho positivo de los derechos, el acuerdo es más amplio en relación con los valores básicos que los sustentan y a los que desarrollan, los que si bien tal vez no pueden ser calificados de universales sí son concebibles como universalizables, esto es, susceptibles de ser reconocidos y aceptados de manera generalizada en todos los países y culturas.

Sin negar la existencia de las diferencias culturales y de niveles de desarrollo, parece lógico sostener, sin necesidad de asumir posiciones iusnaturalistas sino simplemente antropológicas, que hay un sustrato común de humanidad en todos los individuos, además de una capacidad moral, que nos conduce a pensar que lo que es bueno para unos deben también serlo para los demás, en especial cuando nos referimos a la tutela de la dignidad humana y a la generación de mejores condiciones de vida. Quién puede oponerse al reconocimiento del valor de la vida humana, de la igualdad, de la libertad, o de los derechos a la atención de la salud, a contar con una vivienda digna o a la educación. Es claro que son bienes y valores aceptados de forma general por todas las culturas.

Otro problema para el reconocimiento de la universalidad se da cuando se abordan los temas filosóficos vinculados con los derechos humanos, como son los de su conceptualización y su fundamentación, pues ahí se navega en ámbitos abstractos y en los que las distintas posiciones filosóficas, axiológicas, e incluso ideológicas, hacen muy difícil llegar a posiciones consensuadas.

Como reacción a esas situaciones se desarrolló el llamado neopragmatismo o neopositivismo, en el que se propone dejar de lado esos temas para avanzar en la construcción de mejores medios de protección y defensa de los derechos, como propuso Bobbio. Posiciones que en gran medida se fundamentan en la llamada prueba del consenso, que hace referencia la universal aceptación de la existencia de los derechos humanos que es empíricamente comprobable en vida cotidiana de los países y la comunidad internacional.

De que la comunidad internacional reconoce la universalidad de los derechos humanos son muestra clara los documentos producidos en las dos con-

ferencias mundiales promovidas por Naciones Unidas, la primera en Teherán en 1968, en la que se estableció la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la comunidad internacional, y la segunda en Viena en 1993, en donde expresamente se estableció que: “El carácter universal de estos derechos no admite duda”.

Es así que la declaración universal es considerada por la doctrina y los organismos internacionales como parte del *ius cogens* internacional, y si bien algunos autores discuten que la totalidad del texto tenga esa categoría normativa, hay consenso en el reconocimiento de que al menos el conjunto de derechos establecidos como inderogables en los propios tratados internacionales tiene ese nivel.

De hecho si revisamos el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, nos vamos a encontrar que la concepción misma de éstos implica su universalidad, lo mismo que la modernidad como proyecto político y social implica necesariamente su presencia en las sociedades, como sucede también con la democracia.

Ahora bien, el hecho de la presencia de los derechos humanos en todos los países y ámbitos y el reconocimiento de su universalidad no anulan la diversidad cultural existente entre las distintas regiones y estados, ni el hecho de que los derechos, al igual que los seres humanos, se encuentren afectados por la historicidad; esto es, que su alcance, contenido y posibilidades de desarrollo están afectados por las circunstancias y condiciones de vida en cada país, entre las que se incluyen por supuesto aspectos culturales e incluso religiosos, los que tiene una incidencia ineludible en el desarrollo del derecho positivo.

Sin embargo, la consecuencia inmediata del principio de universalidad es que de ninguna manera y bajo ningún aspecto puedan utilizarse como justificación para no reconocer los derechos a algún individuo o grupo las especificidades y característica propias de un cultura determinada, por el contrario, estas diferencias culturales deben usarse para desarrollar los derechos en ese ámbito de manera que tengan plena vigencia y puedan establecerse los adecuados medios para su protección y garantía.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

La locución latina *in dubio pro reo* hace referencia a un principio jurídico que atiende particularidades procesales que tienen aplicación en el momento en el que el juez, al valorar las pruebas, dicta la sentencia.

El principio *in dubio pro reo* se refiere únicamente a las particularidades procesales que operan al momento en que se valoran las pruebas, con el fin de demostrar —o no— que el acusado es la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate, mismas que se materializan al momento de dictar la sentencia.

De manera que se aplica cuando, al estimar todas y cada una de las pruebas, el juez llega a la conclusión de que no cuenta con elementos suficientes, y, por lo tanto, no puede declarar con seguridad que el sujeto cometió el delito.

Lo anterior debido a la falta de plena certeza, pues no se demostró completamente que éste lo haya cometido. Por lo tanto, al existir la duda, se debe absolver al inculpado. En otras palabras, el juez, al examinar todas y cada una de las pruebas, debe tener plena certeza de que el acusado cometió el delito. Pero en caso de duda deberá dictar sentencia absolutoria. Justamente, el principio presupone un estado de incertidumbre, ante el cual se concede al juzgador optar por lo más favorable para el acusado, al absolverlo en virtud de la existencia de una *duda razonable*.

Encontramos entonces que el elemento fundamental de este principio es la duda razonable que se genera en el juzgador respecto de las pruebas tendientes a la demostración de la responsabilidad del acusado. El juez carece de una convicción judicial por lo que no es dable dictar sentencia condenatoria, o, si se quiere, la duda razonable impide que ésta se produzca. Únicamente las pruebas que generan tal duda habrán de ser suficientes para absolver al acusado. De este modo, la aplicación del principio *in dubio pro reo* establece que donde quepa duda acerca de la responsabilidad del acusado debe dictarse fallo absolutorio, debido a que subsiste una laguna en las pruebas que impiden determinar con certeza la responsabilidad del sujeto.

En este orden de ideas, los medios de prueba son aquellos instrumentos procesales de los que se sirven las partes para lograr el convencimiento del juzgador en relación a sus respectivas pretensiones. Por lo tanto, el fallo ha de basarse en la comprobación de las pruebas, con base en la apreciación e interpretación de las mismas por parte del juez. Ahora bien, respecto de las pruebas, agotado el catálogo de recursos probatorios el tribunal tiene que llegar a una apreciación de las mismas que constituyen la base del fallo. Es preciso someter a un examen minucioso todos los medios de prueba que en el juicio hallen aplicación. Por ello, la doctrina ha señalado que el que en un procedimiento probatorio se establezca, sea tan sólo la probabilidad, sea la certidumbre de la culpabilidad de una persona, con frecuencia depende de la manera como se conduzca el juicio y de la acertada apreciación de todos los medios de prueba disponibles, por lo que se hace necesario someter las pruebas a un examen crítico.

En México, dicho principio está contenido implícitamente en la CPEUM en los artículos 17 segundo párrafo, y 23 del mismo ordenamiento. Asimismo, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la libertad de tránsito establecido en el artículo 11 de la CPEUM, el principio en comento es también reconocido.

Claudia Viridiana Hernández Torres

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Existe una gran diversidad de opiniones tanto sobre la definición de principios generales del derecho como sobre el papel desempeñado por los mismos. Desde el primer punto de vista, la noción de “principios generales” no es una acepción unívoca en el mundo del derecho, pudiéndose entender como tales aquellos enunciados escritos o no escritos, derivados del conjunto de las disposiciones jurídicas existentes, que por su importancia regulan algunos ámbitos

del derecho o del sistema jurídico en su conjunto, sea desde una perspectiva de derecho substancial sea de derecho procesal, o bien a nivel, nacional o internacional, del ordenamiento considerado.

Durante mucho tiempo, la cuestión ha sido si los principios pertenecen al mismo *genus* de la norma, difiriendo de éstas por el hecho de tener una formulación más abstracta, o si constituyen más bien algo ontológicamente diferente, “escondido” detrás de las normas y capaz de entrar en contacto con éstas solo como consecuencia de la interpretación del jurista.

Las dudas permanecen en relación con la identificación del carácter general que podemos atribuir a un principio del derecho. El adjetivo general ha sido variadamente entendido en un sentido iusnaturalista, o como sinónimo de “derecho natural”, o en términos de “*ius positum*”, y además como un sinónimo de “universal”, coincidente con la categoría de los “derechos fundamentales” y, según algunas opiniones, con los “derechos humanos”.

En cuanto a lo que concierne al papel que juegan los principios en el mundo jurídico, su función ha sido tradicionalmente la de puntos de referencia que deben guiar la interpretación y la reconstrucción de un sistema jurídico, respondiendo, además, a la exigencia de eliminar un *vulnus* del ordenamiento.

Desde una perspectiva de derecho comparado, a nivel nacional, los principios generales, cuando así lo dispongan, se colocan como fuente complementaria o integradora en el sistema de la jerarquía de fuentes; incluso en ausencia de una referencia explícita en el sistema de fuentes. Sin embargo, los principios generales se pueden encontrar, aunque con formas y modalidades diferentes, tanto en los ordenamientos jurídicos de *Civil Law* como en el marco del *Common Law*. A nivel internacional, los principios generales “reconocidos por las naciones civiles” constituyen una fuente universalmente aceptada por los Estados. El mecanismo del reconocimiento recíproco está en la base de la aceptación de los principios generales en el marco “regional” de pertenencia de algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea.

La noción de principios generales, de todas formas, si es propia de la experiencia jurídica occidental existe también en un primer intento de codificación del derecho chino y, además, en los sistemas caracterizados por una “mezcla” de las dimensiones religiosa y política, como el derecho islámico.

Aún dentro de una misma “familia” jurídica, los principios generales no forman un grupo determinado y están sujetos a la ampliación que consigue la pertenencia de un ordenamiento jurídico nacional a un ordenamiento supranacional. La teoría de que los principios generales puedan “cerrar” el ordenamiento se revela adecuada solo en un sistema jurídico de tipo kelseniano, que es algo lejano de la realidad del mundo jurídico contemporáneo, caracterizado por una perspectiva de una siempre interacción e intersección entre los ordenamientos estatales e internacionales. La necesidad de que el nivel nacional “cumpla” con sus obligaciones supranacionales implica una circulación de los principios en un sentido “*top down*”, desde el ordenamiento internacional hasta el sistema estatal y también en un sentido “*bottom up*”, lo que se produce cuando el nivel supranacional reconoce un principio general

que ha sido generado a nivel nacional o en el caso de una “contaminación” nacional de un principio general, en consecuencia de una *cross-fertilización* entre niveles.

Eloisa Denia Cosimo

PRINCIPIOS POLÍTICOS

Antes de adentrarnos al estudio de los principios políticos, me parece lógico definir un principio, el cual, según Rolando Tamayo y Salmorán consiste en: “Toda ciencia tiene sus propios principios, el derecho al ser una ciencia tiene sus principios, los cuales no surgen por generación espontánea sino que son contruidos racionalmente. Es decir, son el resultado de la observación de casos individuales que compartan características comunes” (*Razonamiento y argumentación jurídica*, 2004).

Ahora bien, nos referimos para efectos de este análisis a principios políticos, los cuales por naturaleza se encuentran en el documento político, el cual por excelencia existe en los regímenes políticos actuales en *La Constitución de un Estado*.

En ese tenor, la Constitución es un documento formal y solemne sancionado por el constituyente originario que contiene principios fundamentales o políticos, así como fines que el Estado debe cumplir. También será material en función de los principios y cláusulas que incorpore en su texto.

En esta misma vertiente, el constitucionalismo que es un producto relativamente reciente, representa la historia por la defensa de los derechos humanos y un constante compromiso con el ejercicio racional del poder, como afirma Diego Valadés, que “*el Poder controle al Poder*”.

La Constitución es la *summa* del Estado; la síntesis histórica de un pueblo que precisa de un documento con primacía formal sobre las demás normas, para hacer pragmático su contenido programático.

Tratándose de la Constitución, hemos determinado a partir de ciertos principios que como norma jurídica o *corpus* de normas jurídicas le son exclusivos: *supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia*.

Estos son principios que la teoría constitucional asigna a todas las Constituciones por tratarse del documento jurídico de mayor jerarquía dentro de cada universo jurídico. Otro punto son los grandes principios contenidos de manera exclusiva en cada texto constitucional que definen a un Estado y definen un *ethos*. En este orden de ideas, *los principios constitucionales o políticos son las prescripciones esenciales que de manera expresa o tácita están contenidas en la Constitución*.

Vale la pena recordar que el constitucionalismo como tal tiene sus fundamentos en el pensamiento liberal de la Ilustración y las grandes Revoluciones Constitucionales: la *Norteamericana de 1787* y la *Francesa de 1789*, en las que se incorporan los primeros postulados políticos de la modernidad jurídica para el ejercicio y control del poder. En ellos, se delinean los esquemas racionales en los que un Estado debe orientarse para alcanzar sus fines propios como la *felicidad o el bien común*.

Alexander Hamilton en el *Federalista* propuso en una serie de artículos una discusión sobre temas como: “La utilidad de la Unión para la prosperi-

dad política; la insuficiencia de la Confederación para conservar la Unión; la necesidad de un gobierno enérgico; la conformidad de la Constitución con principios republicanos y la salvaguarda del gobierno para la libertad y la propiedad” (2010).

La particular concepción de la política del Federalista (primera gran obra de ciencia política) así como las ideas de *Rousseau*, *Montesquieu* (división de poderes) y *Voltaire* fueron un soporte para crear principios políticos articulados que desde entonces insertamos y que vamos cambiando bien sea por reforma constitucional o interpretación jurídica de tipo histórico y evolutiva.

Los franceses plantearon principios individuales como la libertad (término que constituirá el liberalismo) y la entienden como un bien supremo para buscar la felicidad. Y por tanto, desarrollan diferentes tipos de libertad: *de expresión, económica, política, religiosa, etcétera*.

Sobre la igualdad, debemos decir que fue el principio cardinal de la Revolución Francesa, entendida como igualdad de oportunidades para todos, traducida en una igualdad jurídica ante la ley, más no ante el poder económico.

En cuanto a propiedad, ésta es básica para el desarrollo de la libertad y la consecución de la felicidad. El liberalismo no sólo justifica la apropiación de bienes necesarios para el consumo sino también la acumulación de bienes. Es considerado un derecho natural y consustancial con el ser humano y la manera más eficaz para lograr la felicidad. Finalmente, los revolucionarios franceses destacan que la seguridad es un principio fundamental porque sirve para garantizar los otros tres principios ya indicados y sobre todo el de propiedad.

En síntesis, un principio político es una decisión política fundamental que el Constituyente Originario de un Estado ha establecido como depositario de la Soberanía Popular; dichos principios tienen como finalidad organizar el poder político y proteger los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el más importante el de *dignidad humana*. Tales principios evolucionan con el tiempo y las circunstancias históricas y corresponde al Legislador adecuarlos a la realidad o bien, a los Poderes Judiciales vía interpretación constitucional, pues ahí subyace la gran cuestión, *¿puede una generación decidir el futuro de las siguientes?*

En la Europa de la Segunda Posguerra, el mundo se orientó a establecer cartas constitucionales que contuvieran dos tipos de principios políticos:

- a) Democracia.
- b) Un catálogo de derechos fundamentales.

Rodolfo L. Vigo ha insistido que después de la contradicción que enfrentó el Derecho al juzgar en *Nüremberg* a los criminales de guerra en el que se colisionaron derechos como el cumplimiento de un deber y el hacer justicia, y tuvo que optarse por hacer justicia para evitar lo que *Radbruch* denominaría “*injusticia extrema no es derecho*”. Con ello se rematerializa el derecho y se le dota de contenido moral, más allá del contenido político.

La ciencia jurídica coincide con la ciencia política en que los principios políticos de todo Estado constitucional y democrático de derecho son:

- a) Separación de poderes o funciones: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y órganos constitucionales autónomos.

b) Forma de Estado: federal, unitaria, central (Debe considerarse también formas de organización política como la Unión Europea. Unión de los 25 Estados con regímenes y características especiales).

c) Régimen político: democrático, aristocrático, totalitario y sultanista.

d) Catálogo de derechos fundamentales: Vida, libertades (tránsito, expresión, asociación, participación política, religiosa), seguridad, debido proceso, acceso a la justicia, derechos políticos, transparencia y acceso a la información, elecciones libres y auténticas.

e) Laicidad. Separación Iglesia – Estado.

f) Control constitucional y convencional. Como mecanismos que salvaguardan las promesas constitucionales.

José Antonio Abel Aguilar Sánchez

PROCESALISTAS (PROCESO CONSTITUCIONAL)

El nacimiento del derecho procesal constitucional, como disciplina, no como normas o juicios en el campo de los hechos, inició en lengua castellana con los estudios y reflexiones de *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha escrito un solvente trabajo: *Derecho procesal constitucional (origen científico 1928-1956)*, traducido al portugués, al italiano y al japonés. Domingo García Belaunde y Eloy Espinoza Saldaña coordinaron un texto titulado: *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*. Allí respondieron un cuestionario los siguientes autores: Peter Häberle, Osvaldo A. Gozaíni, Néstor P. Sagüés, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky Peredo, José Antonio Rivera Santiváñez, Ivo Dantas, Regis Frota Araujo, André Ramos Tavarés, Ernesto Rey Cantor, Rubén Hernández Valle, Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zúñiga Urbina, José Julio Fernández Rodríguez, Jesús González Pérez, Pablo Pérez Tremps, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Ovalle Favela, Diego Valadés, Jorge Seal-Sessain, Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, César San Martín Castro, Jorge Miranda, Eduardo G. Esteva Gallichio, Héctor Gros Spiell; en la primera parte del estudio.

Alcalá-Zamora (1947) le otorgó la paternidad de la rama procesal a *Hans Kelsen*, conocido más bien por su quehacer filosófico.

En México (1955-1956) *Fix-Zamudio* en su tesis de licenciatura (dirigida primero por José Castillo Larrañaga y luego por su padre académico Niceto Alcalá-Zamora) denominada *Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, quien en 167 páginas divididas en 5 partes ubicó la nueva disciplina del derecho procesal constitucional con un toque novedoso. El autor citado desde esa fecha hasta nuestros días ha seguido configurando a esta disciplina con grande esfuerzo y grande reconocimiento.

Otros enfoques que aluden a la justicia constitucional no deben desdeñarse pues son una diferente postura sana. Tampoco deben desconocerse las diversas maneras de abordar los contenidos del derecho procesal constitucional, con otros nombres. El saber global debe conocer los trabajos de un grupo

llamado “revisionistas”, quienes desde Italia y la América española publican y disertan en la materia.

Alberto Saíd ha publicado un libro denominado: *Procesalistas, proceso y constitución*, donde parcialmente alude al tema. Sin olvidar a *Calamandrei* y *Couture*.

De buena utilidad es el escrito: “Forjadores del derecho procesal constitucional” del multicitado Ferrer Mac-Gregor. En México especialmente para el estudio de amparo hay autores de diversa escuela académica como Eduardo Pallares e Ignacio Burgoa. Ellos merecen toda la atención de los estudiosos de la institución.

No se puede hacer una nómina definitiva de procesalistas de la rama adjetiva constitucional, pues según el criterio del lector, con justicia diría: “Ni son todos los que están, ni están todos los que son”.

Alberto Saíd

PROCESO

Concepto del proceso. El proceso jurisdiccional es una figura heterocompositiva estatal que se traduce en un medio institucional para resolver litigios en sociedad. Participan en él distintos sujetos procesales: juez, auxiliares, partes y terceros, todos ellos con el fin de solucionar el conflicto jurídicamente trascendente. Ello se logra cuando el juzgador unitario o colegiado dice el derecho al caso concreto. Para decir el derecho, el juez no sólo hace un mero silogismo judicial, en él la premisa mayor es el derecho —más no la ley— aplicable; la premisa menor, el conflicto específico; y el juicio, la sentencia o derecho aplicado:

- Es un medio heterocompositivo de solución de controversias.
- Es una expresión del poder soberano del Estado.
- En él se ejerce jurisdicción por el juzgador.
- Las partes instan una y otra vez a lo largo del proceso.
- Se cumplen formalidades establecidas previamente en el programa normativo.
- En el mundo de los hechos también se regula por usos y costumbres forenses.
- En nuestro medio es gratuito, pero tiene un costo social y económico para las partes.
- Soluciona el litigio, al producir el juez el derecho vivo. Al sentenciar debe buscar la justicia concreta.

Para solventes autores el concepto de proceso es una categoría, que incluso da el nombre a la ciencia que comprende a otros también importantes, pero que no abarcan el todo. De *Chiovenda* hasta nuestros días es una postura con amplia acogida en la doctrina.

Naturaleza jurídica. *Juan Montero Aroca*, profesor de la Universidad de Valencia, sostiene que el tema —tan debatido y tan álgido en su momento— ha perdido fuerza e interés en los estudiosos de la ciencia procesal. Dicho en otras palabras, de un aspecto esencial ha pasado a ser un tema tangencial. Sin embargo, es real que persiste el interés académico de poder responder qué es el proceso en su esencia jurídica.

Hay partidarios de la teoría que entienden al proceso como una entidad jurídica compleja pues tal complejidad se puede analizar y encontrar en los tres planos de lo jurídico-procesal: conceptual, normativo y fáctico.

Plano conceptual	El proceso no se puede conceptualizar por una sola nota sino por varias, cada una de las cuales debe analizarse en su individualidad y en su relación con el conjunto.
Plano normativo	El legislador norma la actuación de diversos sujetos procesales (juez, auxiliares, partes y terceros) en normas adjetivas. La actuación de todos estos sujetos debe ser conforme a los principios y manifestarse en procedimientos previamente regulados.
Plano fáctico	De manera real y dinámica interactúan todos los sujetos procesales conforme al programa normativo, usos y costumbres en forma compleja (a veces complejísima).

Alberto Saíd

PROCESOS CONSTITUCIONALES ATÍPICOS

Por proceso constitucional entendemos aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Desde un entendimiento material del concepto de constitución existen una serie de cuestiones que deben recogerse necesariamente en la misma. Por lo tanto, los procesos que se refieran a esos elementos nucleares de la carta magna hay que tildarlos de procesos constitucionales. Ese orden jurídico fundamental que establece la constitución y que legitima al poder estatal no es aséptico sino que responde a ciertos valores, de los que se derivan esos contenidos materiales de lo constitucional. Tales valores provienen, históricamente hablando, del constitucionalismo, doctrina política que gira en torno a la limitación del poder. La materia objeto del contencioso determinará, en suma, su naturaleza constitucional. Estos procesos servirán para garantizar el principio de supremacía de la carga magna y/o la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Un proceso constitucional “atípico” es un proceso constitucional que no resulta básico desde el punto de vista de la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Es decir, que se mantiene dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional pero que no resulta uno de los tres procesos que se han configurado históricamente como característicos de los tribunales constitucionales (y que por ello, denominamos procesos típicos: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder). De esta forma, estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de constitución y, por ende, a la delimitación del poder político.

Teniendo en cuenta la posición que ostenta el órgano de jurisdicción constitucional, es recomendable que tenga competencia sobre otros procesos constitucionales que pudieran existir al margen de los tres característicos. Así las cosas, esta jurisdicción debe conocer de aquellos procesos que implican decisiones básicas en la vida de la comunidad, que por ello serán materia constitucional, al menos *de lege ferenda*. La peculiar posición dentro del sistema le permite asumir estas otras tareas. No obstante, en algún caso ello puede resultar una extralimitación. Es decir, que esa particular posición del órgano de jurisdicción constitucional justifica ir más allá del núcleo típico y ostentar otras competencias constitucionales, aunque si en ello se produce desmesura se verá afectada negativamente la posición del órgano. Incluso, se puede ver abocado a una situación en la que surjan interrogantes acerca de su verdadera naturaleza.

De esta forma, procesos constitucionales atípicos que entendemos adecuados, es decir, no excesivos, son el control de las omisiones inconstitucionales (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Hungría, Portugal o Venezuela), el control de constitucionalidad de tratados internacionales (bastante habitual) o el contencioso electoral (mucho más escaso, sobre todo por la existencia de órganos específicos de control electoral, aunque es recomendable que el tribunal constitucional intervenga de una u otra forma dado que estamos ante una cuestión básica en la esfera pública). Este último proceso asume fisonomías variadas, en función del tipo de elecciones sometidas a control, el momento de la intervención y la amplitud del control.

En cambio, creemos excesivo y, por ende, criticable que un tribunal constitucional ostente competencias sobre otros procesos constitucionales. Nos referimos a procesos relativos a partidos políticos (Alemania, Chile o Portugal, con claro riesgo de involucrarse en el juego partidista), al jefe del Estado (Brasil, Chile, Ecuador o Portugal: competencias de diverso tipo, también con evidente riesgo de caer en el juego político partidista), a la reforma constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Rumanía o Ucrania), o una competencia específica de interpretación obligatoria de la Constitución (Hungría, Eslovaquia, Rusia o Ucrania), que como tal no debería existir. En efecto, un órgano jurisdiccional interpreta las normas de referencia (en nuestro caso la constitución) al hilo de los procesos que sustancia, pero no debe tener como objeto de una de sus atribuciones competenciales la interpretación misma. Tampoco es procedente la citada atribución referida a la reforma constitucional. La apertura del mecanismo de reforma constitucional activa el poder constituyente constituido, que permanece latente desde la aprobación de la carta magna. Ello es una manifestación de soberanía, trasunto de la que se produjo en el período constituyente y que ha objetivado la propia norma básica. Así las cosas, la jurisdicción constitucional no debe entrar en tal proceso de reforma.

Ante esos excesos entendemos que lo procedente es efectuar una reforma normativa que elimine tales competencias no adecuadas, aunque si esto no se efectúa siempre será útil la prudencia y el rigor del magistrado constitucional. Para ello su sólida formación es requisito imprescindible.

PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

La expresión “procesos constitucionales de la libertad” tiene dos significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico que prevé garantías constitucionales de salvaguardia y custodia de los derechos fundamentales. Una segunda connotación refiere a su carácter científico, es decir, al sector de la disciplina del derecho procesal constitucional que estudia de manera sistemática a aquellas garantías consagradas en el orden fundamental para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia, y en los países con una estructura federal, a las garantías constitucionales que se encaminan a proteger los derechos fundamentales de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas, y en el marco de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, los reconocidos en las Constituciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta denominación se inspira en uno de los primeros estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti, publicado en el año de 1955, bajo el título: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, con el que puso de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia. El propio profesor Florentino años más tarde se refería a una dimensión supranacional de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, la expresión “jurisdicción constitucional de la libertad”, acuñada por don Mauro Cappelletti, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina, la cual se ha utilizado para nombrar al contenido o sector de la novel disciplina procesal, aún cuando enseguida dicho sector se renombró “Derecho procesal constitucional de la libertad”, y recientemente, en otra concertación doctrinal, posiblemente inspirada en la clásica división de las constituciones contemporáneas, pero que no olvida la perspectiva originaria, la doctrina ha nombrado al contenido de la materia “procesos constitucionales de la libertad”, nombre que sirvió para identificar algunos trabajos presentados en el *V Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*.

Juan Rivera Hernández

PROCESOS CONSTITUCIONALES TÍPICOS

Ya afirmamos en la voz referida a procesos constitucionales atípicos que un proceso constitucional, en general, es aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Un concepto material de Constitución reclama la existencia de una serie de temas que deben recogerse necesariamente en la misma. De ahí que los procesos que aluden a esos elementos básicos de la carta magna los denominamos procesos constitucionales, que servirán para garantizar la supremacía constitucional y/o los derechos constitucionales. De los valores a los que res-

ponde el orden jurídico fundamental de la carta magna derivan esos contenidos materiales de lo constitucional.

La “tipicidad” de los procesos que comentamos ahora viene dada por su conexión con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Serán, por lo tanto, los contenciosos característicos de esta institución y que configuran la dimensión material del concepto de la misma. Los procesos constitucionales típicos se han ido perfilando históricamente con la evolución de la jurisdicción constitucional hasta que a día de hoy se puede sostener que integran el elemento material de su definición. De esta forma, entendemos que son tres: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder.

Un concepto válido de jurisdicción constitucional exige la concurrencia de dos elementos, uno material y otro formal. El elemento formal está integrado por una serie de notas propias de la jurisdicción (actuación independiente y por lo general rogada, sometida a derecho, basada en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción) y por una serie de rasgos de índole constitucional que le otorgan al órgano respectivo una posición de autonomía estatutaria, administrativa y financiera. El elemento material, a su vez, se conecta con el ejercicio por parte del órgano que ejerce jurisdicción constitucional de una serie de competencias relativas a ciertos procesos que, de esta forma, caracterizan a la institución. Estas acciones procesales características son los tres procesos constitucionales típicos señalados. De este modo, estamos ante los típicos procesos constitucionales que estudia el derecho procesal constitucional y que conforman su núcleo básico, dando lugar a unas competencias especializadas de la jurisdicción constitucional. Así las cosas, y desde esta construcción teórica, las competencias típicas de la jurisdicción constitucional ocupan un lugar clave en la naturaleza y configuración del órgano, y no un mero papel complementario.

El control de constitucionalidad de la ley es, sin duda, el proceso más representativo del derecho procesal constitucional y el que evidencia con mayor nitidez esa finalidad de garantía del principio de supremacía de la carta magna ya apuntada. El carácter normativo y supremo de la constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas tales notas de normatividad y superioridad. Por ello, prácticamente todos los tribunales constitucionales u órganos equivalentes ostentan semejante competencia, que puede adoptar varias fisonomías en función de distintas variables. Así, dicho control puede ser *a priori* o *a posteriori*, abstracto o concreto, en vía directa o incidental, y directo o indirecto. Esta función también puede resultar, potencialmente, muy polémica al incidir en las opciones del legislador y en su producto más característico, la ley. De todos modos, ello no debe exagerarse pues la naturaleza de la jurisdicción constitucional asume el carácter político, que no partidista, de la actividad del tribunal constitucional. La legitimación en el control abstracto, siguiendo la tónica habitual en el derecho comparado, suele ser restringida: está en manos de unos órganos predeterminados que desempeñan un rol destacado en el sistema. No obstante, también hay varios supuestos de acción popular, sobre todo en América Latina (como Colombia, Ecuador, El Salvador, Gua-

temala, Nicaragua, Panamá o Venezuela) y casos de legitimación restringida pero muy amplia, lo que relativiza la misma. La acción popular de inconstitucionalidad difunde la idea de que todos los ciudadanos son defensores de la carta magna.

A su vez, el proceso constitucional de garantía de derechos ha crecido en importancia al tiempo que se afirmaba la esencialidad de los mismos en el actual estado de derecho democrático. Gracias a él se puede afirmar que la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la evolución de los tribunales constitucionales. De ahí que se acuñara en su momento la expresión de “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti, 1955). La protección que los tribunales constitucionales dispensan suele ser extraordinaria dado que la protección primigenia le corresponde a los tribunales ordinarios. Por ello, es habitual un mecanismo de filtrado de los asuntos que llegan a la jurisdicción constitucional para que ésta no se vea colapsada. De todos modos, téngase en cuenta que la garantía de derechos supera los propios procedimientos específicamente previstos para tal finalidad dado que impregna el resto de atribuciones de los tribunales constitucionales. La defensa de los derechos ha llevado a la aparición de nuevos criterios de control (como la categoría del contenido esencial) e, incluso, a nuevos tipos de sentencias que posibiliten una protección más eficaz de los mismos. Los tribunales constitucionales, en suma, aplican de forma habitual derechos fundamentales, además de crear, en ocasiones, instrumentos específicos de interpretación de estos derechos e, incluso, nuevos derechos al servicio de la ciudadanía.

Por su parte, la competencia relativa a la garantía de la distribución del poder evidencia el papel de árbitro y de mediador que también desempeñan los tribunales constitucionales en la arquitectura del sistema público. Ello tiene lugar tanto para supervisar el reparto horizontal del poder, entre órganos del mismo ente, como el reparto vertical, entre entidades territoriales diversas. Estos conflictos pueden ser positivos, si los órganos o entes enfrentados persiguen ambos ejercer la misma función o competencia, o negativos, si los órganos o entes disputan precisamente lo contrario, es decir, no ejercer una competencia determinada.

José Julio Fernández Rodríguez

PROCESOS NO CONSTITUCIONALES

Por proceso no constitucional entendemos un proceso que no afecta a una cuestión básica del poder público y que, por lo tanto, no se encuentra en las dimensiones materiales que debe presentar una carta magna.

Añadir estos procesos a los propios de la jurisdicción constitucional puede debilitar la posición de los órganos que la ejercen en la arquitectura del sistema, sobre todo porque los acercaría a la actividad propia de los jueces ordinarios.

Esta situación reafirma la importancia de la labor del magistrado constitucional, que debe conocer estos peligros y tratar de soslayar los excesos, lo que podrá conseguir con una sólida formación en el derecho procesal consti-

tucional. La misma les permitirá conocer la trascendencia y las consecuencias jurídicas y políticas de su acción. De todos modos, si el derecho positivo en vigor presenta un panorama poco riguroso, al contemplar tales excesos, al magistrado constitucional se le hará más difícil no caer en semejantes desmesuras si se ve compelido por la normativa vigente a conocer de las atribuciones que no debería ostentar. Por ello, la solución pasa por efectuar las reformas constitucionales o legales que eliminen los excesos competenciales.

En el derecho comparado encontramos algunos tribunales constitucionales que ostentan competencias sobre estos procesos no constitucionales, en el sentido expuesto. Tales competencias se conectan a las de índole meramente legal, recordando, por lo tanto, a las propias de la justicia ordinaria, lo cual debe ser criticado. Ello puede originar una peligrosa situación en los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, que daría pábulo a las críticas de su extralimitación. La diferenciación, compleja pero posible, entre lo constitucional y lo legal, ayuda a afrontar críticamente los procesos no constitucionales.

En este orden de cosas, en el derecho comparado detectamos en manos de ciertos tribunales constitucionales control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales (en la mayoría de los estados de Europa del Este y de América Latina), control con parámetro en tratados internacionales (también en varios supuestos de Europa del Este, Costa Rica o Ecuador), control de legalidad (de nuevo en la mayoría de los países de Europa del Este o Portugal), control con parámetro infralegal (muy pocos casos, como Eslovaquia o Eslovenia) e, incluso, control no normativo a través de técnicas de control normativo (más extendido: Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay o Venezuela). Estos supuestos son una desmesura en la atribución de procesos suplementarios que, como decimos, afecta negativamente a la posición de un tribunal constitucional, que puede entrar en la disfuncionalidad y verse abocada a un riesgo mucho más elevado del politización del que ya tiene que soportar de por sí. El exceso radica tanto en el objeto de control como en el parámetro de referencia para efectuar tal control. La opción ante este problema, como acabamos de apuntar, es llevar a cabo las pertinentes reformas para eliminar dichas atribuciones excesivas.

De todos modos, el examen de los distintos ordenamientos debe modularse en función del sistema que presentan de jurisdicción constitucional. En sistemas concentrados es criticable que el órgano de jurisdicción constitucional asuma competencias no constitucionales. Ello también se puede afirmar de sistemas mixtos en los que existe un órgano o sala que se intenta diseñar especializada en jurisdicción constitucional. Es decir, en sistemas concentrados o en sistemas mixtos que presentan un órgano especializado en lo contencioso constitucional, éste debería limitarse a la materia constitucional. Por el contrario, en sistemas difusos y mixtos donde el juez de lo constitucional también es juez de lo meramente legal, el solapamiento entre lo constitucional y lo legal está casi es inevitable, lo que complica el análisis por el riesgo de confusión que existe entre ambos órdenes (sobre todo cuando lo constitucional entra en escena por vía incidental a través de una excepción en el marco de un proceso ordinario). Sin embargo, estos casos en los que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional también es el máximo órgano judicial ordinario, la confu-

sión *per se* de las competencias es cuando menos disfuncional, sobre todo para el buen ejercicio de las funciones específicas de un tribunal constitucional.

En todo caso, estamos ante procesos, es decir, ante competencias que mantienen su carácter contencioso y, por ende, contradictorio. El tema de las competencias no contenciosas es diferente: si tales competencias se derivan de la capacidad de autoorganización del tribunal constitucional, u órgano equivalente, parecen justificadas. Más allá, la justificación encuentra difícil acomodo, salvo en los casos en los que el órgano de jurisdicción constitucional es también cabeza del Poder Judicial. Entonces se suelen sumar competencias relativas a cuestiones organizativas externas, por ejemplo sobre la administración de justicia.

José Julio Fernández Rodríguez

PROMOCIÓN

La palabra “promoción” deriva del latín *promotō*, -ōnis, que alude a la acción o efecto de promover, de iniciar o impulsar algo.

El vocablo en estudio tiene en el derecho procesal sustancialmente dos acepciones, en este caso empatadas con la definición general dada al inicio. Por una parte, se entiende como el accionar o solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de hacer valer una pretensión jurídicamente protegida; por la otra, se asume como el impulsar la marcha o desarrollo del proceso, con el propósito de que éste culmine con la resolución respectiva.

Una tercera acepción, estrictamente formal, es la que entiende por promoción al o los escritos que se presentan ante el tribunal que conoce las pretensiones de las partes, en acatamiento al principio de escritura, que se contrapone al de oralidad, aunque como bien afirmaba CHIOVENDA, es difícil concebir actualmente un proceso oral que no admita en algún grado la escritura, ni un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad.

En el ámbito del derecho constitucional y convencional, particularmente en materia de derechos humanos, por lo que concierne a la acepción primeramente dada, esto es, la de entender a la promoción como el solicitar la intervención de los tribunales para hacer valer un derecho, se privilegian los fines protectores del proceso, reduciendo o eliminando las formalidades usualmente exigidas para su inicio en otro tipo de procesos.

En este sentido, destaca lo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (22 de noviembre de 1969), en el apartado relativo a la protección judicial, cuando establece que “ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...”.

Por lo que ve al concepto de promoción como impulso procesal, existen básicamente dos conocidos principios, en los que bien pueden subsumirse las diversas clasificaciones elaboradas doctrinariamente al respecto: el dispositivo y el inquisitivo o de oficialidad, según se traslade la carga de dicho impulso a los litigantes o al órgano jurisdiccional, en atención a la preeminencia del interés público inmerso en la controversia.

Así, en los procesos en los que rige el principio dispositivo, queda a cargo de las partes la iniciativa, la disponibilidad del derecho material, el impulso procesal, la delimitación del *thema decidendum*, la aportación de los hechos, así como la aportación de las pruebas; *nemo iudex sine actore*, en suma. Este es el principio que con algunos matices norma al proceso civil en casi todos los países del mundo.

Contrariamente, en el principio inquisitivo el órgano jurisdiccional es quien tiene el deber de actuar e investigar (*inquirere*), decidiendo finalmente sin estar constreñido o limitado a las pretensiones y argumentos vertidos por las partes. El proceso penal observa mayormente este principio en los países latinoamericanos, siguiendo la tendencia española y de la gran parte de los países occidentales.

En esta segunda acepción del término en estudio, es decir, la que lo entiende como dar impulso al proceso, igualmente, tanto en el derecho procesal constitucional, como en el convencional, en materia de derechos humanos prima la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de resolver la controversia, respetando el principio de contradicción.

En relación con lo anterior, en el artículo 25.2 de la citada Convención, se señala que los Estados parte se comprometen: “a). A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...”.

El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, se caracteriza por su sustracción a los formalismos y rigores que rigen en los procesos internos, ello sin menoscabo de la seguridad jurídica y el equilibrio procesal, en atención precisamente a los derechos fundamentales que son materia del mismo. Véanse al respecto los casos *Godínez Cruz* (sentencia de 20 de enero de 1989), así como *Paniagua Morales y Otros* (sentencia de 08 de marzo de 1998), específicamente en sus párrafos 138 a 140 y 70, respectivamente.

Finalmente, la tendencia actual en el mundo, particularmente en Latinoamérica, es hacia la ampliación y el fortalecimiento de las facultades del juzgador, pues ya no se puede concebir al proceso como “asunto de las partes”, dado el carácter eminentemente público del mismo, sobre todo cuando lo que está en juego es la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, de ahí que la mencionada tendencia venga aparejada de la reducción de los formalismos que no resulten indispensables, a fin de promover la democratización de la justicia y la socialización del proceso, a que aludía Mauro Capelletti

Dora Irma Olvera Quezada

PROMOVENTE EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

El promovente en controversias constitucionales (en lo sucesivo CC) es el sujeto legitimado para accionar dicho proceso constitucional; referido también como el “actor” en el juicio o el “demandante” en el mismo o “sujeto activo” de la relación jurídico procesal, según sea el lenguaje en el que se quiera

hablar. La legitimación para acudir en esta calidad ante la Suprema Corte, órgano exclusivamente competente para resolver en única instancia este tipo de litigios, viene dada, *en principio*, en términos de una relación detallada establecida en la fracción I del artículo 105 constitucional.

Conforme a tal disposición pueden ser promoventes de este tipo de juicios: la Federación; el Poder Ejecutivo federal; el Poder Legislativo federal (Congreso, las Cámaras en lo individual o la Comisión Permanente); un Estado; el Distrito Federal; un municipio; un Poder Estatal y un órgano de gobierno del Distrito Federal. Este enlistado puede más fácilmente comprenderse si lo colapsamos en categorías acudiendo a elementos comunes en estos que nos permitan sistematizar los supuestos. Así, desde una primera óptica de categorización, tenemos que: (i) pueden ser “promoventes” *los órdenes jurídicos u órdenes de gobierno, por sí mismos*: Federación, entidades de gobierno local (Estados o Distrito Federal); y los municipios y; (ii) *los depositarios de poder de cada uno de esos órdenes* (de ser aplicable): los poderes legislativo o ejecutivo federales; y a nivel local, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial locales (en el caso del Distrito Federal el término constitucionalmente técnico sería “órganos” en lugar de “poderes”).

En seguimiento a lo establecido en la fracción constitucional en comentario, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105), establece, en su artículo 10, que tendrá el carácter de parte actora en las controversias constitucionales “...la entidad, poder u órgano que promueva la controversia.” Nótese que la Ley Reglamentaria resumió los diversos sujetos mencionados individualmente en la literalidad del artículo 105, fracción I, de la Constitución bajo los términos de “entidades”, “poderes” u “órganos”. Con base en la lógica detrás de tal ejercicio de abstracción puede señalarse que cuando ahí se habla de “entidades” como parte actora de una CC, se hace referencia a entidades federativas o entidades municipales (municipios); que “poderes” subsume tanto a los poderes federales como a los estatales; y que los “órganos” son equivalentes a poderes públicos estatales que tiene el Gobierno del Distrito Federal (en lugar de “poderes”).

Sin embargo, estas menciones tanto constitucionales como legales han dejado un espacio de interpretación que aún no ha sido del todo definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Se ha suscitado ya en varias ocasiones debate al interior de la SCJN en torno a si otros órganos no mencionados en tal enlistado pueden o no ser “promoventes” de un juicio de este tipo. Algunas hipótesis ahora están clarificadas y de amplia aceptación por la jurisprudencia, pero otras aún no lo están.

La SCJN ha llegado a señalar que la literalidad de la fracción I del artículo 105 constitucional no es limitativa, de ahí que se haya reconocido la posibilidad de ser promoventes a órganos ahí no mencionado tales como: las Delegaciones del Distrito Federal (Controversias constitucionales 37/2000, 20/2002, 27/2002, 28/2002 y 29/2002) y al Tribunal Electoral del Distrito Federal (Controversia constitucional 31/2006), esencialmente, bajo el argumento de que son “órganos” del Distrito Federal y se trata de un concepto indeterminado en el que pueden caber; mientras que, por otro lado, se le ha

negado dicho reconocimiento a organismos constitucionales autónomos (federales o locales), tales como: el Instituto Electoral de Baja California (Recurso de reclamación 67/2005-PL), el Instituto Estatal de Transparencia de Jalisco (Recursos de reclamación 15/2007, 234/2006-PL, 154/2006-PL y Controversia constitucional 33/2007), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Recurso de reclamación en controversia constitucional 20/2007-PL) y el Instituto Federal Electoral (estando como ministro instructor Gudiño Pelayo y como ministro ponente del recurso de reclamación Góngora Pimentel), bajo el argumento, entre otros pero destacadamente, de que no está previsto así en la Constitución.

Es preciso agregar que estar mencionado en el artículo 105, fracción I, de la Constitución no basta en todos los casos para que se reconozca legitimación a quién acude en esta vía ante la SCJN. Es necesario además que la acción sea ejercitada contra un órgano contra el cuál la Constitución le haya dado acción; pues debe tenerse presente que la Constitución, más que simplemente autorizar a los demandantes, da competencia a la SCJN para conocer de litigios que se presenten en ciertas relaciones jurídicas; de ahí que se diga que al promovente que se le reconozca legitimación para acudir al juicio la Constitución, se le debe reconocer a esa específica “entidad, poder u órgano” la posibilidad de demandar a las específicos “entidades, poderes u órganos” que demanda.

En otra palabras, sólo se tiene acción (en el sentido procesal del término) contra quién la propia norma dispone que se tiene la acción. Y aunque son múltiples las hipótesis previstas, lo cierto es que cuando menos pueden pensarse en varias que no lo están. Por ejemplo: se da acción a los municipios, pero no se especifica que pueden ejercerla contra municipios del mismo Estado, en tanto sólo se prevé que puedan accionar contra la Federación, los Estados (el suyo y otros) y contra otros municipios pero *de otro Estado distinto al suyo*. Otro ejemplo sería: ¿si puede un órgano de un Estado demandar por sí mismo a la Federación o debe ser el Estado como tal? Este último problema ya se ha presentado en la práctica, y a juzgar por los criterios que ha sostenido el tribunal en los mismos, puede afirmarse que, a diferencia de lo que sugiere el texto constitucional y aun cuando hubo algunas discusiones al respecto, a la fecha, cualquier componente de un Estado puede accionar por sí en nombre del mismo, aún en juicios verticales, salvo que su Constitución o legislación interna disponga otra cosa (como sucede, por ejemplo, en Quintana Roo, que se pide un acuerdo entre los tres Poderes del Estado).

No obstante lo antes dicho, la jurisprudencia ha sido muy abierta en torno a quién pueden demandar los promoventes de este tipo de juicios lo que ha permitido que pueda demandarse en esta vía a entidades u órganos que no entrarían en la literalidad del texto constitucional o la LR105 (M. A. Hernández Chong Cuy, 2011).

Quien se presenta como “promovente” de una CC, por supuesto, debe acreditar ser el titular de la entidad, poder u órgano demandante o, en su caso, acreditar que por ley u otro acto jurídico cuenta con la representación jurídica necesaria para comparecer en el juicio en nombre de quien comparece (J.R., Cossio Díaz, 2009).

Un último aspecto que conviene referir en relación al sujeto activo en la controversia, es en lo relativo a cuántos sujetos pueden presentarse en el lado activo de la relación procesal; esto es: ¿Puede haber una pluralidad de promoventes en una CC? La Constitución no resuelve o atiende esta situación de manera directa ni tampoco lo hace la LR105. Lo único que se prevé lo refiere el artículo 38 de ésta última que señala que no está permitida la acumulación de juicios, aun cuando la prohibición de acumulación no resuelve la pregunta que ahora nos ocupa. En este rubro debe señalarse que si bien no se ha localizado algún pronunciamiento específico o expreso de la SCJN sobre este punto, una revisión de los juicios tramitados permite advertir que ya en varias ocasiones se han presentado demandas con pluralidad de promoventes a las que se les ha dado trámite ordinario, sin que haya habido alguna manifestación en lo particular durante su instrucción, ni a su escisión procesal y los juicios se han fallado sin que en las sentencias se haga el menor reparo en este aspecto (Como ejemplos podemos mencionar las CC: 11/1995, 54/1996, 4/1998, 6/1998, 43/2004, 25/2001). En estas, el Tribunal no destacó ese punto, menos aún establecido si era posible considerarlo un litisconsorcio activo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

PROPIEDAD (DERECHO A LA)

El derecho a la propiedad figura en las declaraciones de derechos desde los orígenes del constitucionalismo, y encuentra reconocimiento de forma generalizada en las Constituciones vigentes.

Esta garantía ha sido recogida también a los sistemas americano y europeo de derechos humanos. La protección de la propiedad, que no se incluyó en la redacción inicial del Convenio Europeo, fue incorporada en 1952 al artículo 1 del Protocolo Adicional 1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre este derecho fue escasa en una primera etapa (puede destacarse la sentencia *Marckx contra Bélgica*, del 13 de junio de 1979), pero posteriormente ha experimentado un enorme desarrollo (algunos autores señalan como punto de inflexión la sentencia *Sporrong y Löennroth contra Suecia*, del 23 de septiembre de 1982). Muchas de las sentencias tienen como objeto problemas relacionados con la inseguridad sobre los títulos de propiedad en el contexto de la transición a sistemas capitalistas de los países del antiguo bloque comunista.

El derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes aparece en el artículo 21 del Convenio Americano. Una aportación de la Corte Interamericana es la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y el derecho de éstos a ser consultados sobre la realización de proyectos de explotación de los recursos naturales (las sentencias *Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001; *Plan Sánchez contra Guatemala*, del 29 de abril de 2004, *Comunidad Moiwana contra Surinam*, del 15 de junio de 2005; *Comunidad Yakye Axa contra Paraguay*, del 17 de junio de 2005; o más recientemente *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, del 27 de junio de 2012).

El derecho de propiedad aparece también en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recogiendo la influencia del Convenio Europeo y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como una importante jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia, que se remonta a finales de la década de 1970 (Sentencia Hauer, del 13 de diciembre de 1979, caso 44/79).

Quizá deba empezarse a analizar el régimen jurídico del derecho de propiedad precisando que bajo una denominación común, que da una apariencia de homogeneidad, es posible apreciar diferencias en la delimitación del objeto del derecho. En el alcance que debe atribuirse al derecho de propiedad influye el reconocimiento de forma independiente en la constitución de derechos colindantes. La existencia de normas constitucionales que se ocupan de la propiedad intelectual, el derecho de fundación, el derecho a la herencia o la libertad de empresa, lleva frecuentemente a los tribunales a delimitar de forma más precisa el objeto del derecho de propiedad, tratando de distinguir el ámbito de aplicación de las diferentes garantías constitucionales. Por el contrario, en el contexto de una declaración de derechos menos prolija, los órganos jurisdiccionales pueden ampliar el objeto del derecho de propiedad para dar respuesta a reclamaciones muy diferentes. Es lo que sucede, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que ha adoptado un concepto amplio de propiedad, que incluye la titularidad de créditos, licencias administrativas o prestaciones públicas (la sentencia *Stec* y otros contra el Reino Unido, del 12 de abril de 2006, que analiza un recorte en las pensiones de jubilación, es un ejemplo relevante de la ampliación del concepto de propiedad).

Las Constituciones habilitan al legislador nacional para configurar el contenido y los límites del derecho de propiedad, conciliándolo con otros derechos e intereses públicos. En muchas Constituciones se hace referencia a la “función social” de la propiedad (Constituciones de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, España, Honduras, Italia, Nicaragua y Panamá), una idea que tiene su origen en León Duguit. En algunos casos, la Constitución hace una referencia expresa a la conexión que existe entre la función o beneficio social que debe orientar la regulación de la propiedad y la protección del medio ambiente (Constitución mexicana), llegando a hablar de una función ambiental de la propiedad (Constituciones de Colombia y Eslovenia).

Los órganos jurisdiccionales controlan la constitucionalidad de las leyes que regulan el derecho de propiedad con intensidad variable. Mientras en algunos casos se adopta una posición muy deferente hacia el legislador y el tribunal analiza solo si la medida es manifiestamente irrazonable, en otros casos se aplica un control de proporcionalidad más exigente. Del mismo modo, la posición del Tribunal Europeo parece oscilar entre el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados y el examen de la proporcionalidad de las regulaciones estatales.

Algunas Constituciones incorporan limitaciones al derecho de propiedad de los extranjeros, normalmente respecto de la adquisición de bienes de especial relevancia pública (playas, aguas, minas) o que estén situados en zonas fronterizas (Constituciones de Guatemala, México o Perú).

Las garantías constitucionales de la expropiación comunes en la mayoría de las Constituciones (y que se incorporan al Convenio Americano y Europeo) son que la expropiación se funde en alguna razón de utilidad pública o de interés social, se produzca de acuerdo con las condiciones previstas en la ley y se compense mediante el pago de indemnización justa. Uno de los problemas que surgen en la interpretación de la garantía expropiatoria es la definición de cuándo se produce una expropiación y las diferencias con lo que es una regulación del derecho de propiedad. En algunos sistemas los órganos jurisdiccionales han recibido la influencia de los conceptos de *regulatory takings*, *de facto expropriations* o *excessive regulation* acuñados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En relación con este tema, resulta interesante la cláusula de la Constitución chilena, que especifica que tiene naturaleza expropiatoria tanto la privación del bien como de “algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio”.

En algunas Constituciones se añaden exigencias adicionales respecto de la indemnización: que sea previa (Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador o Perú, entre otras) y en dinero (Constituciones de Brasil, Chile y Guatemala). Estas cautelas no aparecen recogidas en el Convenio Americano y Europeo y tampoco están tan generalizadas en las Constituciones europeas (las Constituciones belga, griega, francesa, luxemburguesa y holandesa recogen la exigencia de que la indemnización sea previa, mientras que las de Estonia y Hungría exigen que sea inmediata). El hecho de que la Constitución no exija el carácter previo de la indemnización (como sucede, entre otras, en las Constituciones alemana, italiana o española), no significa que esta condición deje de estar garantizada por la ley y por los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, encontramos en algunas Constituciones latinoamericanas criterios para el cálculo de la indemnización, variando la base que se adopta como referencia en cada caso: el daño patrimonial efectivamente causado (Constitución de Chile), el valor actual del bien (Constitución de Guatemala), el valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras (Constitución de México, que incluye reglas muy detalladas, que en otros países son materia legislativa).

Desde el punto de vista de las garantías constitucionales, puede señalarse que la exclusión de la propiedad de los derechos que pueden ser invocados a través del recurso de amparo en algunos ordenamientos (como España) puede hacer que algunos casos lleguen al Tribunal Europeo directamente desde los órganos jurisdiccionales ordinarios, sin que el Tribunal Constitucional haya tenido oportunidad de pronunciarse previamente.

Ignacio García Vitoria

PROTECCIÓN JUDICIAL

Es un derecho humano derivado, primordialmente, del contenido de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El derecho a la protección

judicial está intrínsecamente ligado a la existencia de un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos.

Históricamente, el derecho a la protección judicial se consideró indispensable para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos; sin embargo, no existía consenso en la comunidad internacional sobre la naturaleza del recurso efectivo. Esta divergencia se materializó durante las discusiones para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por un lado, los países anglosajones abogaban por un recurso basado en el *habeas corpus*, mientras que los países latinoamericanos preferían un recurso fundado en el *amparo*, tal como se había plasmado en las discusiones previas a la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, durante la Conferencia de Chapultepec de 1945. Fue el representante de la delegación mexicana, Pablo Campos Ortiz, quien propuso la redacción actual del artículo 8o. de la DUDH, sosteniendo que el *amparo*, es el reflejo de un derecho fundamental, plasmado en las constituciones de los países de América Latina, esencialmente el derecho participar en procedimientos jurisdiccionales, bajo las bases de un recurso sencillo y efectivo que garantice la protección contra actos de autoridad violatorios de los derechos de los individuos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha precisado que la protección judicial supone, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Asimismo, en los casos *Caso Castillo Páez vs. Perú* (Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo), y *Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo), respectivamente, la Corte IDH lo concibe como uno de los pilares básicos, no sólo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. En el ámbito europeo, el derecho a la protección judicial está limitado a las acusaciones de carácter penal y a los derechos y obligaciones de carácter civil. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), efectuando una interpretación amplia, reconoció la aplicación de esta cláusula a ciertos derechos económicos y sociales, particularmente en los casos *Deumeland* y *Fledbrugge*. Concomitantemente —y con orientación similar a la Corte IDH—, el TEDH se ha referido al prominente lugar que el derecho a un juicio justo ocupa en una sociedad democrática según el significado otorgado por el Convenio, circunstancia que trae como consecuencia que no puede haber justificación en interpretar el artículo 6.1. de la Convención restrictivamente.

En al ámbito americano se prevé un amplio ámbito de aplicación del derecho a la protección judicial en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados, ya que no realiza ningún tipo de distinción. Así, el artículo 25 de la CADH consagra, de manera expresa, el derecho a la protección judicial:

“Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Conven-

ción, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII dispone: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Corte IDH no ha emitido, a la fecha, pronunciamiento sobre lo que debe ser entendido como un recurso sencillo y rápido pero, en todo caso, ha de ser efectivo, en el sentido manifestado por la propia Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo), a saber: “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”. De esa manera, —coincidiendo con Ibáñez Rivas—, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

Finalmente, el párrafo 32 de la *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* reconoce que el artículo 25 de la CADH: “...es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

En esa tesitura, el último párrafo del artículo primero de la nueva Ley de Amparo recoge la esencia deontológica de la protección judicial al postular que el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley.

Carlos Pérez Vázquez

PROTOCOLO DE ESTAMBUL

El Protocolo de Estambul es la denominación internacional con la que se conoce al *Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Se trata de un documento que contiene las directrices mínimas adoptadas por más de 75 expertos en derecho, salud y derechos humanos para la investigación y documentación eficaces de actos de tortura en personas sobrevivientes, con la finalidad de contar con prueba fehaciente en la comprobación del referido delito ante los órganos jurisdiccionales.

El manual fue elaborado en Estambul, Turquía, con el objeto de presentarlo para la consideración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo cual tuvo verificativo el 9 de agosto de 1999.

Los pasos iniciales para trabajar en el presente documento se dieron en una reunión en 1996, organizada por la Asociación Médica Turca y fueron inspirados por las necesidades y prácticas diarias experimentadas por la *Action for Torture Survivors (HRFT)* de Ginebra y la Sociedad de Especialistas en Medicina Forense en Turquía. En particular, derivado de la investigación de la muerte de Baki Erdogan.

Como el propio manual lo señala, “aunque la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario prohíben sistemáticamente la tortura en cualquier circunstancia, la tortura y los malos tratos se practican en más de la mitad de los países del mundo. La notable discordancia que existe entre la prohibición absoluta de la tortura y su prevalencia en el mundo de hoy demuestra la necesidad de que los Estados identifiquen y pongan en práctica medidas eficaces para proteger a las personas contra la tortura y los malos tratos”. El propósito del protocolo de Estambul es servir como guía internacional para la evaluación de las personas que han sido torturadas y con ello coadyuvar en la investigación de casos de posible tortura.

El manual recoge los principios comunes a todos los códigos de ética internacionales en la atención de la salud, tales como: i) el deber de dar asistencia compasiva, ii) el consentimiento informado; y iii) la confidencialidad. Permite al perito o médico legista acceder a una vasta información de la víctima con el fin de producir informes médicos de alta calidad y obtener evidencia relevante y precisa del caso la cual es presentada ante los órganos jurisdiccionales correspondientes para colaborar en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos sujetos a investigación y en la correcta impartición de justicia. De igual forma permite a los expertos legales a obtener declaraciones relevantes, precisas y fiables de víctimas de tortura y testigos para así facilitar el uso de tales declaraciones en procedimientos legales contra los perpetradores; recuperar y conservar evidencia relacionada a la supuesta tortura y establecer cómo, cuándo y dónde la supuesta tortura ocurrió.

El examen médico/psicológico realizado a la víctima como parte de la aplicación del Protocolo de Estambul contiene tópicos precisos para su documentación, entre los que se encuentran:

- a) Información sobre el caso (generales de la víctima)
- b) Calificación del clínico (experiencia y formación clínica del médico)
- c) Antecedentes médicos
- d) Narración de los hechos, en circunstancias de modo y lugar
- e) Síntomas
- f) Exploración física
- g) Fotografías

Además, el Protocolo de Estambul cuenta con dibujos anatómicos con la finalidad de documentar de manera ilustrativa todo signo de tortura o maltrato presente en la víctima, de tal forma que con el examen médico/psicológico, el perito tendrá de manera metódica, completa, descriptiva e ilustrativa un examen físico-clínico-psicológico, que lo oriente y dirija en la búsqueda de todos los rubros elementales y básicos de la investigación pericial sobre posibles actos de tortura. Debido a su diseño y estructura es un documento médico

legal de elevado alcance pericial y trascendencia jurídica. Por ser un dictamen pericial, incluye entre otra información:

1. Marco jurídico para su adecuada y oportuna aplicación.
2. La autorización para su aplicación por parte del examinado-denunciante.
3. Sección y ordenamiento de datos informativos, obtenidos mediante la versión del examinado, para llevar a cabo la búsqueda intencionada de la presencia o ausencia de huellas, indicios o secuelas de lesiones físicas y/o psicológicas.
4. Descripción del modus operandi aplicado, que produjo las lesiones denunciadas.
5. Circunstancias de tiempo, modo, forma y lugar que prevalecieron durante el hecho.
6. Información sobre la independencia pericial y la inexistencia de restricción alguna para el perito actuante.
7. Incluye los esquemas de evaluación de *Harvard* y *Hopkins*, que son aspectos y conocimientos de valoración psicológica y psiquiátrica que permitirán identificar posibles alteraciones psicológicas que tengan concordancia o correspondencia de la versión del examinado.

A pesar de que el “Protocolo de Estambul” ha sido apoyado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) desde su creación, éste no tiene el carácter obligatorio para los países. Las normas internacionales obligan a los gobiernos a investigar y documentar los incidentes de tortura y otras formas de maltrato y castigar a los responsables de manera comprensiva, efectiva, tacita e imparcial. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (desde el 2006, Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) han insistido fuertemente a los países el que los Principios en el Protocolo son una herramienta útil para combatir la tortura.

El 23 de Abril del 2003, la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su resolución a los derechos humanos y la ciencia forense, atrajo la atención de los gobiernos sobre los principios contenidos en el Protocolo de Estambul como una herramienta útil para combatir tortura. En consecuencia, además de ser reconocido por el sistema de las Naciones Unidas, el protocolo de Estambul ha sido adoptado por varios países.

La Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y las personas, deliberó sobre la importancia del protocolo de Estambul durante la 32a sesión ordinaria en octubre del 2002 y concluyó que las investigaciones de todos los alegatos de tortura o maltratos, deben ser efectuadas con prontitud, imparcialidad y efectividad, guiadas por los principios de Estambul.

La Unión Europea refiere al Protocolo de Estambul en su Guía de la Política de la Unión Europea Sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en los Países del Tercer Mundo, adoptado por el Consejo de Asuntos Generales en el 2001. La guía menciona que los países deben “conducir investigaciones rápida, imparcial y efectivamente en todos los alegatos de tortura acorde con las reglas de Estambul anexadas en la resolución CHR

2000/43” y deben “establecer y operar procedimientos domésticos efectivos para responder e investigar quejas y reportes de tortura y maltrato de acuerdo con las reglas de Estambul”.

Jorge Cruz

PRUDENCIA

El término prudencia, entendido como *phronesis*, pertenece hoy en día más al campo de la filosofía práctica que al del derecho. La prudencia en la tradición griega era un concepto hasta cierto punto intercambiable con el de sabiduría siempre en relación con la razón y el buen juicio, especialmente en contextos más prácticos que teóricos.

Aristóteles es el filósofo que desarrolla el concepto de prudencia y la identifica como una de las virtudes dianoéticas, junto con la sabiduría y la inteligencia, distintas de las virtudes éticas como la liberalidad y la moderación. La virtud debe distinguirse de las pasiones y las facultades pues constituye un modo de ser, por el cual el hombre se hace bueno y realiza bien su función (*Ética Nicomáquea*, libro II), es decir, es un modo de ser selectivo basado en la razón.

Para Aristóteles deliberar y razonar son lo mismo, si bien no tiene objeto deliberar sobre aquello que no puede ser de otra manera (necesario), ni tampoco sobre aquello que no se es capaz de realizar, de manera tal que la prudencia debe entenderse como un modo de ser racional y práctico en relación con lo que es bueno y malo para el hombre.

La prudencia es una virtud práctica, se refiere más a las cosas humanas que a lo universal y por ello no es ciencia, pues trata sobre lo particular; es, además, normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no, y cuando existe la prudencia todas las demás virtudes están presentes pues mientras la recta intención determina el fin, ésta realiza las acciones para alcanzarlo.

Esta noción de prudencia es la que subyace en la práctica jurídica de la antigüedad (*iuris prudentia*) pues la importancia práctica del derecho era la que mayor peso tenía.

Sin embargo, es más bien el ámbito filosófico, el que ha utilizado el concepto de *phronesis*, por ejemplo, en el campo de la ética, para criticar la permanente equiparación de las ciencias sociales con las naturales, aún si el objeto de estudio es el ser humano, cuya conducta no es predecible (Alasdair MacIntyre).

Heidegger recupera igualmente el concepto aristotélico y hace una interpretación de la *Ética Nicomáquea* según la cual ésta puede leerse como una ontología de la existencia humana. En ese contexto, considera que la *praxis* se corresponde con la *phronesis* y esta última es una manera de comportamiento en y hacia el mundo, a partir de la cual el ser humano es capaz de conducirse y preocuparse por éste. La *phronesis* es una forma de circunspección conectada a la conciencia y a la deliberación, que se manifiesta en la acción humana y es, en esa medida, el punto de partida de las acciones significativas frente a las contingencias de la vida.

Hoy en día la exigencia para los jueces de hacer efectivos los derechos humanos supone en muchas ocasiones no sólo la labor de interpretación de

normas, principios y valores, sino primordialmente, la de ponderación de los derechos que están en juego así como la de las consecuencias de hacer prevalecer unos sobre otros; ello pone de relieve que la razón judicial corresponde a una razón práctica más que a una teórica, en la medida en que a partir de la deliberación del juez, la sentencia que se dicta dirige, valora, ordena o prohíbe conductas particulares. En ese sentido, vale la pena reflexionar sobre la validez y pertinencia de una concepción del derecho como ciencia prudencial (al menos por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional), a partir de la cual pueda explicitarse de mejor manera la función de la judicatura, incluyendo, por supuesto, la motivación de sus fallos.

Andrea Zambrana Castañeda

PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Cuando comenzamos el estudio de una disciplina, la pregunta por las definiciones es crucial, no sólo porque nos permite definir el objeto de estudio, sino también porque nos deja entender los elementos más básicos y constitutivos sobre los cuales se construirá el conocimiento. La pregunta *¿qué es X?* pretende ser respondida con una definición, esto es, con un enunciado descriptivo que revele las *condiciones necesarias y suficiente* sobre aquello que se pregunta. Entiéndase el requisito de necesidad como aquella propiedad sin la cual lo definido no podría ser o existir, mientras que el requisito de suficiencia obedece más a aquel conjunto de propiedades sin las cuales lo definido no sería eso sino otra cosa. La necesidad hace que algo sea lo que es, mientras que la suficiencia hace que algo sea eso y no otra cosa distinta. Sólo a partir de una definición que cumpla los requisitos de necesidad y suficiencia el objeto de estudio estará completamente determinado. Por ejemplo, definir un vaso como un recipiente que puede contener líquido no cumple el *requisito de suficiencia*, pues si bien todo vaso debe poder contener líquido, *no es suficiente* ya que hay otros objetos, como un balde o una copa, que también lo hacen.

En el caso de las pruebas judiciales ocurre lo mismo: si no se tienen claras las nociones de *derecho probatorio*, *prueba judicial* y del verbo *probar*, será imposible construir una teoría de la prueba judicial. Los elementos básicos y constitutivos de toda disciplina deben estar exentos de ambigüedades para que la teoría que se modele sobre estas nociones descansen sobre pilares sólidos.

Lo anteriormente expuesto no escapa a los procesos constitucionales: los criterios fundamentales de derecho probatorio que venían manejando en Colombia, tanto el legislador como el funcionario público, están consagrados en la Constitución Política de 1991 como derechos fundamentales o como instrumentos de garantía de derechos fundamentales; se estructura de esa manera un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete. Del artículo 29 superior, se desprenden cardinalmente unos principios probatorios constitucionales que obligan tanto al legislador a programar cualquier actuación como al oficio público a desarrollarlos; se destacan el principio de publicidad, de contradicción, de adecuada defensa, el deber del funcionario de no estimar medios probatorios aducidos

a la actuación sin la observancia del rito procedimental, así como no tener en cuenta hechos que no hayan sido llevados a la actuación por medios probatorios legítimos, uniéndoseles otros muchos conocidos como tradicionales, tales como principios de necesidad de la prueba, de eficacia jurídica, de unidad de la prueba, de comunidad de la prueba, de interés público de la función de la prueba, de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, de libertad de prueba.

La noción de derecho probatorio, contiene en sí misma una distinción tácita con la noción de prueba y la de probar. Una posible definición de derecho probatorio que cumpliría con los requisitos de necesidad y suficiencia —del cual hablamos precedentemente— sería la siguiente: El *derecho probatorio* es la disciplina que se preocupa por el fenómeno de la reconstrucción que hacen las partes de unos enunciados fácticos de los hechos socialmente relevantes acaecidos en el pasado (procesal o extraprocésal), a partir de unos medios probatorios idóneos tasados en la ley, para lograr el convencimiento del juez; en el caso de los procesos constitucionales, el juez constitucional.

La noción de prueba en sentido jurídico, se presenta en dos sentidos: i. El jurídico extraprocésal, donde lo que se pretende es o, cumplir con la solemnidad que la ley exige para la existencia y validez del acto jurídico, como sucede por ejemplo, con los actos dispositivos de derechos reales en bienes raíces, o, darle seguridad y garantía a los derechos subjetivos; o, simplemente para crear, modificar o extinguir situaciones derivadas de los hechos, actos y providencias que la ley califica como idóneos; ii. En sentido jurídico procesal, la prueba es la herramienta procesal, la razón, el argumento, el instrumento o el medio con el que se pretende demostrar o hacer presente al funcionario competente la verdad o falsedad de algo, para que aplique determinada consecuencia jurídica. Esta última acepción, determina la relación ineludible de la prueba con el derecho procesal; se configura así la trilogía: norma sustancial —hipótesis—; prueba —la razón de la convicción—; y la forma de llevarle al funcionario esa razón, o de adquirirla oficiosamente. Esta forma la gobierna el derecho procesal: determina el medio o los medios, la admisibilidad y oportunidad, el modo y el sistema de valoración.

Noción de prueba en el Derecho Procesal Constitucional: Siendo el derecho procesal constitucional, una disciplina reciente, todavía en proceso de formación, se propone la siguiente noción de prueba al respecto: *Son las razones, los argumentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar el cumplimiento o no de la Constitución*. En el entendimiento que no sólo hace referencia a velar por la supremacía e integridad de la carta política, sino también a garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales; es decir, nos estamos refiriendo a los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. Cuando el control de constitucionalidad es abstracto, es importante determinar el vicio de inconstitucionalidad, por cuanto si es de *contenido material o sustancial*, el examen que realiza el juez es de puro derecho, en consecuencia, —como regla general— no requiere la práctica de pruebas y por tanto, el período probatorio es irrelevante; en efecto, es un cotejo entre la norma demandada y la Constitución para ver si existe contrariedad de materias, conflicto de fondo. Pero, si el vicio es de *contenido formal o de procedimiento*, es importante acudir a los medios de prueba pertinentes, para determinarlos;

se recuerda que, siendo el procedimiento legislativo un tanto complejo, regularmente surgen (tales vicios) durante el proceso de formación de los proyectos de ley o de actos legislativos o de un decreto, ya sea por violación de las reglas procedimentales previstas en la Constitución o en la ley orgánica del reglamento interno del congreso. Verbi gratia, que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente, etcétera.

En cuanto a los procesos de control concreto de constitucionalidad, el estudio se circunscribe a la prueba en la Acción de tutela o de Amparo y se precisa que, si bien el procedimiento de tal acción constitucional es sui generis, el que se trate —en Colombia— de un término breve y sumario, no pretermite la etapa probatoria que en tales procesos debe surtirse; de hecho, en todo este accionar se tienen que cumplir las normas y principios que rigen el debido proceso y que a partir de la carta política de 1991, se han erigido en *Principios Probatorios Constitucionales*, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución y que, por supuesto son de aplicabilidad en los procesos de acción de tutela, por cuanto que conforme al artículo 4o. del decreto 306 de 1992 “*los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto en el Decreto 2591/91 (reglamentario de la acción de tutela), serán los principios generales del C. de P. C., en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto*”. Los artículos 18 a 22 y 32 del decreto 2591/91 puntualizan las disposiciones relacionadas con la actividad probatoria en esta clase de procesos, que no obstante la precaria normatividad, se cumple una actividad probatoria muy particular.

En cuanto a la *noción de probar*, se recuerda que la concretización de la prueba no es cosa distinta que el acreditar la existencia o no de ciertos hechos que se alegan (acción de probar), derivando de éstos juicios, motivos o razones que convenzan al juzgador (certeza), utilizando los mecanismos o medios de que nos provee el ordenamiento jurídico (medios de prueba).

Finalmente, es necesario recordar que el estudio del derecho probatorio comprende la teoría general de la prueba y la parte especial de la misma; la primera, referida a los cinco grandes interrogantes o problemas jurídicos: ¿Qué es probar? ¿Qué se prueba? ¿Quién prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se valora la prueba?; la segunda, relacionada con los medios de pruebas o instrumentos probatorios. Este esquema es el que se recomienda, debe seguirse para los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad; procesos atípicos dadas sus características; atipicidad que se predica en la manera cómo se surte el debate probatorio.

Ana Giacomette Ferrer

PRUEBA GENÉTICA

Etimológicamente *provar* proviene del latín *probāre* que significa justificar y manifestar la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos; en ese sentido se define a la *prueba* como a toda razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar la verdad o falsedad de algo. Por otro lado, entendemos como *Genética* a la disciplina que tiene

como objeto el estudio del contenido de los genes y los rasgos específicos de los mismos. Desde la óptica jurídica podemos definir a la *prueba genética*, como: el medio de convicción que permite mostrar la veracidad de ciertos hechos controvertidos en un juicio que la ley permite, autoriza y reconoce como eficaces para obtener las características e información genética de determinado ser vivo. El objeto de la prueba en general busca respuestas a distintas interrogantes, por ejemplo: “qué se prueba, qué cosas deben probarse”. Distinguir pues entre los juicios de hecho y los de puro derecho, como lo dicta una máxima jurídica; a sabiendas que los primeros dan lugar a la prueba, y los segundos no. Entonces, podemos decir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte científico determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información genética específico. Cuando hablamos de la prueba genética, un aspecto de trascendencia es el garantizar la fiabilidad y confiabilidad de la prueba, al iniciarse la práctica de este tipo de exámenes, tanto la inexperiencia como el error humano, e incluso técnicos hicieron de este tipo de exámenes una prueba “especial”, tanto por la importancia en sus resultados, como la necesidad de su adecuado y pertinente manejo. Para el caso de este tipo de pruebas en el ámbito penal, han asignado a una o varias instituciones científicas la autoridad para realizar este tipo de pruebas genéticas. Esta seguridad científica le ha otorgado un mayor peso en la admisibilidad de la prueba de identificación de ADN para cuestiones de filiación, por ejemplo. En la práctica, una vez que los laboratorios realizan el examen prueba genética deben enviar al tribunal un reporte escrito que incluya en términos generales: 1. La muestra de los lugares de ADN, así como, las huellas de enzimas de restricción utilizadas para cada persona; 2. El poder de exclusión de cada examen; 3. El poder de exclusión acumulativo; 4. El índice de filiación para cada sistema genético; 5. El índice de filiación; y 6. La probabilidad de filiación.

Como podemos observar la aceptación de la prueba de ADN en nuestro país habrá de ajustarse a las normas de filiación actualmente en vigor, y dado el caso, será necesario realizar algunas reformas legislativas, en especial sobre las consecuencias de la filiación cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad representan una laguna jurídica dentro de nuestro derecho civil. En la medida en que los tribunales se organicen en la ejecución de este tipo de pruebas por parte de una institución competente, podrá concederle un valor probatorio satisfactorio es los casos de filiación. La identificación genética representa actualmente la prueba más eficaz y convincente para conocer la veracidad biológica en materia de filiación. Puesto que, hoy día contamos con los instrumentos necesarios para revelar con casi exactitud los lasos de filiación, la decisión de utilizarlos depende de la opinión de cada sociedad.

En materia de inviolabilidad de la persona, el examen genético ha generado el debate sobre si es posible realizar la prueba Genética a partir de cualquier tipo de tejido sin el consentimiento previo, ello constituye un atentado contra la integridad física del cuerpo humano. Esto implica una modificación sobre el concepto del consentimiento informado, aunque por regla general éste debe ser libre y claro. La libertad, la vida privada, la confidencialidad de la vida privada, constituyen la piedra angular susceptible de ser violentada

por el uso de los exámenes genéticos, por lo que habrán de tomarse medidas jurídicas para su prevención y protección.

Dentro de las ramas del derecho social se encuentran el derecho del trabajo el cual se podría ver alterado por el impacto de las novedosas tecnologías genéticas. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. La Ley Federal del Trabajo, reglamenta la obligación que tienen los trabajadores a someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas existentes en la empresa o establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. En este sentido, es que la información genética del trabajador, no puede ser reglamentada en ninguna ley de trabajo, ya que forma parte de un rubro más general que es el derecho a la confidencialidad de la información nominativa. Por lo tanto, sería ilegal cualquier tipo de examen genético que se practique con motivo de la contratación laboral; en caso, de ser autorizado el examen la información habría: manejarla en forma discreta, y los resultados no deberían ser motivo de una contratación o rechazo definitivo, sino simplemente como un mayor manejo de información, en beneficio del trabajador ya contratado.

Con relación al acceso de la información genética, toda persona tiene derecho a la intimidad, es decir, que la información relativa a su estado de salud es estrictamente confidencial y restringida para el uso de los profesionales de la salud, de tal forma que, sólo el interesado está autorizado para conocer su código genético, debiendo ser informado de los riesgos involucrados así como de los medios terapéuticos a su alcance.

Por otro lado en el derecho penal, las pruebas de huellas genéticas del ADN se han convertido en una técnica *ad hoc* dentro de las investigaciones criminales, debido a que los resultados pueden ser obtenidos a partir de cualquier tipo de fuente de material biológico, ya que todos contienen en sus células el código genético del organismo al que pertenecen. En contraste con los exámenes convencionales de análisis de sangre, cuya confiabilidad dependen de la habilidad de obtener tanto sangre como fluidos humanos, los resultados del ADN no dependen de la naturaleza del material o del tipo de célula analizada, ya que, el código genético está en cualquier tipo de célula del individuo.

Ahora bien, dentro del derecho privado las repercusiones que tienen las tecnologías del ámbito genético, destaca otra rama, por ejemplo, la del derecho mercantil, dentro de la genética, nos interesan tanto el seguro de vida, como el seguro médico. Los recientes avances en la genética han sido vistos con cierta inquietud en cuanto a las repercusiones en el ámbito de seguros médicos. En el contexto de los seguros la información genética puede permitir a las compañías aseguradoras seleccionar con mayor precisión en manejo de los riesgos de salud, y evaluar la posibilidad de asegurarlos. Con relación al manejo de la información genética, debemos decir que aquellas propuestas que pretenden prohibir el uso de la misma y por parte de las compañías de seguros se alejan de la realidad. Lo importante es encontrar las normas que reglamenten adecua-

damente las condiciones de cualquier contrato de seguro médico, previendo los intereses a las partes en cuestión, pero sin discriminar, ni dejar sin atención médica en función de una enfermedad, elicitada por un estudio o prueba genética.

María de Jesús Medina Arellano

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Los *pueblos indígenas* forman parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país*, cuya aspiración política es su pleno reconocimiento como grupos de personas *con gobiernos independientes*. Esta demanda se plantea al interior del Estado, por ello no se puede interpretar que pretendan convertirse en nuevos Estados, sino en pueblos con *autonomía* para decidir su desarrollo social, político y económico.

Las *comunidades indígenas* son *grupos sociales cuyos miembros viven juntos, o tienen bienes, intereses comunes*, y forman parte de un *conjunto de hombres viviendo en sociedad, habitando un territorio definido y tienen en común un cierto número de costumbres, de instituciones*. En este sentido, las comunidades indígenas de México forman parte de un pueblo indígena. Por ejemplo: las comunidades indígenas de Jesús María, Mesa del Nayar y de Santa Teresa (en el estado de Nayarit) forman parte del pueblo indígena Nayerij (cora). Al mismo tiempo, un pueblo indígena forma parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país* llamado México.

Los *pueblos indígenas y sus comunidades* han vivido históricamente bajo la subordinación de otras culturas. En este contexto, el contenido del término Pueblo ha sido reservado a lo que la cultura dominante determina. El fenómeno de *nacionalización de la sociedad* tuvo como efecto principal fortalecer la hegemonía de las culturas dominantes mediante el cual “el pueblo aparecerá, a los ojos de todos como *un* pueblo, es decir como la base y origen del poder político (Étienne Balibar).” De esta manera, las culturas de las poblaciones indígenas fueron integradas por las culturas dominantes en un discurso de consolidación de la categoría pueblo como elemento legitimador de su hegemonía política. Así, se postuló (más como aspiración que como constatación) la existencia del *pueblo de la corona española*, durante la colonización castellana, y del *pueblo de México*, durante la consolidación de la República mexicana. El fin principal de este proceso fue el de controlar las poblaciones existentes (indígenas y no indígenas) en los territorios conquistados: “representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende los individuos y las condiciones sociales (*idem*)”.

El Estado mexicano del siglo XXI dio un giro a su política de integración cultural homogeneizante al establecer como decisión jurídico-político fundamental en nuestra Constitución: el *Principio del pluralismo cultural*, es decir, la diversidad cultural de su población (reforma constitucional al artículo segundo del año 2001). Ello lo coloca en un proceso inédito: transformar el andamiaje judicial, legislativo y administrativo, hacia un respeto pleno de las diferencias culturales y su desarrollo.

La doctrina ha identificado el término *pueblo* como un elemento fundamental de la categoría política dominante llamada *Estado*. Éste ha considerado que su poder es único e indivisible, por tanto, su población debe ser (como aspira-

ción) culturalmente una e indivisible. Por ello, fue política del Estado mexicano la integración cultural de los pueblos indígenas en la mexicanidad, es decir, en la cultura que habla castellano y reproduce los valores de las sociedades llamadas modernas u occidentales. La sustitución del Instituto Nacional Indigenista por la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas marca la distinción entre una política de estado *indigenista*, es decir, monoculturizante, por una política de respeto y desarrollo de las diferentes culturas: *pluriculturalista*.

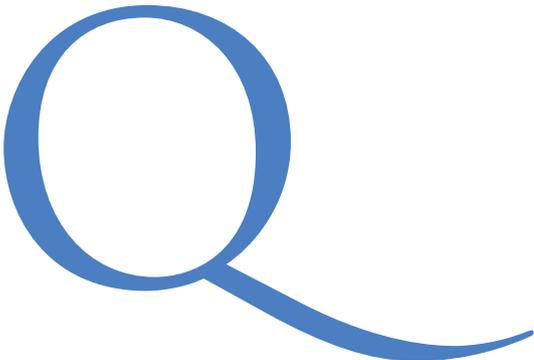
La constante histórica en México ha sido la pluralidad de culturas. La Constitución reconoce que la población existente en el territorio mexicano ya no aspira a ser homogénea culturalmente, sino que *tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas*. El reconocimiento jurídico constata la realidad sociológica, de esta manera el principio de unicidad e indivisibilidad del poder se transforma considerando que el término pueblo de México incluye una pluralidad de pueblos, entre estos, los pueblos indígenas.

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria de los derechos Indígenas estableciendo un “Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (2011).

La Constitución mexicana vigente ha integrado en su seno otra decisión jurídico-político fundamental: el *Principio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*, es decir, reconoce no sólo el derecho de estos a ser y desarrollarse culturalmente, sino también políticamente, como parte del poder estatal, considerando a los primeros como género y a los segundos como sus especies. Define a los *pueblos indígenas* como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Y considera a las *comunidades indígenas* como parte de un pueblo indígena: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Es obligación de los estados de la República el reglamentar (con base en sus características geográficas, históricas y culturales) el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus comunidades establecidas en su territorio. El reconocimiento a nivel interno del derecho de los pueblos indígenas no violenta la unicidad e indivisibilidad del territorio nacional, ya que el Estado mexicano se había obligado a reconocer este derecho en su legislación al aprobar en 1992 el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). En este Convenio se establece que el derecho de los pueblos a la libre determinación no debe entenderse como un derecho a separarse de los Estados en donde se encuentran. En este mismo sentido se manifiesta la Organización de Naciones Unidas en la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (artículos 3-5), de 2007.

Jorge Alberto González Galván



QUEJA EN EL PROCEDIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS

“Queja” viene del latín, del verbo “*queror*” *questus sum* dep. quejarse, deplorar (*suum fatum*, su suerte; *de aliqua re q.*, quejarse de algo), hacer oír sus quejas, sus voces plañideras. De ahí la partícula interrogativa “*quāre*”, adverbio que significa “¿por qué?”, “¿por qué motivo?”.

Y en otra acepción, queja es querella.

Del latín *querēla-æ*, f. Queja, lamentación, reclamación, demanda, querella, descontento (*civitatis* de la ciudad), enfermedad. (Diccionario *Vox* latino-español-latino).

Una queja es una expresión que denota molestia, disgusto, lamentación o dolor. Una queja puede expresarse de diferentes maneras. En forma oral presenta peculiaridades de enojo y las palabras utilizadas pueden ser ofensivas o expresar dolor por el daño que es la razón de la queja. Pueden ser escritas, lo que es común en instituciones o dependencias gubernamentales en donde se emiten quejas y protestas por el incumplimiento de algún servicio o por la violación de derechos.

Quien se queja es porque está insatisfecho, porque reclama algo, y también porque de alguna manera quiere conseguir o indagar algo.

De la pretensión de plantear una queja o reclamación viene la acepción judicial que generalmente damos a este vocablo en derecho.

La queja en el procedimiento de derechos humanos es de carácter no jurisdiccional, cuasi-contencioso, paraprocesal o voluntario y de naturaleza administrativa; tiene varias acepciones, designa diversos tipos de acciones y recursos.

En México la queja, también llamada “reclamación” o “denuncia” en el procedimiento de derechos humanos, como acción, constituye un documento en el cual una o varias personas describen actos u omisiones cometidos por una autoridad o servidor/a público/a y que consideran violatorio de sus derechos humanos.

Su fundamento jurídico lo encontramos en el art. 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su Reglamento Interno.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), conoce de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor/a público/a, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos; asimismo formulan recomendaciones públicas, no vinculatorias. Todo servidor/a público/a está obligado/a a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos.

Por ningún motivo la CNDH podrá examinar cuestiones jurisdiccionales o asuntos electorales.

La formulación de quejas y denuncias no afecta el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan hacer valer los afectados conforme a las leyes, no suspende ni interrumpe sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad.

Por otra parte, en este procedimiento existe también el recurso de queja mediante el cual se sustancian las inconformidades que se presenten ante la CNDH. Este recurso solo puede ser promovido por los quejosos o denunciantes que sufran un perjuicio grave, por las omisiones o por la inacción de los organismos locales de derechos humanos.

Los procedimientos de queja que se sigan ante la CNDH deben ser breves y sencillos, y se ejercerá la suplencia en la deficiencia de la queja.

Cualquier persona puede denunciar. La queja debe presentarse por escrito; sin embargo, en casos urgentes es posible formularla por cualquier medio de comunicación electrónica. No se admiten comunicaciones anónimas, pero en caso necesario se mantiene estricta confidencialidad sobre el nombre y datos del quejoso.

Si se llega a la conclusión de que existió violación de los derechos humanos, la CNDH emite una recomendación; por el contrario, si determina que la autoridad actuó justificadamente, concluye el expediente con un acuerdo de no responsabilidad.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analiza e investiga las violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades gubernamentales, emite un informe y formula recomendaciones al Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) responsable y le otorga un plazo para cumplirlas a fin de que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que los hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que se investiguen y se repare a las víctimas. Puede publicar sus conclusiones y recomendaciones en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

El término “queja” no se utiliza en este procedimiento. El Reglamento de la CIDH establece el de “petición”. Así, peticionario/as es la persona o grupo de personas (puede ser una organización no gubernamental, ONG) que presenta la petición, y presunta/s víctima/s será la persona o grupo de personas presuntamente afectado/as por los hechos alegados en la petición. Las presuntas víctimas deben estar determinadas o ser determinables.

La parte peticionaria debe demostrar que hubo una violación a alguno de los tratados interamericanos de derechos humanos.

En el sistema de las Naciones Unidas existen dos procedimientos para la presentación de quejas o denuncias por violación de derechos humanos.

Por una parte, el procedimiento ante el comité respectivo para que examine las denuncias, en virtud de violaciones de los derechos que sean objeto de cuatro de los seis tratados de derechos humanos llamados “básicos”, que son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Así como las quejas o denuncias que se presentan mediante procedimientos especiales a la Comisión de Derechos Humanos y a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

Al igual que en los casos anteriores, los mecanismos para su presentación son sencillos y accesibles.

La denuncia a un comité, también llamada “comunicación” o “queja”, no tiene que revestir una forma determinada.

Cualquier persona puede presentar una denuncia de violación de los derechos consagrados en el tratado para que el comité respectivo emita un fallo cuasi judicial; sin embargo, la denuncia no puede ser anónima.

Las denuncias con arreglo a uno de los cuatro tratados solo se pueden presentar contra el Estado que cumpla dos condiciones: ser parte en el tratado correspondiente y reconocer la competencia del comité establecido en virtud del tratado pertinente para examinar denuncias de particulares.

Cuando un comité toma una decisión, llamada “opinión”, sobre el fondo de una denuncia, suele hacer sugerencias y/o recomendaciones, incluso si formalmente ha llegado a la conclusión de que no existió violación de la convención de que se trate.

Por su parte, los procedimientos de quejas o denuncias a las comisiones arriba citadas son distintos de los de las quejas o denuncias ante los comités, presentadas en virtud de los tratados internacionales. Las quejas o denuncias a las comisiones se centran en pautas y tendencias más sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, y se pueden presentar contra cualquier país del mundo.

La queja o denuncia se debe presentar por escrito, y debe ir firmada y especificar el Estado parte contra el que se presenta.

María de Lourdes García Ruiz

QUÓRUM

El *Diccionario de la Lengua Española* define al quórum como: “Número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos”.

En el contexto del derecho parlamentario, el quórum es el número mínimo de miembros presentes que se requiere para que la Cámara baja o la alta puedan ya sea instalarse, deliberar válidamente, y en su caso, emitir resoluciones obligatorias; es decir, para que exista un mínimo de representatividad en las decisiones que se vayan a tomar.

En México, el quórum necesario para que el Congreso pueda sesionar data de la Constitución de 1824, art. 36, la cual señalaba que el Congreso no podía “abrir sus sesiones sin la concurrencia de más de la mitad del número de sus miembros”.

Posteriormente, la Constitución de 1857, en su art. 61, reguló el quórum en los mismos términos que la de 1824. Al restituirse la Cámara de Senadores en 1874 se estableció para ésta un quórum de dos tercios de sus integrantes.

Esta última situación fue regulada de la misma manera por el texto original de la Constitución de 1917; sin embargo, el 3 de septiembre de 1993 se reformó el art. 63 unificándose el criterio sobre el quórum para sesionar en ambas Cámaras: más de la mitad de los miembros. De tal manera, la Cámara de Diputados solo puede abrir sus sesiones con la concurrencia de

251 miembros, y la de Senadores con 65 (*Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*).

En su libro *Esencia y valor de la democracia*, Hans Kelsen afirma que el principio de la mayoría parlamentaria supone la existencia de una minoría, pues en ciertas esferas de intereses solo pueden dictarse normas con el asentimiento de una minoría calificada y no contra su voluntad; es decir, ciertas decisiones solo son posibles mediante un acuerdo entre mayoría y minoría.

También afirma Kelsen que todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones. En ello estriba el verdadero sentido del principio de mayoría en la democracia genuina, y por esto es preferible darle el nombre de “principio de mayoría y minoría” (como dice en su libro Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*).

Acorde con el propio Kelsen, uno de los problemas más difíciles y peligrosos del parlamentarismo es el de la obstrucción, pues los preceptos reguladores del proceso parlamentario, y especialmente los derechos concedidos a las minorías, pueden ser utilizados por éstas para entorpecer e incluso paralizar el mecanismo parlamentario, ya sea mediante medios reglamentarios o ilegales. Sin embargo, según el jurista austriaco, la obstrucción ha sido no pocas veces un medio que en lugar de imposibilitar la formación de la voluntad parlamentaria la ha encauzado hacia una transacción entre mayoría y minoría.

Bajo este contexto, es pertinente que se definan los tipos de mayoría que pueden presentarse en los cuerpos deliberativos como los congresos o legislaturas:

Tipos de mayoría:

- a) Simple: la que representa la mitad más uno de los votos de los diputados presentes en una sesión.
- b) Relativa: la que representa el mayor número de votos que los diputados presentes en una sesión, respecto a los distintos resultados de las votaciones emitidas para un solo asunto.
- c) Calificada: la que representa las dos terceras partes de los integrantes de la legislatura.

En el derecho comparado encontramos que en el ámbito parlamentario el porcentaje de miembros que se requieren para integrar el quórum varía en distintos países; por ejemplo, en Colombia se exige el 25% del total de los parlamentarios; en Chile, con la concurrencia de una tercera parte del total de los miembros de las Cámaras se puede sesionar; en Costa Rica el quórum para que se puedan efectuar sesiones es de dos tercios del total de la Asamblea; en Cuba, Perú y Paraguay es de más de la mitad del total de los miembros, y por último, en Argentina, Bolivia y Venezuela es el de mayoría absoluta. Asimismo, se exige el quórum al instalarse la sesión y al momento de la votación.

Ahora bien, la figura del quórum es aplicable también a otro tipo de cuerpos colegiados, bien sea en el ámbito de los poderes judiciales u órganos constitucionales autónomos.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México está compuesta por once ministros, y se requiere de un quórum de siete ministros

para sesionar válidamente, y para tomar decisiones como declaraciones de inconstitucionalidad en el Pleno se requieren mayorías calificadas de ocho ministros (tal y como lo menciona el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Por otro lado, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se compone de siete miembros, y en términos del art. 187 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación puede sesionar válidamente con un quórum de cuatro magistrados. En el caso de las Salas Regionales, también por ley se establece que se integran por tres magistrados, y para sesionar válidamente tienen que estar los tres magistrados, en cuyo caso, ante la ausencia de uno de ellos, un secretario en funciones cubrirá la ausencia del magistrado. Similar modelo adoptan los tribunales colegiados de circuito (tribunales de alzada en juicio de amparo y cortes de casación en el derecho comparado), quienes revisan la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones de los tribunales de las entidades federativas vía amparo directo.

El problema se ha presentado en órganos constitucionales autónomos o con autonomía técnica, como el Consejo de la Judicatura Federal (en términos del art. 100 de la Constitución mexicana es el órgano que administra, vigila y disciplina al Poder Judicial de la Federación con independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se conforma por miembros del Poder Judicial de la Federación, Senado de la República y Ejecutivo Federal) que se integra por siete miembros, y el quórum se integra con cinco consejeros; sin embargo, existen casos en que por meses no se han designado a los propios consejeros, y aun cuando existe quórum para sesionar, existe el riesgo de empatar una decisión fundamental; por ejemplo: una suspensión a juez o magistrado; o bien en el caso del Instituto Federal Electoral, que se integra por nueve consejeros, y en términos del art. 115 del Código Federal de Procedimientos Electorales se requiere que esté la mayoría de los consejeros, entre ellos su presidente, y de no cubrirse las vacantes de consejeros existen serios riesgos para las decisiones del órgano que tiene encargada la función estatal de organizar las elecciones; por ejemplo, la aprobación o no de un dictamen de fiscalización de los partidos políticos.

La justificación de la exigencia del quórum, tanto en órgano parlamentario como en órgano deliberativo (judicial o constitucional autónomo) estriba en que las decisiones deben estar sustentadas en el criterio de la mayoría, pues en términos lógicos una mayoría supone que goza del principio de razón suficiente para tomar cierto tipo de decisiones, con un grado de congruencia, aceptabilidad y atinencia.

Los principios de quórum y de mayoría en los órganos legislativos o parlamentarios no pueden aplicarse para violar derechos fundamentales, porque de acuerdo con filósofos del derecho, como Ernesto Garzón, existe un coto vedado en todo derecho; es decir, un núcleo jurídico que no puede ser decidido por ninguna mayoría. En igual caso, Ferrajoli considera que una decisión, por muy democrática y mayoritaria que sea, si viola derechos fundamentales no es válida.

R



RATIO DECIDENDI

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias (en el derecho anglosajón —*Common Law*—) se compone de dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El elemento vinculante y obligatorio del “precedente judicial” en la doctrina inglesa es el *ratio decidendi* (en sentido literal “la razón para la decisión”). Previo a la elucidación de lo que constituye la *ratio decidendi* en la doctrina del precedente judicial inglés, es necesario establecer la importancia del mismo. El término precedente judicial puede ser entendido como el proceso o medio por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones tomadas en casos previos. En el derecho inglés, la doctrina del precedente judicial implica la aplicación del principio del *stare decisis*, es decir, el principio de “adherirse a los casos resueltos”. En la práctica, esta es una característica de obligatoriedad, lo que significa que los juzgados de igual rango deberán aplicar y seguir sus decisiones previas, y cualquier corte inferior está vinculado a seguir el principio del *stare decisis*. El juzgador, al emitir su fallo, enuncia los hechos que han sido probados durante el procedimiento, para después aplicar el principio normativo sobre los hechos probados para pronunciar el razonamiento jurídico de la resolución judicial (*ratio decidendi*). La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto. La *ratio decidendi* es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por tanto, la *ratio decidendi* es el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, puesto que cobra fuerza vinculante, y deberá ser aplicada por las cortes del mismo rango o de jerarquía inferior.

Debido a que el principio normativo contenido en el caso resuelto es la *ratio decidendi*, siendo el elemento obligatorio y vinculante, se sigue que los casos no son vinculantes en relación a los hechos, sino solamente en relación al razonamiento judicial, con base en el cual el juzgador se apoyó para resolver la controversia. En un caso, la distinción entre los hechos y el principio normativo subyacente, la *ratio decidendi* es compleja y resulta crucial para los propios juzgadores, puesto que es el elemento que tendrán que seguir y aplicar en futuras decisiones, la detallada inspección e identificación del principio normativo es trascendental para evitar errores o consecuencias jurídicas no deseadas en futuros litigios. Distinguir e identificar la *ratio decidendi* dentro de un precedente requiere la separación, por parte del juzgador, de los apartados relevantes e irrelevantes del razonamiento judicial. Los profesores Cross y Harris (*Precedent in English Law*, 4a. ed., 1992, p. 72) establecen que tradicionalmente: “La *ratio decidendi* del caso es aquella regla normativa expresa o implícitamente abordada por el juez como una instancia necesaria para arribar a su conclusión, la cual se adopta en la línea de razonamiento del juzgador”. En la actualidad, dentro de la doctrina del *stare decisis*, es generalmente aceptada la noción de que la *ratio decidendi* de un caso es lo que se determina como el principio normativo subyacente por las cortes, en casos posteriores, y no aquel principio que fue considerado por el juzgador en el caso original. Esta última

noción por la cual se puede llegar a distinguir la *ratio decidendi* de un caso, resulta ser más objetiva, puesto que resulta de mayor utilidad para el juzgador, al relegar cualquier enunciado dentro del caso que corresponda al elemento *obiter dictum*, debido a que los hechos de dos casos posteriores raramente serán idénticos, de esta manera el juzgador en casos posteriores solo tendrá la tarea de restringir o bien extender la *ratio decidendi* de un caso resuelto previamente. Por ejemplo, si el juzgador decide que el pronunciamiento normativo o *ratio decidendi* en el *stare decisis* no es aplicable a los hechos controvertidos sobre los cuales tendrá que tomar una decisión, entonces restringe el ámbito de su aplicación; por el contrario, si el juzgador encuentra que la regla normativa o *ratio decidendi* resulta aplicable a otros hechos en una situación o controversia distinta, entonces estará ampliando su esfera de adjudicación.

La *ratio decidendi* generalmente no es enunciada de manera explícita en el razonamiento judicial; lo delicado de identificar el pronunciamiento normativo subyacente al caso es que el mismo puede encontrarse en medio de los enunciados que forman parte del *obiter dictum*. Lo verdaderamente relevante para la aplicación de la doctrina del precedente en el *Common Law* es descubrir la *ratio decidendi*, la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas aplicadas a los mismos, puesto que sobre estos recae el razonamiento resolutorio del juzgador dentro de la sentencia. La teoría avanzada por el profesor A. Godhart (Slapper y Kelly, *The English Legal System*, 11a. ed., Routledge, 2010-2011) para descubrir la *ratio decidendi* en una sentencia, es la de identificar los hechos que son considerados como materiales para el juzgador, en la resolución del caso concreto, puesto que todas aquellas opiniones, hechos no materiales o razonamientos que fueron irrelevantes para la decisión del caso, constituyen *obiter dictum*. Esta distinción resulta ser la más compleja, y en la que ponen mayor atención los juzgadores para descubrir la *ratio decidendi* de casos previos, puesto que dentro del cúmulo de *stare decisis* reportados por los editores (*reporters*) de la publicación de sentencias, el juzgador debe ser cauteloso, debido a que generalmente no encapsulan debidamente la *ratio decidendi* en el encabezado de la sentencia, es decir, en el resumen de los principales fundamentos de derecho aplicados en una resolución judicial. Es por esta situación que el juzgador no puede confiar plenamente en los encabezados de sentencias previas reportadas, ni constituye un método idóneo para la identificación y distinción de los elementos de la sentencia, puesto que los editores de los reportes pueden interpretar equivocadamente el razonamiento legal e intentar establecer la *ratio decidendi* en el encabezado de una forma demasiado extensa, o viceversa, excesivamente estricta. Es importante tener en consideración que dentro de una sentencia se pueden encontrar dos o más razones en las cuales el juzgador ha fundamentado su decisión; en estos casos, estas razones son *rationes decidendi* y no pueden ser relegadas como *obiter dicta*. Finalmente, es posible que varios jueces, en la resolución de un mismo caso, decidan a favor de una de las partes aplicando una regla normativa, pero fundamentando su decisión en distintas razones; en estos casos, la *ratio decidendi* es aquel razonamiento en el cual la mayoría de los jueces hayan coincidido.

María de Jesús Medina Arellano

RECURSO DE DUDA. MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL LLEVADO A CABO POR EL CONGRESO

El texto constitucional de 1824 estuvo integrado por instituciones de las Constituciones de Francia, Estados Unidos y España, de esta última Constitución fue de donde la Constitución de 1824 trasladó su control de constitucionalidad en el cual la protección constitucional correspondía a las Cortes Gaditanas (art. 372), correspondiéndole el art. 165 de la Constitución de 1824.

En esta primera etapa, correspondió al Poder Legislativo realizar el control de la Constitución por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o decretos emanados de las legislaturas estatales y posteriormente realizar la anulación de tales decretos legislativos. El procedimiento que llevaba a cabo el Congreso para cumplir su objeto en primera instancia de darle solución a la duda de constitucionalidad que existiera sobre alguna ley o decreto era el de comparar la ley o decreto que le presentaban, y en caso de no coincidir con el texto constitucional o el acta constitutiva lo declaraba inconstitucional, este debía de ser anulado por la legislatura emisora. Las resoluciones que emitía al respecto se publicaban en los periódicos nacionales, donde el Congreso en primera instancia declaraba la inconstitucionalidad de la ley o decreto, basado en que eran contrarios a algún artículo de la Constitución federal o acta constitutiva, enseguida publicaba el decreto para tener la seguridad de su actuar.

El método, aunque en esencia sencillo, se justificaba por la integración del Congreso, el cual —como se sabe— era un cuerpo heterogéneo y de contrastes culturales e ideológicos, así este procedimiento cumplía con la exigencia pedida para tal fin.

Basta para ilustrar el siguiente ejemplo: “Enero 7 de 1829.- Ley.-Declaración de Inconstitucionalidad del Decreto número 12 de la Legislatura de Oaxaca.

El Decreto número 12 de la honorable legislatura de Oaxaca es contrario al art. 157 de la Constitución general y 18 y 19 del acta constitutiva” (esta ley circuló el mismo día, por la Secretaría de Relaciones, y se publicó en bando del 9).

El Decreto citado es como sigue: “Art. 1o. Que sea expulsado del territorio del estado el diácono D. Ignacio Ordoño.- Sin embargo se le continuará pagando por la tesorería del estado la pensión que disfruta.- Si regresare a cualquier punto de este territorio, se le declarará traidor y enemigo del estado.

2o. Será expulsado igualmente del estado D. José Mariano Toro hasta que el Gobierno declare que puede regresar, y si lo verificare sin permiso del Gobierno, incurrirá en la pena de cuatro años de presidio.

La protección de constitucionalidad que realizaba el Congreso lo hacía sobre todo el texto constitucional; como no había un capítulo ex profeso de derechos individuales, y estos se encontraban dispersos en el texto constitucional de 1824, al hacer su declaratoria también se encontraban protegidos.

La inquietud en esta primera etapa no consistía en la vigilancia que hacía el Congreso respecto a la constitucionalidad de leyes o decretos de las legislaturas estatales, sin embargo sí se tenía respecto a que el propio Congreso podría emitir leyes de carácter inconstitucional y que este fuera lo suficiente-

mente ético para determinar que una ley o acto contrario al texto constitucional, emanado por el mismo, debería anularse.

Respecto al tema que se presenta, algunos autores han manejado que tal procedimiento se vio interrumpido por la entrada en vigor de las Siete leyes constitucionales, pues en la segunda de estas dio paso al Supremo Poder Conservador; sin embargo, en las mismas Siete leyes constitucionales podemos confirmar que se crearon dos sistemas de protección constitucional: uno que correspondía al Supremo Poder Conservador y el otro que continuaba en el Poder Legislativo. Al finalizar el corto periodo de las Siete leyes constitucionales se retomó el sistema de la Constitución de 1824 y el Acta de Reformas de ese mismo año, en el tópico en cuestión se pretendía mejorar y se proponía la intervención del Poder Judicial federal, es decir se pretendía que el Congreso siguiera vigilando la constitucionalidad de leyes y decretos de las legislaturas de los estados, pero se pretendía crear un procedimiento imparcial en donde interviniera el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decretos emitidos por el Congreso federal, esto lo podemos constatar en el voto particular del señor Ramírez de 1841 y en la misma Acta de Reformas de 1847, en sus arts. 22 al 25.

Hipótesis que se ve reforzada con el proyecto de Ley Reglamentaria de los arts. 22 al 24 del Acta de Reformas de 1847 presentado en el Senado de la República en las sesiones del 18 y 21 de mayo de 1849. Misma que en cinco artículos señalaba el procedimiento de anulación de leyes inconstitucionales emitidas por el Congreso general, el cual se desarrolla en cinco artículos, y daba inicio con la reclamación por el presidente de la República, por una cantidad determinada de diputados (10), seis senadores o tres legislaturas, de anticonstitucionalidad de una ley dentro del término de un mes de haber sido esta publicada ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pasaba tal solicitud al fiscal para que este verificará la procedencia o no de tal solicitud. La Suprema Corte en tribunal pleno determinaba la procedencia o no de tal solicitud; en el primer supuesto comunicaba tal solicitud a las legislaturas estatales, designado el día para que estas emitieran su voto (esto dentro del término de tres meses); de ser improcedente tal solicitud se publicaba el parecer del fiscal y la declaración de la Corte. Después de un mes de haberse cumplido el plazo para la votación de las legislaturas, la Suprema Corte en tribunal pleno abría los pliegos de las legislaturas, y el presidente del más alto tribunal mandaba publicar el resultado de la votación, comunicando este tanto al Poder Ejecutivo como a ambas cámaras; en receso de estas, al Consejo de Gobierno. Si la votación de la mayoría absoluta de todas las legislaturas de los estados que forman la Federación fuera en el sentido de la nulidad de la ley, se realizaba la declaración de nulidad, por lo cual quedaba sin valor alguno la ley que hubiere dado motivo a la consulta.

En los debates del texto constitucional de 1857, el procedimiento en cuestión no fue abordado. Sin embargo, en las entidades federativas, de manera expresa, se seguía conservando esta figura haciéndose manifiesta en las Constituciones locales bajo el régimen de 1857, como Campeche en su art. 37, frac. IV; Chiapas en su art. 46, frac. V; en Chihuahua en su art. 64; Colima en el art. 64; Guerrero en el art. 50; Hidalgo en el art. 53, etcétera.

En el texto constitucional de 1917 no se contempló la anulación de leyes inconstitucionales por parte del Congreso, ya que solo en la afectación, de manera particular en la esfera de los gobernados, se otorgaba por vía de amparo la protección de sus efectos a un caso particular, esto se debió quizás por no haberse insertado en algún artículo constitucional, como sí lo fue el juicio de amparo, al cual como sabemos solo se le encomendó la protección de los derechos fundamentales del gobernado, más no la anulación de leyes de carácter inconstitucional.

Es hasta las reformas de 1994, cuando por vía de la acción de inconstitucionalidad y sujeto a una mayoría calificada el Poder Judicial puede anular leyes contrarias al texto constitucional.

Carlos González Blanco

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El recurso de inconstitucionalidad, conocido en otras legislaciones como acción de inconstitucionalidad, se concede contra las leyes y reglamentos. Para determinar si son constitucionales o no, el juez constitucional realiza una confrontación de ellas con la Constitución.

Con relación a los tratados, de acuerdo con el art. 187 de la Constitución nicaragüense, pueden ser impugnados por inconstitucionales, tanto por la vía del recurso de inconstitucionalidad como por la vía del amparo, en su caso.

La ley puede ser impugnada cuando se violan las reglas esenciales del procedimiento para su formación (*error in procedendo*), para lo cual debe tenerse presente el procedimiento establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Pero no se puede declarar la inconstitucionalidad por cualquier violación, sino solo cuando es sustancial (falta de iniciativa, falta del quórum legal con que sea aprobada, etcétera).

También puede ser impugnada por violar el mandato, principio o valor material de las disposiciones constitucionales, lo mismo cuando altera la organización y competencia de los poderes del Estado y órganos constitucionales.

Es poco frecuente la impugnación de la ley por vicios de forma. En cambio es muy usual impugnar la ley inconstitucional por vicios de fondo y de competencia.

La legitimación para interponer este recurso varía en los diferentes países; en unos es amplia y en otros restringida.

En Nicaragua, a todos los ciudadanos se les concede el recurso directo de inconstitucionalidad contra la ley ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dentro de sesenta días de su entrada en vigencia. Es una acción popular, abstracta, no es preciso alegar perjuicio personal, se concede en beneficio del derecho objetivo constitucional. Después de vencido este plazo, sin que se haya interpuesto recurso alguno de inconstitucionalidad, no por ello la ley queda exenta de ser impugnada por ser inconstitucional, pero a través del amparo cuando sea aplicada en caso concreto, en cuyo caso el legitimado para ello es la parte agraviada.

El recurso de amparo no es procedente contra el proceso de formación de la ley.

La legitimación pasiva la tiene la Asamblea Nacional, representada por el presidente de su Junta Directiva.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad, en virtud del recurso de inconstitucionalidad de la ley, produce la nulidad de esta, pero existen protecciones para ciertos actos realizados durante su vigencia (derechos adquiridos, buena fe, etcétera). En cambio, la inconstitucionalidad decretada a través del amparo solo produce efecto entre las partes, del cual conoce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En el constitucionalismo moderno, el control de inconstitucionalidad por omisión de la ley es objeto de detenido estudio; lo que no se dio en el clásico.

Esta inquietud tiene su acogida primero en Yugoslavia, pasa a Portugal y después a Latinoamérica.

La inconstitucional por omisión puede ser total o parcial. Es total cuando la Constitución contempla la aprobación de una ley y el legislador no la aprueba.

Para que proceda en este supuesto es necesario: que la norma constitucional exija la aprobación de la ley, pues si no lo exige, se deja al criterio del legislador la oportunidad de su aprobación, de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y económicas; que exista mora por el vencimiento del plazo establecido en la Constitución, y si no existe plazo, que haya transcurrido un tiempo prudencial para que entre en mora el legislador, de acuerdo a las circunstancias y exigencias del momento; y la impugnación por persona legitimada para ello, la que es atribuida a los perjudicados por la omisión.

La omisión es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos, personas o situaciones, en cuyo supuesto existe inconstitucionalidad de la ley por omisión.

El recurso por omisión puede ser un instrumento para promover y aplicar los derechos sociales.

En un sistema, como el nicaragüense que no contempla este recurso, se deben usar otros recursos como el de amparo y recursos innominados, y los tribunales pueden valerse de las sentencias aditivas, normativas y apelativas para corregir la inconstitucionalidad por omisión.

Existen tres sistemas que contemplan la omisión. En uno, en el fallo se le exige al Legislativo dictar la ley, señalándole o no plazo para ello; en otro, el juez constitucional recomienda al legislativo aprobar la ley, y resuelve el caso concreto; y en el tercero el juez constitucional aprueba una normativa en forma provisional, mientras el Legislativo acepta la recomendación de la sentencia y la aprueba, pero esto es poco aceptable porque viola la división de poderes. El sistema más aceptable es el segundo.

Iván Escobar Fornos

RECURSO DE QUEJA (AMPARO MEXICANO)

Una de las peculiaridades de este recurso es que, a pesar de ser un medio de impugnación que procede en el trámite del juicio de amparo, en algunos casos se contempla la posibilidad de combatir decisiones de la autoridad responsa-

ble; por ejemplo, contra actos u omisiones en la recepción de la demanda de amparo directo. La legitimación para interponer la queja recae en las partes del juicio de amparo, no obstante, como en todo medio de impugnación, se necesita que quien lo interponga se vea afectado material y jurídicamente en sus intereses. Técnicamente, el recurso de queja es considerado como un medio de impugnación que procede contra las determinaciones en las que no procede expresamente el recurso de revisión.

En la generalidad de los casos, este recurso debe presentarse por escrito ante el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo; sin embargo, tratándose de queja contra actos u omisiones de la autoridad responsable, aquella debe plantearse ante el juzgado o tribunal que haya conocido o deba conocer del juicio de amparo. El plazo para su interposición es de cinco días hábiles, salvo que se trate de autos que concedan o nieguen la suspensión provisional o de plano, pues en estos casos —dada la naturaleza del propio auto impugnado— el plazo se reduce a dos días hábiles. Además, la legislación de amparo contempla la posibilidad de acudir al recurso de queja en cualquier momento, cuando se impugne la omisión de la autoridad de dar trámite a una demanda de amparo.

El art. 97 de la Ley de Amparo enumera los casos en que es procedente el recurso de queja. En amparo indirecto, procede contra las determinaciones siguientes: a) que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no presentada la demanda de amparo o su ampliación; b) que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional; c) que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, o admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; d) que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado; e) que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, siempre y cuando no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional; f) que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios; g) que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado, y h) que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.

En el caso del inciso e, el art. 102 de la Ley de Amparo establece que el juez de distrito o tribunal unitario de circuito de cuya potestad emanó el acto materia de la queja, podrá suspender el procedimiento en el juicio; lo anterior, siempre que se estime que la resolución que se dicte en ella pueda influir en la sentencia, o cuando de resolverse en lo principal, se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia. Esta situación nos permite considerar que el recurso de queja, interpuesto bajo la hipótesis señalada (contra autos emitidos durante la tramitación del juicio), será improcedente cuando el acuerdo de trámite impugnado no causa ese tipo de perjuicio. Un ejemplo de determinaciones que no causan perjuicio al recurrente podría ser el auto que recae al escrito de expresión de alegatos o de la recepción de una pericial.

En amparo directo, el recurso de queja procede contra actos u omisiones de la autoridad responsable en los casos siguientes: a) cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente; b) cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue esta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; c) contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios, y d) cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma materia causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.

En relación con el recurso de queja, la Suprema Corte Mexicana interpretó el contenido del art. 95 de la abrogada Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, en el cual se catalogaban las hipótesis de procedencia del recurso de queja. En este sentido, la Corte (Jurisprudencia 1a./J. 12/2011) estableció que si el promovente de un recurso de queja, al interponerlo incurrir en error por cuanto se refiere a la precisión de la fracción en la cual está previsto el supuesto jurídico que pretende combatir, el órgano jurisdiccional a quien corresponda conocer de aquel, debe enmendar dicho error y avocarse a su análisis y resolución. Lo anterior, con la salvedad de que la interposición del recurso se hubiere efectuado dentro del plazo y con los requisitos expresamente establecidos en la ley, suplencia técnica que —estimó la Corte— no implica cambiar un recurso por otro distinto, pues únicamente consiste en precisar la fracción correcta en la que encuadra la inconformidad respectiva. Este criterio, si bien fue adoptado bajo la vigencia de un cuerpo legal abrogado, puede servir de base para la aplicación del contenido del actual art. 97 de la vigente Ley de Amparo.

La Ley de Amparo de 1936 establecía la procedencia del recurso de queja contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias de amparo; sin embargo, como resultado de la evolución que ha tenido el juicio de amparo en nuestro país, como medio de protección de los derechos fundamentales, la legislación de amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, en su art. 96, amplió el espectro de medios de impugnación y estableció el recurso de inconformidad como medio de impugnación contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias. Esto significa que la actual Ley acotó la procedencia del recurso de queja únicamente contra actos emitidos en el trámite del juicio de amparo, y de aquellos que después de dictada la sentencia pudieran causar perjuicio irreparable al gobernado, siempre y cuando, se insiste, el auto materia de la impugnación no tenga nada que ver con el cumplimiento y ejecución de la resolución que otorgó la protección constitucional.

Sin duda, la Ley de Amparo vigente simplifica la técnica para la presentación y sustanciación del recurso de queja y, desde luego, hizo a un lado aquel debate en el que se sostenía que las impugnaciones contra actos emitidos en ejecución y cumplimiento de sentencias, debían tramitarse de manera incidental.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO DE QUEJA EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es el medio de impugnación mediante el cual se pretende el cumplimiento forzoso de una resolución con efectos generales dictada en una acción de inconstitucionalidad, en la que, naturalmente, se determinó la inconstitucionalidad de la norma general sometida a escrutinio constitucional y/o convencional.

Cabe precisar que este recurso es notoriamente improcedente contra las sentencias que arriben a la conclusión de que la ley o tratado internacional impugnado es constitucional.

Ahora bien, la sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación trae aparejada *ejecución*: ante su eventual incumplimiento, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en consonancia con la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, las normas relativas a su estricta observancia.

En ese tenor, el art. 59 de dicho ordenamiento prevé la aplicación de las disposiciones del título II —controversias constitucionales—, cuando sea pertinente en acciones de inconstitucionalidad.

Considerando lo anterior, es incuestionable la procedencia del recurso de queja establecido en la frac. II, del art. 55, de la citada Ley Reglamentaria por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad, en virtud de que un punto estructural del control abstracto ejercido por el alto tribunal es el cabal cumplimiento de la resolución que declara la inconstitucionalidad o inconventionalidad con efectos generales, ya que de lo contrario se estaría burlando el apego normativo, así como el pleno respeto a la norma fundamental y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, de las cuales forme parte el Estado mexicano.

El incumplimiento de una sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad que determina la inconstitucionalidad del objeto normativo impugnado no sería posible resarcirlo mediante el ejercicio posterior de diversa acción de inconstitucionalidad o un juicio de amparo, de ser así, nos encontraríamos ante una resolución sin fuerza ejecutoria, carente de eficacia y ante un control de constitucionalidad nugatorio ante la generalidad que implican las sentencias que declaran la invalidez, ya que su cumplimiento quedaría a disposición de las autoridades legislativas emisoras y ejecutivas promulgadoras del producto normativo cuestionado, con lo que la finalidad del art. 105 de la Constitución federal y el ejercicio de contraste que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tendrían utilidad alguna.

Por tanto, es evidente que el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad no tiene como finalidad cuestionar actos de miembros del Poder Judicial federal o resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su acción está dirigida a elementos ajenos tanto a dicho poder como a los integrantes del alto tribunal, su objeto real de que se acate en su integridad el fallo dictado en el referido medio de control de constitucionalidad es, en síntesis, un medio para que la Corte, en su dimensión de Tribunal Constitucional,

pueda intervenir en el cumplimiento íntegro de la sentencia ejecutoria dictada con motivo de una acción federal de inconstitucionalidad.

El cimientto constitucional de dicho recurso lo encontramos en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 55 a 58 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

RECURSO DE RECLAMACIÓN (AMPARO MEXICANO)

En los órganos jurisdiccionales de amparo con integración colegiada, corren a cargo de sus presidentes una serie de actos que van desde la admisión o desechamiento de demandas o recursos, hasta el trámite e integración de los mismos. Frente a dichas actuaciones, el legislador previó como medio de impugnación el recurso de reclamación, cuya razón estructural está definida en el art. 104 de la Ley de Amparo. Este recurso procede contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia mexicana, por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito. El plazo para su interposición es de tres días hábiles, sin embargo, la Primera Sala del aludido tribunal constitucional determinó (jurisprudencia 1a./J. 82/2010) que si dicho recurso se interpone antes de que inicie dicho plazo, su presentación no es extemporánea, pues si el aludido medio de defensa no puede hacerse valer después de tres días, ello no impide —por lógica elemental— que el escrito correspondiente se presente antes de ese término.

A pesar de que el art. 104 de la Ley de Amparo establece el tipo de autos contra los cuales procede el recurso de reclamación (acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito), consideramos que para su procedencia no basta que solo sea un auto de trámite, sino que el auto que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; es decir, que materialmente afecte los intereses del recurrente, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

En cuanto a las formalidades externas y requisitos de fondo, el citado art. 104 exige la concurrencia de las siguientes condiciones: que se presente de forma escrita y que se planteen los agravios que irroge la resolución recurrida. En contraposición a lo anterior, el art. 80 de la Ley de Amparo establece que los medios de impugnación que existen en el juicio de amparo, así como los escritos y promociones que se realicen en ellos pueden ser presentados en forma impresa o de manera electrónica. En este aspecto, si bien corresponderá a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación definir esta posible antinomia en cuanto a la forma en cómo se debe presentar el recurso de queja, creemos que su interposición debería ser aceptada en uno u otro caso, sobre todo porque los procedimientos jurisdiccionales deben adaptarse a las nuevas tecnologías de la información.

Del recurso de reclamación toca resolver, según sea el caso, al pleno o salas de la Suprema Corte, o al pleno del tribunal colegiado respectivo, quienes deberán emitir resolución en un plazo máximo de diez días hábiles, a partir de su presentación. Los efectos de una reclamación fundada serán la de dejar sin efectos el acuerdo recurrido y obligar al presidente de la corte, sala o tribunal colegiado a emitir el auto que corresponda, siguiendo los lineamientos de la determinación que resolvió el citado recurso.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO DE RECLAMACIÓN EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En general, los recursos constituyen el acto de impugnación de los actos procesales mediante los cuales se pretenden anular las determinaciones de trámite dentro de un proceso que el actor o recurrente considera que son incorrectos con la finalidad de regresar a la etapa procesal correcta o atinada. Siendo así, en una primera aproximación, el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un medio de impugnación dentro del proceso abstracto de control de constitucionalidad establecido en el art. 105, frac. II de la Constitución federal, así como en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la misma, y tiene como objeto cuestionar el auto del ministro instructor en el que determinó desechar la acción promovida.

Su objeto es enmendar un agravio que el recurrente estima que cometió el ministro instructor, y como consecuencia, hacer que se inicie un proceso, se reinicie o se reencause.

En términos más amplios, podemos afirmar que el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un recurso ordinario, devolutivo e instrumental, que tiene por objeto solicitar a un ministro distinto del instructor la procedencia de una acción federal de inconstitucionalidad que el recurrente considera indebidamente inadmitida o desechada por el ministro “ponente” o “instructor”, solicitando en él la revocación de la resolución —*auto*— de este último, por virtud de la cual se acordó la precitada inadmisión.

El art. 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, concretiza el supuesto de procedencia del medio de impugnación en análisis, al señalar que el recurso de reclamación, previsto en el art. 51, únicamente será procedente contra los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días en cualquier materia; sin embargo, cuando se trate de leyes electorales, dicho plazo se reduce a tres días y el pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

En términos del art. 53 de la citada Ley Reglamentaria, el recurso de reclamación se debe ejercitar ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga. Una vez que este plazo ha transcurrido, el presidente del alto tribunal turnará los autos

a un ministro distinto del instructor, con el fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al pleno.

Existen ocasiones en las que los recursos se interponen sin motivo alguno o bien con la intención de “retardar” el proceso, por ello el legislador, tratándose del recurso de reclamación en acciones federales de inconstitucionalidad, estableció en el art. 54 de la citada Ley Reglamentaria una multa, la cual será impuesta al recurrente a razón de diez a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, es decir, al momento en el que se ejercitó el recurso.

El asidero constitucional del medio de impugnación analizado se encuentra establecido en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 51 a 54 y 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

RECURSO DE REVISIÓN (AMPARO MEXICANO)

La doctrina del derecho procesal instruye, en la generalidad de los casos, que las resoluciones judiciales de primera instancia pueden ser objeto de estudio por el tribunal de mayor jerarquía, mediante la interposición del recurso correspondiente. México no está ajeno a este aspecto, pues, a diferencia de otros países, dentro del amparo mexicano existe la posibilidad de interponer diversos recursos, uno de ellos es el de revisión, cuyo trámite resulta un poco complejo dada la forma como está regulado en la Ley de Amparo. La competencia para resolver el recurso de revisión, según sea el caso, recae en la Suprema Corte de Justicia mexicana y en los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación; su interposición debe hacerse en el plazo de diez días hábiles, por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida.

Las hipótesis de procedencia del recurso de revisión se encuentran enumeradas en el art. 81 de la Ley de Amparo. En dicho numeral se establece que en *amparo indirecto*, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión definitiva; en este caso, los autos o determinaciones que se dicten en la audiencia incidental deberán impugnarse al mismo tiempo en que se interponga el recurso contra la resolución definitiva emitida en el incidente de suspensión. El recurso de revisión también procederá en contra de las resoluciones que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva; en este sentido, los autos emitidos en la audiencia incidental deberán ser impugnados junto con la resolución definitiva. De la misma forma, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y las sentencias dictadas en la audiencia constitucional.

A manera de excepción, se pueden impugnar ante la Suprema Corte mexicana las sentencias pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en los juicios de amparo directo contra sentencias judiciales, cuando en ellas se estime la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente

un precepto de la Constitución federal. En este caso, la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones dictadas por los tribunales colegiados de circuito se fija mediante la concurrencia de: a) que se trate de sentencias dictadas en amparo directo, b) que en ellas se decida una cuestión sobre la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente algún precepto de la Constitución, y c) que la decisión e interpretación citadas no se funden en jurisprudencia establecida por la Suprema Corte. No obstante, el art. 83 de la Ley de Amparo establece la competencia de la Suprema Corte mexicana para conocer del recurso de revisión contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, cuando se hayan impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; así, por exclusión, los tribunales colegiados de circuito son competentes para conocer del recurso de revisión en amparo indirecto en los casos no previstos en el artículo anteriormente citado.

En ambos casos (revisiones en amparo directo e indirecto), la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este. Esta figura procesal es denominada revisión adhesiva.

La legitimación para interponer el recurso de revisión requiere la satisfacción de las condiciones siguientes: a) gozar del atributo de parte, acorde a lo previsto en el art. 5o. de la Ley de Amparo, y b) tener interés para que subsista o desaparezca una resolución determinada. Es decir, no basta ser formalmente parte en el juicio de amparo para estar en aptitud de interponer el recurso de revisión, sino que —además— es exigencia *sine qua non* que el fallo que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; esto es, que materialmente se vean afectados sus intereses, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

Bastaría considerar que los recursos previstos en la Ley de Amparo fueron consagrados con el propósito de reparar los perjuicios sufridos por las partes en el juicio con motivo de las determinaciones ilegalmente adoptadas por el órgano jurisdiccional, para llegar a la conclusión de que es inadmisibles la revisión intentada contra un fallo de sobreseimiento por parte de la autoridad responsable, pues en realidad no le causa ningún perjuicio. Por ejemplo, una determinación que sobresee en el juicio, si bien puede resultar lesiva para el quejoso, pues le impide obtener una sentencia favorable a sus intereses, lo cierto es que no puede causar por sí misma perjuicio a las autoridades responsables, porque ni vincula su actuación en algún sentido, como tampoco le impone deberes, menos aún prejuzga sobre la constitucionalidad del acto reclamado.

Finalmente, el recurso de revisión tiene una limitación en cuanto a su interposición respecto de la autoridad responsable, la cual está contenida en el art. 87 de la Ley de Amparo. En este caso, la autoridad responsable

solo podrá interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas. Empero, las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando este se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que este tipo de autoridades tienen como característica esencial la imparcialidad que es intrínseca a la función jurisdiccional. En efecto, estas autoridades tienen como finalidad la búsqueda de la verdad jurídica mediante el ejercicio de la función de decir el derecho entre las partes contendientes, con la única y exclusiva pretensión de administrar justicia y garantizar los derechos de la sociedad y el interés público, lo que les impide asimilarse a las partes.

Por ello, las autoridades jurisdiccionales no pueden válidamente recurrir en revisión la ejecutoria dictada en el juicio constitucional que declara la inconstitucionalidad de la resolución impugnada en la vía de amparo, pues con ello estarían favoreciendo a una de las partes contendientes con el correlativo perjuicio de la otra, demeritando así el deber de imparcialidad que la ley les impone y violando las obligaciones legales que les incumben como resolutoras, intérpretes y aplicadoras de la ley, lo cual resulta contrario al principio de igualdad procesal.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO DE REVISIÓN (NUEVA LEY DE AMPARO)

El recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se erige, como la gran mayoría de la doctrina lo ha identificado, en el medio de impugnación de mayor importancia en el contexto de dicho ordenamiento.

I. *Procedencia.* Se encuentra regulada en términos de lo dispuesto en su Capítulo XI, específicamente en el art. 81, donde se establecen las hipótesis que justifican su apertura, diferenciándose entre los supuestos relativos al juicio de amparo indirecto y del juicio de amparo directo, respectivamente.

Para el primer caso, atinente al amparo indirecto, se dispone que el recurso de revisión procede contra las resoluciones siguientes: *a)* las que concedan o nieguen la suspensión definitiva; debiéndose impugnar, en su caso, los acuerdos pronunciados en la audiencia incidental; *b)* las que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva, o las que nieguen la revocación o modificación de esos autos; en su caso, debiéndose impugnar los acuerdos pronunciados en la audiencia correspondiente; *c)* las que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; *d)* las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y *e)* las sentencias dictadas en la audiencia constitucional; en su caso, impugnándose los acuerdos pronunciados en la propia audiencia.

En el caso del amparo directo, el recurso de revisión procede contra las sentencias que resuelvan acerca de la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos estable-

cidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieran sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del Pleno.

En ambas hipótesis, según lo dispuesto en el art. 82 de la ley en comento, la parte que obtuvo resolución favorable en el juicio de amparo puede adherirse a la revisión interpuesta por otra de las partes dentro del plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes. La adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.

II. *Competencia.* Para conocer del recurso de revisión, los arts. 83 a 85 de la Ley de Amparo identifican que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es quien resolverá el recurso de revisión contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional, cuando habiéndose impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

En ese sentido, se precisa que el Pleno del alto tribunal, mediante acuerdos generales, distribuirá entre las salas los asuntos de su competencia o remitirá a los tribunales colegiados de circuito los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine.

Haciendo uso de esa facultad, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el acuerdo general 5/2013, del 13 de mayo de 2013, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

En los casos restantes, son competentes para conocer del recurso de revisión los tribunales colegiados de circuito, cuyas sentencias no admitirán recurso alguno.

A pesar de lo anterior, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que un amparo en revisión, por sus características especiales, deba ser de su conocimiento, lo atraerá oficiosamente conforme al procedimiento establecido en el art. 40 de la propia ley.

Igualmente, el tribunal colegiado del conocimiento podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejercite la facultad de atracción, para lo cual expresará las razones en que funde su petición y remitirá los autos originales a ésta, quien dentro de los treinta días siguientes al recibo de los autos originales resolverá si ejercita la facultad de atracción, procediendo en consecuencia en los términos del párrafo anterior.

Tratándose de la revisión de sentencias pronunciadas en materia de amparo directo por tribunales colegiados de circuito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá únicamente sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

III. *Plazos*. En lo relativo a la *oportunidad*, según lo dispuesto en el art. 86 de la Ley de Amparo, el recurso de revisión se interpondrá en el plazo de diez días por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida y que su presentación por conducto de órgano diferente al anterior no interrumpirá el plazo de presentación.

IV. *Legitimación*. Además de lo adelantado, se tiene que, en términos del art. 87 de la Ley de Amparo, las autoridades responsables solo podrán interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas; tratándose de amparo contra normas generales, podrán hacerlo los titulares de los órganos del Estado a los que se encomiende su emisión o promulgación.

Acerca de ese aspecto se puntualiza que las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando éste se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

V. *Formalidades*. Por otra parte, las formalidades de la interposición del recurso se encuentran descritas, en principio y de manera genérica, en el art. 80 del ordenamiento en cita, que exige que los escritos y promociones que se realicen en los medios de impugnación sean presentados en forma impresa o electrónicamente, así como que los requisitos relativos al acompañamiento de copias o de presentación de cualquier tipo de constancias impresas a los que ahí se refiere no serán exigibles a las partes que hagan uso de los medios electrónicos, siendo que éstos serán cumplimentados por esa vía.

Ya de modo específico, el art. 88 de la Ley de Amparo establece que el recurso de revisión se interpondrá por escrito, en el que se expresarán los agravios que cause la resolución impugnada. Así, para el caso de que el recurso se interponga en contra de una resolución dictada en amparo directo, el recurrente deberá transcribir textualmente la parte de la sentencia que contenga un pronunciamiento sobre constitucionalidad de normas generales o establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la parte del concepto de violación respectivo cuyo análisis se hubiera omitido en la sentencia.

En caso de que el escrito de expresión de agravios se presente en forma impresa, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes; exigencia que, como se adelantaba, no será necesaria en los casos que el recurso se presente en forma electrónica.

Cuando no se haga la transcripción antes referida o no se exhiban las copias señaladas, se requerirá al recurrente para que en el plazo de tres días lo haga; si no lo hiciera se tendrá por no interpuesto el recurso, salvo que se afecte al recurrente por actos restrictivos de la libertad, se trate de menores o de incapaces, o se afecten derechos agrarios de núcleos de población ejidal o comunal, o de ejidatarios o comuneros en lo individual, o quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio, en los que el órgano jurisdiccional expedirá las copias correspondientes.

VI. *Tramitación*. En el contexto de la substanciación del recurso, los arts. 89 a 92 de la Ley de Amparo prevén que la definición de su procedencia la

califica el presidente del órgano jurisdiccional, quien en su caso observará ciertas reglas, a saber:

1. Si quien recurre es el quejoso, examinará, en primer término, los agravios hechos valer en contra del sobreseimiento decretado en la resolución recurrida.

Si los agravios son fundados, examinará las causales de sobreseimiento invocadas y no estudiadas por el órgano jurisdiccional de amparo de primera instancia, o surgidas con posterioridad a la resolución impugnada;

2. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará, en primer término, los agravios en contra de la omisión o negativa a decretar el sobreseimiento; si son fundados se revocará la resolución recurrida;

3. Para efectos de las fracs. I y II, podrá examinar de oficio y, en su caso, decretar la actualización de las causales de improcedencia desestimadas por el juzgador de origen, siempre que los motivos sean diversos a los considerados por el órgano de primera instancia;

4. Si encontrara que por acción u omisión se violaron las reglas fundamentales que norman el procedimiento del juicio de amparo, siempre que tales violaciones hayan trascendido al resultado del fallo, revocará la resolución recurrida y mandará reponer el procedimiento;

5. Si quien recurre es el quejoso, examinará los demás agravios; si estima que son fundados, revocará la sentencia recurrida y dictará la que corresponda;

6. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará los agravios de fondo, si estima que son fundados, analizará los conceptos de violación no estudiados y concederá o negará el amparo, y

7. Solo tomará en consideración las pruebas que se hubieran rendido ante la autoridad responsable o el órgano jurisdiccional de amparo, salvo aquéllas que tiendan a desestimar el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional.

En el caso de la revisión adhesiva, el estudio de los agravios podrá hacerse en forma conjunta o separada, atendiendo a la prelación lógica que establece el art. anterior.

Luis María Aguilar Morales

RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO

En el campo de la justicia constitucional debe entenderse este instrumento procesal como el procedimiento establecido en numerosos ordenamientos contemporáneos para acudir en última instancia ante los tribunales o cortes supremos especializados en la solución de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales cuando se imputa a las autoridades públicas, y actualmente también a los llamados poderes privados, la violación de los derechos humanos de los afectados establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, con la inclusión reciente de los establecidos en los documentos internacionales incorporados a los mismos.

Este concepto puede aplicarse a los recursos que se interponen ante dichos organismos jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos

en los ordenamientos de América Latina y España (y por influencia de este último país en algunos otros ordenamientos) y que han recibido el nombre genérico de “recurso”, “acción” o “juicio de amparo”, por lo que, para no incurrir en repeticiones, no se hará mención del derecho de amparo, que debe consultarse en la voz correspondiente.

Por tanto, únicamente se hará referencia en esta voz del diccionario a las impugnaciones procesales que se han regulado en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Europa continental, y que se han extendido de manera paulatina y progresiva a otros sistemas jurídicos contemporáneos.

En esta dirección se puede afirmar que, a diferencia de lo que ocurrió en el continente americano, en el cual, por influencia de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, se estableció un sistema jurisdiccional para conocer de los conflictos de carácter constitucional con matices y modalidades, en Europa continental se encomendó a órganos políticos, particularmente el Legislativo, pero también algunos organismos especiales, en particular en algunas Constituciones francesas, tales como el Senado conservador de la Carta revolucionaria de 1799 (año VIII), la decisión sobre los conflictos de carácter constitucional, ya que inversamente al sistema americano, se prohibió expresamente a los jueces pronunciarse sobre la conformidad de las leyes aplicables en los casos concretos en los cuales conocían, con la Constitución.

Se puede afirmar que en Europa continental se introdujo el control jurisdiccional de las controversias de carácter constitucional, en la Carta federal austriaca de 1920, que se inspiró en este aspecto en el pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, quien además fue miembro de la Asamblea Constituyente, ya que en dicha carta fundamental se estableció por vez primera un tribunal especializado denominado “Corte Constitucional” a la cual se encomendaron, además de otras atribuciones como las relativas al conocimiento y solución de los conflictos de competencia y atribución de los órganos del Estado, la impugnación de las disposiciones legislativas y algunas otras, como la protección de los derechos humanos establecidos en una ley anterior expedida el 21 de diciembre de 1867 (reconocida como ley constitucional por el anexo I de dicha carta fundamental, todavía vigente) por conducto del “recurso directo individual” encomendado en última instancia ante dicho Tribunal, con la denominación genérica de *Beschwerde* (literalmente queja). La Carta federal austriaca experimentó una reforma sustancial en 1929, pero sin alterar la esencia de la jurisdicción constitucional. Este modelo fue seguido por la Constitución de la nueva República de Checoslovaquia, establecida en esa primera posguerra, que fue expedida meses antes de la austriaca, pero inspirada por el proyecto de esta última, y que también consagró dicho recurso directo individual. En ese mismo periodo, la Constitución republicana española de diciembre de 1931, que en esta materia siguió el paradigma austriaco, estableció también un organismo jurisdiccional especializado que denominó “Tribunal de Garantías Constitucionales” al cual atribuyó la competencia de conocer, además del recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, el de la violación de los derechos humanos consagrados en dicho texto fundamental, por conducto del citado “recurso directo individual”, con el nombre de “recurso de amparo” (denominación tomada expresamente de la institu-

ción de origen mexicano), lo que confirma la afirmación de que existe equivalencia entre ambos instrumentos tutelares de los derechos fundamentales.

El modelo kelseniano fue suspendido en Austria desde 1934 por un gobierno autoritario, y se suprimió, como era de esperarse, durante la anexión de Austria por el gobierno autoritario de Hitler en 1938, y ocupada por el ejército alemán hasta 1945, cuando Austria fue liberada. Uno de los primeros actos del régimen democrático de ese país (formado durante la ocupación aliada) fue el restablecimiento de la Carta Federal de 1920-1929, y por supuesto de la Corte Constitucional de carácter individual. No sería posible señalar, por la índole de este trabajo, el enriquecimiento progresivo de los derechos humanos incorporados en los numerosos anexos del texto fundamental, incluyendo los de los tratados internacionales ratificados por dicho país, tutelados por el propio recurso.

A partir de entonces, el modelo continental austriaco o kelseniano se extendió de manera progresiva en los nuevos textos fundamentales expedidos en la segunda posguerra, los cuales establecieron tribunales y cortes constitucionales, entre los que destacan las Constituciones de Italia (1948), de la República Federal de Alemania (1949), de Portugal (1976-1982) y de España (1978); a las cuales se puede comprender dentro de la primera ola de jurisdicciones constitucionales, que se extendió a otros ordenamientos de diversas tradiciones jurisdiccionales, inclusive en Asia y en África. Una segunda ola, y además muy extensa, se produjo a partir de 1989, en cuanto los países de Europa del Este abandonaron al modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa occidental, y poco tiempo después lo hicieron varias partes de la Unión Soviética, la que se desintegró en esa época, ya que se independizaron y formaron la Comunidad de Estados Independientes. Con los restos de la anterior Unión Soviética se formó la República Federal de Rusia. Todos estos nuevos o reformados ordenamientos introdujeron tribunales y cortes constitucionales de acuerdo con el paradigma occidental. También es digna de mención la transformación sustancial del régimen de la República Sudafricana, la que después de años de lucha, tanto interna como internacional, pudo superar al oprobioso régimen discriminatorio del *Apartheid*, por conducto de la Constitución provisional de 1994, que creó también una Corte Constitucional, la cual inclusive dictaminó favorablemente el proyecto de la Carta definitiva de 1997. En la mayor parte de estos ordenamientos, se encomendó en última instancia el conocimiento y la resolución del “recurso directo individual” (calificado como “recurso de amparo constitucional” ante el Tribunal Constitucional español).

Son escasos los ordenamientos de Europa continental que no atribuyen a sus organismos jurisdiccionales, especializados en la solución de controversias sobre la aplicación de las normas constitucionales, el conocimiento del recurso directo, como son Italia, Portugal y Francia (este último ordenamiento debido a que, de acuerdo con su traducción, estableció en su vigente carta fundamental de 1958 el denominado “Consejo Constitucional”, que en un principio se consideraba como un organismo político, pero que paulatinamente ha adquirido carácter jurisdiccional), lo que no significa que no pueden proteger los derechos humanos, pero lo hacen por medio de la impugnación

de las disposiciones legislativas. Sin embargo, se puede sostener que de acuerdo con el art. 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en cuanto dispone en los Estados que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas por la presente Convención sean violados, tendrá un *remedio eficaz ante la autoridad nacional aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúan en su capacidad oficial*”. Esta disposición es similar, pero no tan precisa como las semejantes que han regulado el recurso directo individual en el ámbito interno en otros documentos o convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Para no recurrir en reiteraciones con el derecho de amparo, solo se hace notar que en los ordenamientos latinoamericanos se han introducido también tribunales, cortes y salas constitucionales (estas últimas como innovación del derecho constitucional latinoamericano), organismos jurisdiccionales que también conocen el grado final del citado recurso constitucional directo (con los nombres de “amparo” y otros equivalentes, que pueden ser comprendidos en un concepto amplio del derecho de amparo). Pero no por ello han abandonado el llamado control difuso, debido a la tradición del sistema americano, por lo que han creado un “régimen mixto o combinado”.

Como conclusión se puede considerar que, en la actualidad, el recurso directo individual ha adquirido una gran trascendencia dentro de las funciones que se han atribuido a los tribunales, cortes y salas constitucionales, ya que la tutela de los derechos humanos se ha convertido en la más importante y esencial de las atribuciones de dichos organismos jurisdiccionales, e inclusive la de mayor número de casos. Pero además, dicho recurso no solo ha progresado en extensión sino también en profundidad, pues abarca la tutela no solo de los derechos humanos constitucionales en el ámbito interno, sino también los contenidos en los documentos y tratados internacionales, en un doble sentido, desde el ángulo del derecho interno por medio de los “derechos nacionales de fuente internacional” (es decir, los que han sido incorporados por los Estados en sus ordenamientos), y además los mismos derechos que pueden impugnarse, de manera subsidiaria y complementaria ante los organismos y tribunales internacionales, pero además, la tutela abarca la protección de los llamados “intereses y derechos difusos” (es decir, los que afectan a grupos sociales no organizados), y finalmente también se ha llegado a abarcar de manera paulatina la tutela de los derechos humanos afectados por los llamados “poderes privados o sectores privados en situación de preeminencia”.

Héctor Fix-Zamudio

RECURSO “OBEDÉZCASE PERO NO SE CUMPLA”

El recurso “obedézcase pero no se cumpla” tuvo lugar cuando dentro de los regímenes hispánico y novohispánico se violaba de un modo manifiesto el derecho natural, el cual debía prevalecer sobre las costumbres y las leyes, y si estas se oponían a aquel, no debían ser cumplidas ni ejecutadas, sino solamente obedecidas con actitud pasiva, efectuándose un “control de naturalidad” que se supone se realizó para examinar o revisar el ejercicio de autoridad del virrey, y, en última instancia, del rey en la época del Medievo.

La palabra “obedecer” proviene del latín *obedire*, cuya ortografía arcaica era *oboedire*, siendo el diptongo *oe* conmutativo con *u* o *au*; de donde el equivalente *abaudire*: el prefijo *ob* se hace descender del sánscrito *abhi*, que indica la posición de una persona o cosa o su actitud ante otra persona o cosa. Etimológicamente la voz “obedecer” expresa la actitud de una persona que escucha a otra, actitud de atención y respeto; pero nada más que una actitud. En tanto que la palabra “cumplir”, del latín *complere* significa acabar de, llenar, completar, perfeccionar; es decir, expresa una acción. Obedecer pero no cumplir, se le otorgó el significado de escuchar en actitud reverente, atender y juzgar con propio criterio, oyendo a la vez que la voz del que manda, la voz superior de la razón y de la ley natural que pide hacer el bien y evitar el mal: y, si hay un conflicto entre aquella y esta, no cumplir, sino representar respetuosamente al rey.

El recurso “obedécese pero no se cumpla” era una especie de apelación al soberano español, y con la conquista de la Nueva España, al virrey, que suspendía la orden del rey en espera de su resolución ya mejor informado, porque los negocios del reino no estaban sujetos al libre arbitrio del aquel, ya que debían sujetarse a las normas de justicia o del derecho natural, porque de no ser así, el rey dejaba de serlo, siendo el principio básico que este no podía dictar leyes injustas, y si ordenaba algo que pudiera producir el mal, era por defecto de información: *obrepción*, si era inocente, bien porque al dictar sus órdenes desconocía que lo podía vulnerar, y *subrepción*, si era dolosa, esto es, si había sido engañado para obtener un beneficio a pesar de causar agravio al propio derecho natural.

El recurso no se consignó expresamente por alguna regulación sistemática de los estatutos que integraron el derecho español, sino que fue producto de la costumbre jurídica, traducida en prácticas inveteradas que comenzaron a observarse a través de los fueros en el Medievo, en tanto que estos fueron los documentos legislativos que contenían los privilegios de los habitantes de una ciudad, la organización política, en general, el derecho de la misma, en el que preponderaron las costumbres locales. De suerte que dicho recurso tomó carta de naturalización en la costumbre jurídica a principios del siglo XVI y constantemente se daban casos de su aplicación concreta. Se solicitaba amparo al rey, a quien se ilustraba sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción u subrepción. La finalidad del recurso era cuidar al rey del rey mismo, como indicó la Partida.

En el recurso, el parámetro de control era el derecho natural, que de conformidad con la ley 238 de estilo, el orden y prelación en la aplicación del derecho por los jueces españoles correspondía, en primer término, a los principios de tal derecho, cuyo contenido resultaba esencialmente de espíritu cristiano; luego se aplicaban las costumbres razonables, es decir, aquellas que no se confrontaran con el referido derecho natural; y por último, debía aplicarse el derecho positivo. En consecuencia, el derecho natural era supremo, y en estos términos fue previsto en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, Partida tercera, título XVIII, ley XXXI: “Contra derecho natural no debe valer privilegio, ni carta de emperador, ni de rey, ni de otro señor. Y si la diere, no debe valer”. También en las Siete Partidas (Partida segunda, título XIII, ley XXV) fue establecida la obligación de los gobernados de “guardar al rey de sí

mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje, o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar a sabiendas, merecían pena como traidores”. Asimismo, en el Libro primero, título I, ley XXII, de la Recopilación de las Leyes de España, efectuadas en 1567, bajo el reinado de Felipe II, fue regulado sobre el particular: “Los ministros y jueces *obedezcan y no cumplan* nuestras cédulas y despachos, en que intervengan los vicios de subrepción y obrepción”. Posteriormente, en la Novísima Recopilación de Leyes de España, promulgada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, tanto el derecho natural e implícitamente el recurso de mérito fue previsto en el Libro III, título IV, ley IV: “Se *obedezcan y no cumplan* las cartas contra derecho en perjuicio de partes, aunque contengan cualesquier cláusulas derogatorias. Muchas veces por importunidad de los que nos piden las cartas, mandamos dar algunas cartas contra derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que tal cosa sea *obedecida y no cumplida*; no embargarte que tal carta se haga mención general ó especial de la ley ó fuero, ó ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por Nos fechas en Córtes por los Procuradores de las ciudades y villas de nuestros Reinos”.

Desde una perspectiva contemporánea, este recurso no puede considerarse, en sentido estricto, como un precedente del amparo, debido a que no existía un verdadero enjuiciamiento sobre la existencia de actos concretos de violación al derecho natural. En otras palabras no existía una jurisdicción encargada de la tutela de aquel derecho, y de ahí que se considera que carece de las características propias del juicio de amparo. No obstante, en sentido amplio, si bien podían tener acceso al recurso únicamente las autoridades de la época, por su medio pudo presentarse una rudimentaria observancia al derecho natural, el cual, tal como lo concibe la razón y lo explicaban filósofos y juristas, era la Constitución, y los actos del rey contrarios al mismo debían obedecerse, pero no cumplirse. De manera tal, las órdenes del rey contrarias a este derecho podían repararse por medio de este recurso, cuando las autoridades de la época le hacían notar el menoscabo que causaba al derecho natural con sus dictados. Esto es así, debido a que se consideraba que el soberano español, como legislador, no podía querer el mal, ni ordenar cuestión alguna contraria a los principios de aquel, y si eso sucedía, era porque se encontraba mal informado o porque se le habían ocultado los hechos.

Debe advertirse por tanto que las órdenes del rey a través del recurso “obedezcase pero no se cumpla”, se encontraban sujetas a un “control de naturalidad”, siendo que quizá dicha forma de ejercer el control pudiera tener cierto nexo con los efectos prácticos de la “cuestión de inconstitucionalidad”, utilizada por los jueces contemporáneos para manifestar, ante la magistratura constitucional, sus dudas acerca de la posible inconstitucionalidad de una ley aplicable a determinada litis, y en virtud del resultado que de esta derive, obedecer la ley infractora pero no cumplirla para el caso concreto sujeto a su conocimiento y resolución.

REDUCCIÓN AL ABSURDO

De modo general, el término argumento se refiere a la expresión de un razonamiento mediante el cual se intenta refutar o probar una tesis con el fin de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. En el discurso jurídico, la función del argumento es explicitar las razones de apoyo de una interpretación del derecho o de los hechos que se disputan.

El argumento de la reducción al absurdo, conocido por su formulación latina como *reductio ad absurdum*, también es denominado razonamiento “apagógico”, palabra de origen griego que significa “llevar algo fuera de un lugar”, y que Platón utilizaba en el sentido de desviación del razonamiento. Este argumento designa un tipo de razonamiento que consiste en probar una proposición, p , asumiendo la falsedad de p , y demostrando que la falsedad de p se deriva de una proposición contradictoria con p .

El argumento de reducción al absurdo o apagógico tiene por objeto demostrar la verdad de una tesis determinada de manera indirecta, probando que la contradictoria de la tesis es opuesta a otra tesis considerada como verdadera. Este argumento se sustenta en la existencia de una o varias tesis cuya verdad no ha sido refutada, a la que o a las que se opone otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. De manera que las consecuencias de esta segunda tesis se revelen contrarias a una tercera ya demostrada o tomada por verdadera, por lo que debe concluirse que la primera o las primeras tesis han de reputarse verdaderas y la segunda ha de ser rechazada.

Es un razonamiento lógico que se funda en el principio de no contradicción, que consiste en probar una tesis por la exclusión o refutación de todas las tesis alternativas. Esto se debe a que si una proposición implica su contraria entonces debe ser falsa, pues en un sistema lógico dos tesis contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas. Es un método de demostración de la verdad de una proposición a partir de la afirmación de que es verdad, probando que si no lo fuera conduciría a una contradicción.

En el ámbito jurídico, el argumento apagógico se define como el argumento que permite rechazar una interpretación de un texto normativo de entre las alternativas posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce. Uno de los problemas fundamentales que se plantean respecto de este argumento es el de delimitar de forma clara el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación realizada. En términos generales, se puede considerar como “absurdo” que una interpretación sea contraria a la racionalidad que se presume del legislador.

En este aspecto, se hace evidente el carácter consecuencialista del argumento de la *reductio ad absurdum*, ya que la consecuencia que se sigue para el correcto funcionamiento del sistema jurídico es de fundamental importancia. Estos argumentos son de tipo sistemático y se fundan en la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico. Son argumentos que aseguran la consistencia, permiten una interpretación que impida o resuelva la existencia de contradicciones normativas, y se fundamenta en los principios funcionales del sistema jurídico de coherencia y de eficacia. El principio de eficacia exige la consideración de absurdas, y el rechazo consiguiente, a las interpretaciones que pudieran privar de eficacia el texto que se interpreta.

El principio de coherencia interna del orden jurídico exige y justifica, en su calidad de sistema, la consideración como absurdas de todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia del sistema jurídico para preservar su lógica interna mediante la actividad interpretativa. Sobre todo, si se toma como punto de partida de su interpretación y aplicación el postulado del legislador racional que establece el principio de no contradicción como regla interpretativa.

Los argumentos estrictamente lógicos, como es el caso de la *reductio ad absurdum*, están rígidos, sin embargo, tanto por reglas lógicas en sentido estricto, como es el caso de las de la lógica deóntica que forman parte de la lógica formal deductiva, como por reglas extralógicas, tales como las reglas de interpretación del derecho o las reglas de operación del sistema jurídico.

Se habla de argumento de reducción al absurdo, cuando se confirma la validez de una interpretación al demostrar que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Este tipo de argumentación cumple con una función teleológica al justificarse mediante su finalidad, que es la de evitar consecuencias no deseadas por el derecho.

En el discurso jurídico, el argumento apagógico recurre a un tipo de demostración indirecta, mediante la cual se confirma la tesis propia al evidenciar que la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano es aceptada o reconocida como verdadera. De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico al pretender que se observe el principio lógico fundamental de no contradicción. El argumento de la reducción al absurdo sugiere que se realice una interpretación específica, ya que las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

Este método es aceptado, incluso, en la argumentación en materia penal, en los términos que señala la tesis que se transcribe: “La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal puede ser directa o indirecta; es decir, cuando no se logra demostrar una tesis, por el procedimiento directo, entonces, se recurre a la demostración indirecta... la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se integra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis, es decir, del juicio que contradice a la tesis, y de la falsedad por incongruente de la versión defensiva del inculpado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión inculpativa... por ello, si la versión defensiva es inconsistente con las pruebas aportadas al juicio, a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación inculpativa. Este método de demostración tiene el nombre de ‘reducción al absurdo’”.

Carla Huerta Ochoa

REFORMA CONSTITUCIONAL (GENERAL)

La reforma constitucional consiste en la modificación del texto de una Constitución conforme al procedimiento que esta fija para tal efecto: por lo tanto,

al estar regulado por la Constitución misma, el poder de reforma es un poder derivado y no originario o, si se prefiere, constituido.

El fundamento de este concepto reside en el *carácter rígido* de las cartas fundamentales modernas, en contraposición a las cartas flexibles que podían ser alteradas con la aprobación de una ley ordinaria. La existencia de un procedimiento determinado por el poder constituyente para la modificación del texto, representa al mismo tiempo una señal de la supremacía de la Constitución respecto de las otras fuentes del derecho, y una garantía de estabilidad (aunque no de eternidad) cuya efectividad varía conforme a la mayor o menor complejidad del mismo.

Desde el punto de vista estructural, existe una primera dicotomía básica entre aquellas reformas que afectan directamente al texto y las enmiendas que dejan intacto el texto originario, el cual mantiene así su identidad originaria, y añaden al final, de forma progresiva, los aspectos nuevos (como las veintisiete enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América). Sin embargo, en ambos casos se trata de reformas *explícitas* que tienen que distinguirse de las *tácitas* o implícitas. Estas últimas pueden ser el resultado de múltiples fenómenos: por ejemplo, de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, de la implementación normativa de un precepto constitucional o incluso de la praxis.

Los criterios que la doctrina ha usado para clasificar los procedimientos de reforma constitucional pueden ser condensados en dos grandes conjuntos: quiénes son los sujetos involucrados, y cuáles son el procedimiento y los límites formales y sustanciales.

En primer lugar, por lo que se refiere a los *sujetos involucrados*, las experiencias comparadas enseñan una pluralidad de soluciones posibles en relación al órgano (o los órganos) titular del poder de reforma. El Parlamento suele ser el protagonista, en su composición ordinaria o en una composición especial, en varias deliberaciones sucesivas (como, por ejemplo, en Italia, donde las dos cámaras tienen que aprobar el mismo texto, y entre las dos deliberaciones tienen que transcurrir por lo menos tres meses, conforme al art. 138 const.), o incluso en dos legislaturas sucesivas, con la disolución de la Asamblea Legislativa, y la posterior votación del mismo texto de reforma por parte de los parlamentarios recién elegidos (por ejemplo, en Grecia, art. 110 const. o en Noruega, art. 112 const.). Además, el Parlamento puede ser llamado a declarar la necesidad de una reforma, pero no a aprobarla, como pasa por ejemplo en Argentina, donde tras la deliberación por mayoría de dos tercios, tiene que convocarse una Convención (art. 30 const.): este último caso introduce otra hipótesis, es decir, que para tramitar una reforma tenga que instituirse un órgano distinto a los que habitualmente se encuentran en el sistema.

Un factor a considerar en este ámbito es la participación del pueblo, que en muchos casos es implicado en las reformas constitucionales, en cuanto titular de la soberanía. Éste puede disponer tanto del poder de iniciativa (por ejemplo, en Colombia, art. 375 const.) como de la decisión final, normalmente mediante un referéndum que, a su vez, puede ser obligatorio o facultativo, como lo es en Italia, a solicitud de una serie de sujetos, y solo cuando las dos cámaras no alcanzan la mayoría de dos tercios, pero sí la absoluta. Recurrir

al voto popular es un trámite típico de los procedimientos de reforma total (España, art. 168 const.; Austria, art. 44 const.; Bolivia, art. 411 const.), sobre la cual se remite a la voz correspondiente.

En los Estados federales, finalmente, suele ser necesaria la posterior ratificación por parte de los Estados miembros: la Constitución de los Estados Unidos de América fue precursora al respecto, ya que requiere la aprobación de los tres cuartos de los Estados (art. V, y véase sobre este problema también el art. 135 de la Constitución mexicana); empero, en algunos casos, la participación de las entidades territoriales está garantizada mediante votaciones populares en cada una de ellas (como en Australia, art. 128 const.) o mediante su representación en la cámara alta, como es en Alemania.

En segundo lugar, por lo que se refiere al *procedimiento* y a los *límites* formales y sustanciales, es necesario reiterar que el elemento central del procedimiento agravado de reforma constitucional consiste en la necesidad de alcanzar una mayoría más elevada de la (relativa o, en algunos casos, absoluta) que se exige para las leyes ordinarias o reforzadas de otra naturaleza. Estas normas tienen como objetivo primigenio la implicación en el proceso decisorio de las minorías, o por lo menos de una parte de ellas, al tratarse de actos normativos que modifican la fuente de nivel más elevado en el sistema.

Los límites a la reforma suelen diferenciarse entre explícitos e implícitos, es decir, aquellos que están previstos en cláusulas pétreas específicas y aquellos que se deducen por vía interpretativa, sin que exista una norma expresa (véase la voz correspondiente, límites implícitos).

Entre los explícitos, sin mencionar de nuevo los vínculos de procedimiento mencionados con anterioridad, existen restricciones desde el punto de vista temporal, básicamente en dos hipótesis: las normas que establecen un plazo entre una reforma y la siguiente (por ejemplo, en Portugal, art. 284 const. o en Grecia, art. 110 const., en ambos casos cinco años), y las que impiden que se tramiten enmiendas constitucionales en situaciones excepcionales, como estado de sitio, guerra o excepción (por ejemplo, en Brasil, art. 60 const. o en Portugal, art. 291 const.).

La otra categoría de límites explícitos, de carácter puramente material, se manifiestan en las denominadas cláusulas pétreas (o de intangibilidad), y tienen contenidos muy variados. Mediante estas normas los constituyentes quieren preservar la forma de Estado, desde el punto de vista tanto institucional (la República: por ejemplo, en Italia, art. 139 const. o en Francia, art. 89 const.) como territorial (el Estado federal: por ejemplo, en Alemania, art. 79 const. o en Brasil, art. 60 const.), e incluso la forma de Estado democrática, en su declinación de derechos y libertades; pero los aspectos irreformables varían muchísimo según el texto constitucional de referencia.

Un fenómeno que, por lo menos, es necesario mencionar es la denominada *rigidez variable*, es decir, la regulación de procedimientos diferentes de reforma constitucional, según el contenido que se va a afectar y la posible coexistencia de reforma total y reforma parcial (por ejemplo, en Austria, art. 44 const.; en España, art. 168 const., y en Colombia, art. 377 const.).

Sabrina Ragone

REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES IMPLÍCITOS)

Los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto explícitos —cláusulas de intangibilidad— como implícitos, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional. Sin embargo, aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al art. 139 const., la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma).

Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico, teniendo en cuenta la finalidad de las normas y los valores que subyacen a las mismas, e incluso sistemático o extensivo. La idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o el espíritu, como lo define la Constitución noruega). Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de “estructura básica” de la Constitución, como, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos ha girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales (Tribunal Constitucional peruano).

Sabrina Ragone

REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES LÓGICOS)

Los límites lógicos de la reforma constitucional son aquellos que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante el proceso hermenéutico corriente, al tratarse de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos (véase la voz correspondiente). Justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un “fraude constitucional”.

De las teorías sobre la imposibilidad de modificar determinados elementos en estos términos, la más conocida es la que hace referencia a las normas

sobre el procedimiento de reforma, como en la denominada paradoja de Alf Ross. Modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas, y por lo tanto, sin sentido. Según este autor, ninguna fuente está habilitada para regular las condiciones de su propia validez, pudiendo al revés determinar los requisitos de las fuentes de nivel inferior. La Constitución, en la medida en que prevé el procedimiento de reforma, estaría creando una autoridad especial, la más elevada del sistema, no sometida a los poderes constituidos en cuanto derecho presupuesto y necesario.

Esta tesis se basa además en una visión jerárquica del ordenamiento jurídico, donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.

Las críticas más fuertes a la existencia de límites lógicos se basan en argumentos relacionados, en primer lugar, con la necesidad de superar el problema práctico de la existencia dinámica de los sistemas jurídicos que evolucionan a lo largo de los años, y por ello tienen que analizarse en perspectiva diacrónica. Si la reforma de las normas sobre el procedimiento se hace conforme a estas mismas normas, la regulación antigua dejaría simplemente de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva; este fundamento de validez autorreferencial sería aplicable, de todas formas, exclusivamente a las Constituciones, puesto que no se halla en el ordenamiento ninguna fuente de rango superior; al contrario, un problema diferente se da cuando se aprueban reformas mediante procedimientos parcialmente diferentes al que establece la Constitución, como ha pasado en Alemania o se ha intentado en Italia con las comisiones bicamerales de los años noventa. Los autores más escépticos sobre la existencia de los límites lógicos hacen hincapié, por un lado, en el contexto histórico y político en el que se sitúa toda reforma constitucional, y por otro lado, en la primacía de un análisis de derecho positivo respecto a la construcción teórica propuesta.

Sabrina Ragone

REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

En México, el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma más importante a la Constitución federal de la República en materia de derechos humanos desde su promulgación en 1917.

Esta reforma trascendental, que buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicó la modificación de 11 arts. constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Los principales cambios que se produjeron a través de ella se reflejan a continuación (*cf.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012).

- En el art. 1o. constitucional:
 - Se transforma la denominación del capítulo I, título primero, para pasar “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.
 - Se reconoce constitucionalmente a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental.
 - Se dispone que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Así, además de establecer la obligación de realizar la interpretación conforme a tratados, también se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano.
 - Se dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Se trata de un mandato integral, no solamente porque está dirigido a todas las autoridades, sino porque la obligación abarca los diversos ámbitos de la actuación pública. Es un mandato para transformar el desempeño diario de las autoridades.
 - Se consagran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como fundamento de la actuación pública.
 - Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.
 - Se precisa la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales.
- El art. 3o. incluye la disposición de que la educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos.
- En el numeral 11 se reconoce el derecho al asilo y refugio para quedar: “En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio”.
- En el art. 15 se prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- El sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos (art. 18).
- En el precepto 29 constitucional se regula un nuevo régimen de suspensión y restricción de derechos y garantías, además se constituye un núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse nunca, ni aun en estados de excepción.
- Por otra parte, se otorga derecho de audiencia a las personas extranjeras sujetas al proceso de expulsión previsto en el art. 33.
- Se prevé en el art. 89, frac. X, que el Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, observará como principio el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

- Con la reforma al art. 97 se suprime la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que se encontraba en la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- La facultad de investigación se incorporó en el art. 102, apartado B, de manera cuestionable, como una “nueva” atribución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además, se pretende dotar al *ombudsman* de mayor autonomía, verificar una consulta pública en su proceso de elección, brindar mayor fuerza a sus recomendaciones a través de un control político a cargo del Poder Legislativo (Cámara de Senadores), que podrá llamar a los servidores públicos que no acepten o no cumplan las recomendaciones, y finalmente, amplía la competencia del *ombudsman* a la materia laboral.

En el art. 105, frac. II, inciso g), se prevé que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En interpretación del renovado art. 1o. constitucional se han producido dos decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia mexicana, una en 2011 y otra en 2013.

La primera de ellas fue en el expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco. En ella se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convencional en México, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, en sesiones de agosto y septiembre de 2013, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad, como parámetro de control o regularidad constitucional y convencional, que se integra por el conjunto de derechos humanos, tanto de fuente nacional (constitucional propiamente hablando) como internacional (tratados internacionales). Esto sin duda tiene una clara ventaja, ya que amplía, en su número y alcance, los derechos que se establecen literalmente en la Constitución, con aquellos que están recogidos en los tratados e instrumentos internacionales. La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte mexicana también determinó que en caso de contradicción entre el texto constitucional y los tratados internacionales, prevalecerá el primero, lo que se puede interpretar como un matiz, excepción o restricción a la aplicación del principio *pro persona*.

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado. Esto representa un avance y un reto en relación a la decisión de la misma Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010. De esta contradicción se derivarán tesis jurisprudenciales. Al momento de escribir estas líneas aún no se ha emitido por la Suprema Corte el engrose de esta decisión.

La reforma de derechos humanos 2011 está interrelacionada y se complementa con la reforma de amparo, publicada el 6 de junio de ese mismo año. A través de ella, el amparo se convierte en una garantía de los derechos humanos, ya que, entre otras muchas cosas, se estableció su procedencia en contra de actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

A más de dos años de la entrada en vigor de la reforma 2011, aún estamos lejos de que su implementación sea una realidad, pero, sin duda, a raíz de ella se está gestando en México un nuevo derecho constitucional que se proyecta en todos los ámbitos del derecho. La reforma 2011 debe irradiar la vida nacional mexicana.

Julieta Morales Sánchez

REFORMAS TOTALES

La peculiaridad de la reforma total de la Constitución, en comparación con las reformas “parciales” (véase la voz correspondiente), reside en el objeto de la misma, es decir, todo el texto de la carta fundamental, o una parte preponderante del mismo.

Al tratarse de hipótesis reguladas, los constituyentes fijan así unas herramientas de control, incluso sobre las modificaciones relativas al núcleo de la Constitución, que pierden su carácter necesariamente revolucionario para ser confinadas en el cauce de la legalidad. Por ello, la objeción que tradicionalmente se opone a las cláusulas sobre la reforma total reside en la imposibilidad jurídica y política de someter el poder de crear una nueva Constitución a los vínculos procedimentales de la anterior. Sin embargo, si se adopta una visión más estricta, al existir una continuidad jurídica con la “nueva” Constitución reformada, no podría hablarse de ejercicio de poder constituyente, al contrario, con un análisis material se podría llegar a la conclusión opuesta. La reforma total representa, en consecuencia, una nueva frontera del constitucionalismo donde el poder constituyente originario consigue perpetuarse indefinidamente.

El problema mayor reside en la (in)existencia de límites a las reformas totales, ya que estas por su propia naturaleza podrían incidir en cualquier aspecto de la Constitución. A pesar de este dato literal y semántico, la doctrina en muchos países ha intentado igualmente individualizar elementos irreformables, tanto haciendo referencia a algunas normas constitucionales peculiares —por ejemplo, las que declaran la inviolabilidad de los derechos humanos— como anclando sus tesis en los vínculos que impone el derecho internacional, y en el contexto europeo, el derecho de la Unión Europea.

A pesar de las cuestiones teóricas de gran calado que plantean dichos instrumentos, la tendencia a prever cláusulas de este tipo es innegable, y el derecho comparado ofrece numerosos ejemplos. Lo que mancomuna las experiencias es la previsión de formas de *agravamiento del procedimiento*, tanto desde el punto de vista de la mayoría exigida, como de los sujetos a involucrar, con especial referencia al cuerpo electoral.

Además de la constante participación popular y de la complejidad del procedimiento, otro aspecto común —aunque no universal— consiste en la adopción de un criterio cualitativo y no cuantitativo a la hora de establecer de qué tipo de reforma se trata (parcial o total), con lo cual aquellas modificaciones que inciden en los elementos nucleares del sistema, aunque solo se vaya a tocar un artículo, están sometidas al procedimiento más complicado.

Este deseo de mantener la continuidad entre diferentes textos constitucionales sucesivos se ha manifestado, sobre todo, en Occidente.

Por ejemplo, en Europa, la Constitución austriaca añade al procedimiento de aprobación de una reforma el referéndum popular en los casos de reforma total (art. 44) y además exige la mayoría absoluta de los votos válidos (art. 45).

A su vez, el caso español ofrece un paradigma de complejidad extrema, ya que establece, para la reforma total, la aprobación por mayoría de dos tercios en las Cortes generales, seguida por la disolución de las mismas. Las nuevas Cortes deberán pronunciarse sobre el texto ratificándolo, y luego aprobándolo con la misma mayoría, y posteriormente se realizará un referéndum popular (art. 168). Otro aspecto a destacar de la regulación española es la equiparación de las reformas que afectan a determinados ámbitos de la Constitución (el título preliminar, que contiene los principios fundamentales y las normas sobre los derechos fundamentales, las libertades públicas y la Corona) con las hipótesis de reforma total, con la consecuente extensión del procedimiento descrito. Ello implica una jerarquización interna de las normas constitucionales con la subsiguiente superprotección de las que se consideran más relevantes; y esta jerarquización fue realizada por el poder constituyente, el cual seleccionó aquellos elementos que componen la esencia del sistema.

No se puede omitir a este respecto una referencia al ordenamiento suizo. Lo que resulta más interesante no es tanto la forma en que la Constitución regula la reforma total (art. 193), otorgando un papel fundamental al órgano legislativo y al pueblo, sino el proceso que entre los años ochenta y finales de los noventa ha llevado a una drástica modificación del texto, pero por etapas, a través de cambios progresivos y sucesivos.

En América Latina también son numerosas las Constituciones que regulan esta hipótesis: solo para mencionar algunos ejemplos, la argentina prevé que puede reformarse en parte o “en todo” (art. 30); la boliviana equipara la reforma total a las modificaciones que afecten “a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución”, y establece la necesidad de una Asamblea Constituyente que califica de “originaria” y “plenipotenciaria”, y que se convocaría tras un referéndum

popular (art. 411); la costarricense habla de “reforma general”, y se la encomienda a una Asamblea Constituyente *ad hoc*, convocada por decisión tomada por el Legislativo con la mayoría de dos tercios (art. 196).

Sabrina Ragone

REGLAMENTO

(De *reglar*, y este, a su vez, del latín *regulare*). El término “reglamento” trasciende en muchos aspectos la órbita de acción del derecho administrativo, siendo empleado con bastante frecuencia en otras ramas del derecho. El reglamento es el conjunto de normas generales, abstractas e impersonales, que de manera unilateral y escrita expiden los órganos del Estado, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública en uso de atribuciones constitucionalmente determinadas, y que se encuentran subordinadas jerárquicamente a las normas con rango y fuerza de ley formal. Este conjunto de normas facilitan la ejecución y observancia de las leyes expedidas por el órgano legislativo, desarrollando sus principios y completando en detalle los supuestos que las mismas establecen. Históricamente, lo que el día de hoy conocemos por reglamento y potestad o *facultad reglamentaria* (Casarín León, 2003: 57 y ss.) es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el titular del Poder Ejecutivo y las asambleas representativas que se inician en la Baja Edad Media. En México, los juristas españoles copiaron la institución del constitucionalismo francés en la Constitución de Cádiz (1812), misma que fue mantenida en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822), en la Constitución Federal (1824), en las Siete Leyes Constitucionales (1836), en la Constitución Política de la República Mexicana (1857) y finalmente en la Constitución vigente (1917). De acuerdo con la doctrina, el reglamento es un acto unilateral que produce efectos jurídicos generales en forma directa, esto es, sus normas crean situaciones jurídicas generales y abstractas que en ningún caso regulan una situación jurídica concreta, y son dictadas, entre otras cosas, para la atención pormenorizada de los servicios públicos, para hacer posible la ejecución de la ley, y para los demás fines de la organización estatal. Los elementos generales del reglamento, como fuente del derecho administrativo, son los siguientes: a) es un conjunto de normas jurídicas que emanan de los órganos del Estado, primordialmente del Poder Ejecutivo y la administración pública, generalmente dictadas en ejercicio de facultades discrecionales; b) es unilateral, por oposición a bilateral, ya que en el segundo supuesto se trata de una declaración de voluntad común entre dos o más partes, destinada a regular sus derechos; en cambio, en el acto unilateral falta esa declaración de voluntad común, y es por el contrario una sola parte, en este caso los órganos estatales, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública, quienes expresan su voluntad; c) esas normas tienen por objeto facilitar en la esfera administrativa la ejecución de las leyes que expida el Congreso de la Unión; d) el carácter impersonal y general del reglamento, que asume características semejantes a las de la ley; aquí está dada la distinción esencial entre reglamento y acto administrativo; e) el reglamento no puede invadir el dominio reservado por la Constitución al

legislador, por lo que debe mantenerse los principios de primacía y reserva de ley; f) el reglamento debe ser promulgado y publicado para que tenga fuerza legal obligatoria, y g) el reglamento no debe tener otras cargas, restricciones, limitaciones o modalidades, que las establecidas en la ley y de conformidad con la Constitución. Como podemos observar, el reglamento comparte con la ley los atributos de ser normas generales; sin embargo, el primero es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la segunda. Esto quiere decir que su sumisión a la ley es absoluta (Francia constituye una excepción, en donde se habla de “reserva de reglamento” autorizada por su Constitución); por tanto, no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no pudiendo contradecir o dejar sin efecto los preceptos legales, ni tampoco abordar contenidos reservados a aquellos. Desde el punto de vista de régimen jurídico, también existen las siguientes diferencias: 1) en nuestro país existe una distinción de carácter formal que consiste en que la ley es un acto legislativo (deriva del Congreso) y el reglamento un acto primordialmente dictado por la administración (que expide el titular del Poder Ejecutivo); 2) el reglamento no es emitido con el mismo procedimiento de la ley expedida por el Congreso; 3) en cuanto a su existencia, la ley existe y tiene plena validez sin necesidad del reglamento; este último requiere, salvo excepciones expresas, pero cuestionadas, de la existencia de la ley; 4) en cuanto a su vigencia, la ley es obligatoria mientras no se abroge; el reglamento no puede existir al desaparecer la ley (aunque han existido casos muy cuestionados en donde el Congreso mantiene la vigencia de aquellos en los transitorios mediante los cuales abroga la ley); 5) en cuanto a su contenido, la ley tiene una materia reservada que solo ella puede regular; en nuestro sistema constitucional, este criterio tiene aplicación aun tratándose de las leyes expedidas en ejercicio de facultades extraordinarias encomendadas al presidente de la República. La doctrina ha reconocido diversos tipos de reglamentos: a) de ejecución, los que emite el titular del Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con objeto de hacer posible la aplicación y el cumplimiento de las leyes formales como presupuesto necesario para su existencia, también son llamados de subordinación; 2) de administración pública, los cuales se expiden sin necesidad de referirse o desarrollar totalmente una ley específica, para organizar y clarificar la competencia de los órganos que pertenecen formalmente a aquella; 3) autónomos, son los que no dependen de una ley y se habilitan directamente por la Constitución (en México se discute su existencia, pues el Ejecutivo solo puede reglamentar las leyes que expida el Congreso); 3) delegados o de integración, que expiden los órganos administrativos o demás poderes del Estado (incluyendo los órganos constitucionales autónomos) cuando es expresamente autorizado o habilitado por el Legislativo para regular materias que le están atribuidas constitucionalmente a este, y 4) de necesidad y urgencia, son los que dicta el Ejecutivo en situaciones graves y urgentes sobre diversas materias, incluso que corresponden al Legislativo. Por su contenido, los reglamentos pueden ser jurídicos o de organización, los primeros se refieren a materias que afectan directamente a los administrados, por lo cual tienen el carácter de general, y los segundos son los que se dirigen a regular la organización administrativa sin incidir sobre los particulares. En los reglamentos se distinguen

los límites formales respecto a sus requisitos de validez, los cuales se refieren a la competencia que debe tener el órgano administrativo para producirlo, en consideración de una jerarquía normativa (subordinación a la Constitución y a la Ley), y de conformidad con un procedimiento especial previamente establecido, cuya omisión puede ocasionar su invalidez (en el caso mexicano, a través del juicio de amparo o la controversia constitucional). La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamentales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.

Manlio Fabio Casarín León

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA

El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos fue institucionalizado formalmente con la entrada en vigor de la Convención Americana que incorporó a la Comisión Interamericana y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual con el paso de los años y con los cambios políticos de la región ha venido renovando sus atribuciones reglamentarias para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Su reglamento es un documento básico que tiene por objeto regular su organización y las normas de procedimiento que rigen su actividad.

La Corte Interamericana aprobó su primer reglamento en julio de 1980, durante su tercer periodo de sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de agosto de ese año. Es un documento básico que tiene por objeto regular su organización, así como las normas de procedimiento que rigen su actividad. Es destacable que desde su vigencia se asignó a la Comisión Interamericana el rol de demandante, y se permitió enviar como delegado de un asunto a cualquier persona que la Comisión designara. Esta codificación tuvo como antecedente el reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Este ordenamiento ha sufrido diversas modificaciones desde su creación: el segundo reglamento fue aprobado en su XXIII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991. El tercer reglamento fue aprobado en su XXXIV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996. El cuarto reglamento fue aprobado en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; este último fue reformado en su LXI Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y asimismo en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

A partir del Reglamento que entró en vigor el 1o. de enero de 1991, ante la necesidad de agilizar los procedimientos, se estableció que el presidente llevaría a cabo un examen preliminar de la demanda, y si advertía que los requisitos fundamentales no habían sido cumplidos, solicitaría se subsanaran los defectos. También, que las partes debían cumplir con la presentación de los escritos, de acuerdo con los plazos fijados en esta.

El tercer reglamento de 1996 presentó algunas innovaciones, al precisar tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento, por lo cual contó por primera vez con una normatividad interna adecuada a un código de proceso internacional. Además, se amplió la facultad de la Corte para solicitar a las partes o recabar oficiosamente cualquier medio probatorio sin importar el estado del procedimiento; lo anterior, para mejor resolver los casos. De igual forma, se incluyeron para la terminación anticipada del proceso, las figuras jurídicas de la solución amistosa, el sobreseimiento y el allanamiento ante la Corte.

El aspecto más relevante de este ordenamiento fue que se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso, plasmada en el entonces art. 23. Con ello se dio un paso adelante, tanto hacia el reconocimiento efectivo de la calidad de sujetos de derecho internacional de los individuos, como hacia un sistema más racional que evite conflictos de intereses y dualidad de roles de parte de la Comisión.

Con la reforma del Reglamento por cuarta ocasión, que entró en vigencia el 1o. de junio de 2001, que se gestó en un amplio proceso de reflexión en donde participaron activamente diversos entes de la Organización de Estados Americanos, entidades de la sociedad civil y los Estados miembros, se introdujeron una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in iudicio*) en todas las etapas del proceso iniciado, mediante la presentación de una demanda ante el tribunal. Lo anterior significó un gran avance, al reconocer a las víctimas el derecho a participar en forma autónoma durante todo el proceso.

En el Reglamento adoptado más recientemente por la Corte, en vigor en 2010, se introdujeron reformas significativas al papel que la Comisión desempeña en los casos contenciosos ante el tribunal, puesto que quedó circunscrito a los aspectos jurídicos de los mismos, en los que la Comisión proporciona su experticia en la materia. Asimismo, puede verse una adaptación a los cambios tecnológicos, pues en el art. 15 se estableció la práctica de realizar grabaciones de audio de las audiencias.

Por otra parte, en cuanto a las víctimas, se incorporó que además de presentar sus propios argumentos jurídicos (lo que ya hacían desde el Reglamento de la Corte de 2001), lidiaran de manera exclusiva frente al Estado en lo que a cuestiones de hecho se refiere. También en este ordenamiento se encuentra la inclusión de una disposición en la que se establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual cuando sean nacionales del Estado demandado. Asimismo, se recopilieron diversas prácticas procesales de la Corte.

El actual reglamento está compuesto por un apartado de disposiciones preliminares y cinco títulos que contienen un total de 79 artículos. Dentro de las disposiciones preliminares se establece el objeto y las definiciones de los términos empleados. El título primero, denominado “De la organización y funcionamiento de la Corte”, abarca tres capítulos relativos a la Presidencia y Vicepresidencia, a la Secretaría y al funcionamiento de la Corte; el segundo se dedica al proceso, y en sus siete capítulos se establecen las reglas generales, el procedimiento escrito, procedimiento oral, procedimiento final escrito, pruebas, desistimiento, reconocimiento y solución amistosa y sentencias; el tercero versa sobre las opiniones consultivas; el cuarto sobre la rectificación de errores, y finalmente, el quinto se dedica a las disposiciones finales y transitorias.

Jorge Meza Pérez

RENDICIÓN DE CUENTAS

Típicamente se hace una lectura literal y estrecha del concepto de la rendición de cuentas. Los enfoques más comunes provienen de las discusiones académicas en inglés sobre el concepto de *accountability* y lo circunscriben a simplemente llevar “cuentas claras”, poco más que sumas y restas bien hechas, y en su caso, ofrecer la posibilidad de que algún actor externo pueda tener cierto nivel de acceso a tales “cuentas”.

Tal acercamiento es insuficiente, ya que deja fuera conceptos fundamentales como *transparencia*, *sanciones*, *desempeño*, *corrupción*, *interés público* y *relaciones de principal-agente*. Hace falta una definición más robusta para que el término pueda funcionar, entender mejor la naturaleza pública del Estado y facilitar el buen funcionamiento institucional.

Afortunadamente, el término en español cuenta con una ventaja con respecto al inglés. Mientras la palabra *accountability* sugiere una actitud pasiva (con la terminación *-ability*), la palabra “rendición” implica una acción clara de parte del objeto de la rendición de cuentas. En general, la rendición de cuentas debe ser entendida como un proceso dinámico de informar a la ciudadanía, y no como un momento estático. Rendir cuentas es hallarse en movimiento y no permanecer sentado en la oficina “portándose bien” y estar “abierto a la crítica”.

Tal y como lo ha señalado Andreas Schedler, el comportamiento proactivo, que implica la rendición de cuentas, exige constante diálogo, explicación y justificación de las acciones gubernamentales. Otra definición que intenta recoger esta dinámica es la de John Ackerman, quien lo define de la siguiente manera: “Un proceso proactivo por medio del cual los objetos de la rendición de cuentas informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros, y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes”.

La rendición de cuentas puede incluir evaluación, tanto del desempeño como del acatamiento a las reglas. Asimismo, habría que tomar en cuenta las tres temporalidades posibles (pasado, presente, futuro) de la rendición de cuentas. El concepto también necesariamente implica la existencia de alguna sanción o recompensa como resultado del proceso de evaluación externa.

Los objetos de la rendición de cuentas, los actores sujetos al proceso, pueden ser servidores públicos o actores sociales o privados. Asimismo, los sujetos del proceso puede ser la ciudadanía o, en su caso, instituciones estatales o sociales especialmente diseñadas para exigir la rendición de cuentas, como un *ombudsman* o una “contraloría social”. Guillermo O’Donnell distinguía entre dos direccionalidades del proceso: la rendición de cuentas “vertical”, donde quien exige cuentas tiene autoridad directa sobre el objeto del proceso, y la rendición de cuentas “horizontal”, la cual existe entre dos actores de autoridad y poder similares.

Así que la rendición de cuentas no necesariamente implica una relación de autoridad entre el actor que exige y el que responde. Autores como Mulgan y Moreno, Crisp y Shugart han insistido que la rendición de cuentas solamente existe como parte de una “relación principal-agente”, en la que el principal delega autoridad en su agente, que actúa por él, para luego pedirle cuentas con respecto a su actuación. Pero, en realidad, relaciones “horizontales” de rendición de cuentas, entre dos actores de autoridad equivalente, son comunes. Un legislador fácilmente puede llamar a cuentas a otro legislador por no cumplir con los estatutos o el programa del partido en sus votaciones. La relación entre un *ombudsman* y una dependencia gubernamental o entre dos hermanos gemelos puede tener una naturaleza parecida.

Otro debate importante en la literatura es el que aborda la relación entre la rendición de cuentas y la “responsabilidad” (*responsiveness*). Algunos sostienen que existe una separación radical entre estos dos conceptos. Por ejemplo, Bernard Manin, Adam Przeworski y Susan Stokes postulan que el concepto de rendición de cuentas debería limitarse a la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, o actores privados, de acuerdo con estándares “externos”, y por lo tanto, no debería mezclarse con los temas de la representatividad o las demandas sociales. Otros autores han cuestionado esta demarcación de conceptos por su tendencia “tecnocrática”, al querer separar artificialmente los ámbitos del desempeño institucional y la participación democrática.

John Mill Ackerman Rose

REPARACIONES

Es ampliamente reconocido el principio de que quien incurre en una conducta ilícita y causa un daño está obligado a afrontar las consecuencias de aquel y a reparar el daño ocasionado. El régimen de las reparaciones (o mejor dicho, de las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita), que ofrece modalidades diversas en función de la ilicitud de la conducta y de la culpabilidad con la que obre el agente, tiene aplicación en las más diversos campos del ordenamiento jurídico. En México, cuenta con cimiento constitucional y se proyecta hacia las ramas civil, penal, administrativa, mercantil, etcétera; hoy día posee extensa proyección en el orden internacional general y en el terreno de los derechos humanos, principal espacio al que se destina esta nota.

La Constitución general de la República contiene disposiciones categóricas acerca de la reparación del daño derivado de la comisión de delitos, que

debe ser satisfecho a las víctimas (es decir, a los titulares del bien jurídico afectado y otras personas perjudicadas por el comportamiento ilícito). Esta materia se halla contemplada en el art. 20, bajo el epígrafe “De los derechos de la víctima o del ofendido”. Corresponde al Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, reclamar la reparación del daño (erróneamente concebido como pena, no obstante su naturaleza de consecuencia civil del delito) y al tribunal de la causa condenar al responsable. El derecho del ofendido se plantea, pues, ante ambas instancias de la persecución penal y la administración de justicia. La reglamentación de estas reparaciones se localiza en los códigos, penal y de procedimientos penales, conforme a sus respectivas especialidades, y trasciende al derecho ejecutivo penal en lo que respecta al disfrute de ciertos beneficios que implican correctivos en la duración de la pena impuesta.

Por otra parte, el art. 113 constitucional, enclavado en el título cuarto de la ley fundamental, bajo el rubro “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, previene la responsabilidad de este “por los daños que, con motivo de la actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares”; señala que esta responsabilidad tiene carácter objetivo y directo. Añade que “los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”. Existe una ley secundaria, derivada de la norma constitucional, acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado (federal), que considera asimismo las determinaciones adoptadas a este respecto por órganos internacionales, tema al que me referiré *infra*.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 2011, que llevó adelante una amplia revisión de este tema, particularmente a través del nuevo texto del art. 1o. —norma fundamental para la debida elaboración y lectura del ordenamiento jurídico nacional, en todos sus peldaños: federal, estatal, distrital y municipal— acogió también el tema de las reparaciones a cargo de instancias públicas. Tras manifestar que corresponde “a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias... la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, el párrafo segundo de ese precepto supremo dispone que, “en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Comúnmente se reconoce que la ley reguladora de la reparación a la que se refiere el art. 1o. constitucional es la Ley General de Víctimas, conforme resultó del complejo proceso legislativo que culminó en 2013. Ha habido cuestionamientos acerca de la competencia —federal o estatal— para regular las reparaciones por violación de derechos humanos. En todo caso, conviene tomar en cuenta que las normas internas pueden fijar los términos de la reparación cuando las disposiciones violadas tienen fuente nacional. En cambio, el régimen de reparaciones con motivo de la violación de normas internacionales concierne al derecho internacional (específicamente al derecho internacional de los derechos humanos, en la vertiente que ahora interesa) y que, en consecuencia, el ordenamiento doméstico no podría imponer menoscabo ni condición a las disposiciones internacionales correspondientes a transgresio-

nes de esta naturaleza. En este sentido se debe apreciar la última expresión, antes transcrita, contenida en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional: “en los términos que establezca la ley”.

Por lo que toca al sistema de reparación, previsto en el orden interamericano de los derechos humanos, que ha cobrado fuerte presencia en la normativa y en la práctica de nuestro país, conviene tomar en cuenta que dicho sistema halla su fundamento en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, de 1969, incorporado en 1991 en la ley suprema de la Unión, en los términos del art. 133 constitucional. La CADH regula un amplio conjunto de temas: reconocimiento de derechos y libertades, obligaciones generales de los Estados y responsabilidad de estos (colectiva e individual), y garantías para la puntual observancia de ese catálogo de derechos y libertades: órganos de protección, procedimientos, medidas provisionales (cautelares jurisdiccionales) y reparaciones. Estas se hallan, pues, en el marco de las garantías provistas por la CADH.

Es bien sabido —y así lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete oficial de la Convención— que la materia de reparaciones por violación de esta —o de otros instrumentos internacionales— compete precisamente al derecho internacional, y que el ordenamiento nacional no puede, como antes mencioné, imponer modalidades o restricciones a un sistema que trasciende las fronteras domésticas. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce o instituye el derecho y la libertad del individuo (además de los reconocimientos provenientes de fuente nacional), estatuye el deber estatal de respetarlos (art. 1.1, CADH), previene la garantía de preservación (art. 1.1, CADH), regula la responsabilidad internacional, dispone las consecuencias derivadas de la violación de aquellos y rechaza los obstáculos de orden interno que un Estado pudiera invocar para desatender sus obligaciones internacionales. Por ende, las reparaciones de fuente internacional deben ser consideradas en el doble marco de esa fuente, a saber: el instrumento internacional y la sentencia del órgano jurisdiccional, asimismo internacional (o supranacional) que dispone la condena del Estado y precisa la consecuencia correspondiente.

Se suele interrogar acerca del carácter de la obligación reparadora: ¿de medios o de resultados? La pregunta involucra cuestiones complejas y cubre abstracciones inaceptables. En rigor, se trata de un deber de medios, es decir, de aplicación de todos los medios al alcance del obligado (el Estado) para reparar debidamente el daño causado por el hecho ilícito. Es posible que surjan obstáculos insuperables que impidan arribar al resultado apetecido. Empero, es indispensable distinguir entre los escollos de hecho, a veces irremontables, y los de derecho, generalmente remontables, e impedir que se argumente imposibilidad de cumplimiento cuando solo existe indisposición política.

Fue largo y complejo el proceso de elaboración y adopción del actual art. 63.1 de la CADH. Inicialmente, los redactores de anteproyectos y textos conducentes al conocimiento y decisión de la Conferencia de 1969, que emitió la CADH, inspiraron sus propuestas en las disposiciones del Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950, que era el

modelo a la vista y cuya aplicación había iniciado bajo las orientaciones de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos.

Ese modelo contiene una fórmula que resultaría insatisfactoria para los autores de la Convención Americana: “Si el tribunal (europeo) declara que ha habido violación del Convenio (de Roma, de 1950) o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. Como se advierte, la fórmula europea carga el acento sobre la regulación reparatoria del Estado, y subsidiariamente (secundariamente) sobre la iniciativa del tribunal internacional. Además, todo el énfasis se deposita en la satisfacción del perjuicio ocasionado a la víctima.

Dicho perfil de la reparación no convenció a la Conferencia de San José, que acogió finalmente una propuesta formulada por la delegación de Guatemala, que hoy informa el art. 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [agregaré: o en otros instrumentos que aplica el tribunal interamericano, dentro de su ámbito de competencia material], la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

De la fórmula acogida por la CADH se infiere el propósito de dar a las reparaciones mucho mayor alcance que el que literalmente se desprende del texto europeo, y la determinación de conceder al orden internacional, representado por la Corte Interamericana, una misión más diligente e intensa. El acento se pone en el orden internacional y las satisfacciones que este puede proveer, no en el orden interno y las insatisfacciones que pudieran caracterizarlo. Atrás de esta fórmula militaban, sin duda, una dura experiencia y una moderada esperanza.

El aspecto más interesante, a juicio del autor de esta nota, del sistema interamericano de reparaciones —aspecto destacado por un importante sector de la doctrina internacional— es el énfasis que aquel pone en los factores estructurales de la violación. No se concentra solamente en el agravio inferido a la víctima y en la confrontación particularizada entre la norma internacional que se supone vulnerada y el hecho concreto que la vulneró. Va más allá: extiende la mirada hacia el contexto histórico y actual, y hacia las previsibles reiteraciones en el futuro cercano o distante. Aborda, pues, las fuentes de la violación y reclama medidas de prevención y no repetición que indudablemente desbordan el daño material o inmaterial causado a un sujeto particular, aunque no lo desconoce, ni omite atenderlo a través de indemnizaciones compensatorias y otras medidas —materiales o inmateriales— de satisfacción.

Este “proyecto social” de la reparación —si se permite decirlo de esta manera— caracteriza al régimen construido en relativamente poco tiempo, apenas tres décadas, por un número también relativamente reducido de sentencias con gran aptitud innovadora de signo progresista, invariablemente

conducidas por el principio *pro homine* y atenuadas, como no podía ni debía ser menos, por las circunstancias prevalecientes en el ámbito americano en el que se despliega la competencia contenciosa del tribunal supranacional.

Es muy amplio el conjunto de reparaciones (o consecuencias jurídicas del hecho ilícito, como insisto en decir) que ha elaborado la Corte Interamericana. Generalmente, esta invoca la que considera reparación perfecta o por antonomasia: la *restitutio in integrum*, postulada por una respetable doctrina y jurisprudencia internacional, pero prácticamente inalcanzable. Implica dar marcha atrás a las manecillas del reloj. Empero, la *restitutio* constituye un buen punto de referencia sobre el destino y el rumbo de muchas medidas de reparación: devolver las cosas al estado en el que se encontraban, o bien, a una situación aproximada a este, que desvanezca o mitigue el impacto del hecho ilícito y contribuya a la satisfacción de la víctima y de la sociedad.

Más acá de la *restitutio in integrum*, en el terreno de lo practicable y plausible, se hallan las medidas que implican una cierta garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones cometidas. El conocimiento de la verdad marcha en esta dirección; lo mismo, la selección y capacitación de los servidores públicos (particularmente en el campo de la prevención de delitos y la persecución criminal) para la debida observancia de los derechos humanos en el ámbito de su desempeño. Se trata, en suma, como se ha dicho en muchas sentencias, de que el Estado adopte una serie de medidas “con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso” (se lee en la sentencia del caso Trujillo Oroza, por ejemplo).

Obviamente, en el campo de las reparaciones figuran invariablemente las indemnizaciones por daños materiales o inmateriales (antes, morales) causados a la víctima. Este concepto ha contribuido significativamente a la reflexión misma acerca del concepto y la identidad de la víctima, expresión usual, a cambio de las escasas alusiones hechas a la noción de lesionado, que es la que utiliza, literalmente, la Convención Americana. En este mismo sector de correspondencias patrimoniales se localiza el tema de las costas y gastos, cuya cobertura resulta indispensable, habida cuenta de las complejidades y la natural onerosidad del procedimiento interno y externo que desemboca en una sentencia de condena, sin perjuicio de que la impartición de justicia sea gratuita en el ámbito interamericano y en el mexicano, por imperativo constitucional.

Referencia especial merece la reparación, siempre difícil y elusiva, al daño causado al “proyecto de vida”, un concepto trabajado por la Corte IDH a partir del caso Loayza Tamayo, con penetrante reflexión, del que se ha dicho constituye “uno de los elementos más originales de la jurisprudencia interamericana que acredita una creatividad jurídica sin igual” (Bourgorgue-Larsen). Agreguemos al elenco de reparaciones las reformas normativas o las nuevas normas, frecuentemente ordenadas por la Corte IDH y efectivamente cumplidas por Estados destinatarios de este género de condenas, a menudo relacionadas con la tipificación o la sanción de conductas delictuosas, el debido proceso de adultos y menores de edad, y el reconocimiento de derechos ancestrales de comunidades indígenas. Igualmente, mencionemos el cumplimiento del deber de justicia (regularmente, justicia penal) en relación con los

responsables de violaciones, lo mismo agentes formales del Estado que otros sujetos cuya conducta es imputable al Estado.

Al conjunto de reparaciones se añaden diversas formas de satisfacción que operan en relación con la víctima, desde luego, pero también con la sociedad y la justicia; así, la sentencia misma, que tiene eficacia como medida de satisfacción, el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la atención médica y psicológica, la restitución de bienes, los programas específicos de desarrollo en el ámbito en el que se halla la víctima o con respecto a personas del grupo al que aquella pertenece, la emisión de ciertas políticas de Estado, los reconocimientos y homenajes, la asistencia vocacional y la educación especial, la difusión de derechos de determinados colectivos, la preservación de una cultura, la remoción de patrones sociales que favorecen violaciones (por ejemplo, patrones discriminatorios de menores de edad, indígenas, afrodescendientes y mujeres), etcétera. Todas estas medidas, y muchas más, conforman el amplio catálogo del régimen de reparaciones elaborado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del nuclear precepto 63.1 de la Convención Americana.

Sergio García Ramírez

REPRESENTACIÓN EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

La representación en juicio de derechos constitucionales es un tema diferente de la legitimación para obrar. Representar supone pensar en alguien distinto del afectado, que cuenta con facultades suficientes para pedir en nombre de aquel que tiene el derecho subjetivo.

En los procesos constitucionales, el tema de la representación tiene cierta inconsistencia o falta de armonía entre las legislaciones. Cada uno adopta particularidades que impiden formular precisiones etimológicas.

Lo mismo sucede con la exigencia de tener un abogado que permita defender con criterios jurídicos el derecho cuya protección se pide; este tipo de representación o patrocinio letrado no es uniforme en Latinoamérica, pues algunos facilitan el acceso de toda persona sin necesidad de sumar un profesional de derecho; mientras otros condicionan la admisión del petitorio a que la presentación venga firmada por un abogado.

Ahora bien, la representación individual tiene estos condicionantes, mientras que los derechos colectivos o difusos presentan una situación diversa, donde la cuestión anida en resolver quién puede tener la adecuada representación de los grupos o sectores.

a) *Representación del afectado.* En los procesos constitucionales no hay mayores problemas con este tema. El derecho individual se lleva a juicio cuando hay una afectación clara y directa que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe ese derecho, y por la importancia del mismo, la gravedad del hecho, la arbitrariedad de la conducta o el incumplimiento de leyes particulares, demanda la actuación del órgano jurisdiccional.

La diferencia de criterios puede estar en si ese individuo necesita o no de apoyo letrado, o se piensa que la función jurisdiccional está obligada a dispensar la tutela cuando hay derechos de esta raigambre.

b) *Representación del derecho colectivo*. La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de estar registrados en una base oficial establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, con el fin de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así, porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil. Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un estatus jurídico suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, basta observar que cuando se permite que un comunero actúe en soledad, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos, en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta a la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

c) *Personería de las asociaciones*. El otro aspecto a considerar es la representación que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quién puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando, además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no solo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (por ejemplo, colegios profesionales, sindicatos, etcétera); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (por ejemplo, las llamadas “uniones sin perso-

nalidad”); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

i) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente. Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etcétera, responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos, de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

ii) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación. Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (por ejemplo, Cámara de la Propiedad Horizontal, Federación de entidades municipales, etcétera) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Solo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

iii) Grupos indeterminados con representación. Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto, aunque puede no ser afectado.

iv) Grupos indeterminados sin representación. El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrojándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación, pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo, pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

d) *Formas de representación para los intereses colectivos.* En materia de intereses o derechos difusos, la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evite consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina “ente exponencial” y la americana *adequacy of representation*.

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica, y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La “representación adecuada” se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad que, evitando el estudio de la representación, pone el ojo en el “ente exponencial”, pues supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del “ente exponencial”, no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial, la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (por ejemplo, Liga de Defensa de los Derechos del Consumidor u otros similares), pues aunque esta puede investirse de representación suficiente y ser parte procesal al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda, en el caso se busca tutelar el

interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños) permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial, respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

Oswaldo A. Gozáini

RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL

La “responsabilidad constitucional”, como un tipo diferente de responsabilidad, por encima de cualquiera de las tradicionalmente reconocidas, tiene lugar frente a violaciones a la Constitución federal, derivadas, entre otras, del incumplimiento de resoluciones dictadas por la Suprema Corte. La separación del cargo es consecuencia inmediata y directa de la determinación de “responsabilidad constitucional”, sin que pueda oponerse alguna especie de inmunidad o fuero.

La consignación ante un juez de Distrito se hace de manera directa por el tribunal constitucional, sin intermediación del Ministerio Público federal, y tiene como efecto el inicio de un proceso penal en el que, ya con intervención de este último, deberán respetarse las formalidades esenciales del procedimiento.

Los señalamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden ser variados por el juez de Distrito, es decir, la existencia del incumplimiento de una resolución dictada en una controversia constitucional y la determinación de responsabilidad constitucional derivado de dicho incumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez de Distrito emitirá un fallo con plenitud de jurisdicción respecto de la responsabilidad penal del consignado, distinta de la responsabilidad constitucional determinada de inicio por la Suprema Corte.

Tal responsabilidad es fruto de la naturaleza del poder en un orden republicano y del imperio del derecho para los gobernantes (racionalización o institucionalización del poder) en un Estado de derecho, y cristaliza como “justicia política”, la que, al igual que la jurisdicción constitucional, importan una quiebra parcial y relativa del viejo principio-dogma de la separación de poderes.

Precisamente la responsabilidad constitucional se origina en infracciones de la Constitución, lo que la asemeja a la responsabilidad jurídica más que a la política si no fuere porque las infracciones de la Constitución son, por su naturaleza, ilícitas, que invitan a interpelaciones creativas o márgenes de libertad interpretativa de órganos políticos. La responsabilidad constitucional perseguida mediante el *impeachment* es un caso de justicia política en que la “justicia es reinterpretada y recreada continuamente” (Friedrich). En la justicia política podemos establecer tres sujetos: acusador, acusado y magistrado, que ha de zanjar la cuestión utilizándose la forma judicial por órganos políticos para expedir una decisión política.

En relación a este tipo de responsabilidad, el tribunal constitucional ha dado pasos firmes para construir un “derecho constitucional sancionador”. Esta definición se refiere tanto a los procedimientos aplicables en supuestos de desobediencia a los mandamientos que emite el tribunal constitucional en el curso de la resolución de controversias y acciones de inconstitucionalidad, como a las consecuencias por “responsabilidad constitucional” y/o “responsabilidad penal” a las que se hacen acreedores los altos funcionarios públicos, cuando sus acciones encajan en dichos supuestos.

Derivado de la interpretación del texto constitucional, en el pleno de la Suprema Corte se ha determinado que la primera consecuencia por desobedecer un mandamiento emitido por el custodio de la Constitución trae consigo la remoción del cargo. Una vez aplicada dicha sanción por “responsabilidad constitucional”, significa que el funcionario responsable ha dejado de gozar del fuero constitucional, pues este solo protege al parlamentario cuando es diputado en funciones por lo que, al dejar de serlo, cesa al mismo tiempo el fuero constitucional.

Por tanto, una vez aplicada la “responsabilidad constitucional” por la Suprema Corte queda abierta la vía para exigir la “responsabilidad penal”, sin necesidad de solicitar al Congreso del estado que suspenda la inmunidad procesal penal del sujeto responsable de violación del mandamiento del máximo tribunal del país.

Una primera diferencia del procedimiento penal del “derecho constitucional sancionador” es que la Suprema Corte es la que directamente hace la consignación ante el juez del responsable de la falta constitucional, y no ante el Ministerio Público —que es lo usual—; sin embargo, cabe decir que este inicio del proceso directamente ante el juez y no ante el Ministerio Público lo encontramos en el derecho positivo, también para el caso de la inexecución de las sentencias de amparo.

Una segunda diferencia del procedimiento penal del derecho constitucional sancionador con respecto al ordinario, es que el juez de Distrito no tiene un margen tan amplio, como en un juicio ordinario, para determinar que efectivamente ha habido un quebranto al orden jurídico, y para establecer, en consecuencia, el probable responsable del mismo.

Por otra parte, el estudio específico de la responsabilidad constitucional del Gobierno (presidente de la República y ministros de Estado) exige contextualizar esta responsabilidad específica en el régimen político y forma de gobierno presidencialista, y en las tradiciones fundacionales del constitucio-

nalismo moderno: estadounidense y francesa (Díez-Picazo). En un régimen presidencial o en uno presidencialista, no existe en rigor responsabilidad política directa del Gobierno, y control político parlamentario hasta sus últimas consecuencias, que se produce cuando “un detentador de poder tiene que dar cuenta a otro detentador de poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada” (Bidart-Carnota), y que irroga el cese del Gobierno a través de la censura o desconfianza, con todos sus resguardos fruto de su racionalización de posguerra.

La responsabilidad del Gobierno debe estar inserta en el sistema de responsabilidades del poder. La persecución de la responsabilidad penal de los gobernantes (responsabilidad constitucional) se organiza siguiendo tres modelos: judicial puro, tribunal especial y sistema legislativo (Pérez Serrano).

Esta “criminalidad gubernativa” (Díez-Picazo) responde en su modelo de organización y de sanción a específicas condiciones histórico-políticas, y que están en el debate desde los orígenes del constitucionalismo moderno, sin perjuicio de observarse en las repúblicas antiguas (Jellinek) y en el constitucionalismo antiguo (McIlwain) institutos destinados a exigir la responsabilidad de los cargos públicos, como el ostracismo, *graphéparanomon*, *provocatio ad populum*, *quaestiones perpetuae*, en la Antigüedad grecolatina, enderezados al “gobierno constitucional” entendido como “gobierno limitado”.

El propio Maquiavelo, desde su inocultable republicanismo, en sus archiconocidos *Discursos...*, nos recuerda agudamente: “lo que hay de más indomable en un Estado republicano es el Poder Ejecutivo, que dispone de las fuerzas de la Nación”.

En relación a estos modelos de “criminalidad gubernativa”, podemos identificar verdaderas tradiciones en el constitucionalismo de los modernos; tradiciones en que se acoplan historia, política, cultura e ideologías.

Miguel Ángel Aguilar López

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado se inserta dentro del derecho público de daños, el cual discute si la producción de un daño debe transferirse a la hacienda pública o quedarse en el patrimonio de la víctima que lo sufre. En general, la idea de que los entes del poder público deben responsabilizarse por los daños que ocasionan, es una idea relativamente contemporánea que se explora por vía legislativa, jurisprudencial y doctrinal a lo largo del siglo XX, principalmente en países como Francia, Alemania y España, cuyo impacto permea en Latinoamérica durante la primera década del siglo XXI, en países como Colombia y México.

Antes de esta fecha, y hasta la primera mitad del siglo XIX, se observa en los países de Europa una resistencia generalizada del poder público de someterse al derecho, derivada de la incapacidad del derecho civil para responder a las necesidades que planteaba la época; por muy defectuosa que fuera la prestación de los servicios públicos, la administración no respondía, pues se tenía arraigada la idea de que el príncipe estaba por encima del particular.

De allí que, durante la segunda mitad del siglo XIX, surjan normas especiales para la administración pública, y para los daños que esta causa. No obstante, conviene señalar que en algunos países, como Italia y Alemania, el instituto de la responsabilidad patrimonial opera conforme al régimen resarcitorio de su Código Civil.

Así, históricamente se ha transitado de una irresponsabilidad absoluta de la administración a una responsabilidad casi absoluta, y especialmente, de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, que implicaba demostrar la negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño; y a una responsabilidad objetiva y directa, en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por el Estado, por lo que puede demandarlo directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado.

Al mismo tiempo, a la sazón del desarrollo judicial del derecho de daños, se ha ido incrementando, por un lado, el rango resarcible: de la reparación exclusiva del daño patrimonial a la reparación de cada vez más perjuicios morales; y por otro, los sujetos públicos obligados: de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la responsabilidad del Estado-juez, del Estado-legislador y del Estado-tribunal constitucional.

Naturalmente, corresponde al legislador determinar el grado en que responderá el Estado, los entes públicos responsables y el rango resarcible de daños. Por regla general, las administraciones públicas deben responder de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En México, por ejemplo, pese a que la ley de la materia reconoce que las tres esferas del poder público son sujetos que pueden generar responsabilidad patrimonial, esta solo deriva de actividades administrativas irregulares.

De manera general, el derecho a la responsabilidad patrimonial se desprende de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la vida y a la integridad física. De manera específica, algunos regímenes (como el español) reconocen dos formas básicas de tutela. Por un lado, la tutela restitutoria, que restituye el derecho cuando se condena a la anulación del acto que causa el daño y, por otro, la tutela resarcitoria, que implica una garantía indemnizatoria frente al daño producido. En este sentido, la responsabilidad patrimonial cumple un ideal de justicia conmutativa o justicia correctiva, pues no previene, ni sanciona, sino que corrige.

Por último, los presupuestos para que se actualice la responsabilidad objetiva de la administración son: 1) un daño o hecho lesivo de la administración; es decir, un perjuicio real personal y directo que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas; 2) un nexo causal; de modo que la causa del daño sea la actividad de la administración pública o, en su acepción más amplia, del Estado, y 3) un título de imputación, es decir, que la causa del daño pueda ser atribuida a la administración por tratarse de un acto o comportamiento producido en el contexto de un servicio de titularidad pública.

RESPONSABILIDAD PENAL

El vocablo responsabilidad implica una connotación muy amplia; de tal manera que se hace necesario precisar sus alcances; genéricamente implica asumir las consecuencias de todos los actos que el individuo realiza en forma consciente e intencionada. Constituye uno de los valores humanos más importantes, que emerge de la capacidad humana de elegir entre diferentes opciones, y actuar, conforme a la libre voluntad, de la cual resulta la obligación de asumir todas aquellas consecuencias que de esos actos deriven.

Así, la conjugación gramatical “responsabilidad penal” significa la consecuencia jurídica de la violación de la ley por una persona, y frente a la anterior, depende de que esa violación sea descubierta y probada. Es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen al individuo cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este, implica entonces, la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.

Este tipo de responsabilidad la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intenta su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Se actualiza cuando el agente activo ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.

La responsabilidad penal no solo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa. Conforme al principio de intervención mínima, el ámbito penal debe tener un carácter residual, es decir, intervenir únicamente ante hechos muy graves, y cuando hayan fracasado los demás mecanismos de protección.

El derecho penal, expresión de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*), tiene por finalidad salvaguardar los bienes más valiosos y esenciales para el mantenimiento de un orden social determinado y, por tanto, castigar aquellos comportamientos que resultan particularmente lesivos para el mismo. En este sentido, la responsabilidad penal no es tanto un instrumento ordinario de regulación de la convivencia, cuanto el instrumento último al que acude el Estado, cuando los demás mecanismos normativos se revelan insuficientes. Consecuentemente debe decirse, no todas las infracciones de normas jurídicas dan lugar a responsabilidad penal; es decir, como se deduce de algunos preceptos del derecho penal, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico, antijurídico, no acarrea de manera automática la imposición de una pena al autor de ese hecho.

Luego, para hablar de responsabilidad penal se exige la realización de una conducta que debe ser típica, antijurídica y culpable, además que la pena sea necesaria. En efecto, para la imposición de una sanción, *principal consecuencia jurídico-penal del delito*, no es suficiente con la comisión del hecho típico y antijurídico, pues existen determinados casos en los que el autor de aquel queda exento de responsabilidad, lo que demuestra que junto a la tipicidad y antijuridicidad debe darse una tercera categoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena, esa categoría es la culpabilidad:

precisamente esta es el presupuesto más importante de la responsabilidad penal (Roxin), a la cual debe añadirse la necesidad preventiva de la pena, la que se concibe como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible.

El examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho (Jescheck, H. Heinrich), lo cual supone no culpablemente, en cuanto se puede invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención del deber.

Así, la idea central de las causas de exculpación se ve en la inexigibilidad, que permite distinguir de las causas de justificación y de las de exclusión de la punibilidad. Freudenthal desarrolló una causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad, cuando “a la no realización del hecho punible le hubiese pertenecido una tal medida de resistencia que a nadie normalmente se le puede exigir, entonces falta con el poder el reproche y con el reproche, la culpabilidad, siendo esto, la inexigibilidad”.

A partir de estas ideas se concibe que la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad, consista en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad penal supone una valoración negativa que se formula al autor por no haber observado una conducta conforme a derecho.

De ahí que se conciben como elementos de la culpabilidad a: *la imputabilidad*, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad; *la cognoscibilidad* de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta; y la no concurrencia de alguna causa de *no exigibilidad de otra conducta*, como estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos a todos.

Como tema relevante acerca de la responsabilidad penal, Mir Puig sostuvo que en el derecho penal el delito debe ser obra del ser humano, no se debe a razones ontológicas, ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo. De tal manera, históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir). Este principio está reflejado en la expresión latina: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica, y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (fraude, robo, estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etcétera). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones.

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas provoca numerosas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que el modelo se-

guido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heterorresponsabilidad. Sin embargo, desde el prisma constitucional y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos a la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados.

Miguel Ángel Aguilar López

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL A NIVEL INTERNACIONAL

La responsabilidad penal individual a nivel internacional se refiere a la represión del daño antijurídico en contra del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, causada por una persona determinada, la cual por su gravedad, propia de la naturaleza de los crímenes, es sancionada en el ámbito del derecho internacional.

En ausencia de acción estatal para sancionar ciertos delitos cometidos dentro de su ámbito espacial de competencia, ya sea por falta de capacidad o por falta de voluntad política, se han creado instancias internacionales facultadas para sancionar y someter a juicio a aquellos responsables de las más graves crímenes (véase la voz crímenes internacionales).

La responsabilidad penal a nivel internacional es el principal objeto de estudio del derecho penal internacional, la cual constituye una especialidad dentro del derecho internacional público, por lo que cuenta con las mismas fuentes, es decir los tratados y acuerdos internacionales, normas de derecho internacional consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales internacionales y principios generales del derecho.

El desarrollo del concepto y alcances de la responsabilidad penal individual a nivel internacional es relativamente nuevo en la escena mundial. Ha sido desarrollado como consecuencia directa de los conflictos armados que han marcado a la comunidad internacional por su gravedad durante el siglo XX, y en especial, durante los últimos sesenta años, periodo en el que se ha logrado la consolidación del concepto de responsabilidad del individuo como sujeto de las normas de derecho internacional.

Al concluir la Primera Guerra Mundial, se creó la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones con la finalidad de sancionar al káiser Guillermo II, por su responsabilidad en la comisión “de un delito de suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados” (art. 227 de los Tratados de Versalles de 28 de junio de 1919). Sin embargo, nunca llegó a concretarse la creación de un tribunal, debido a que se le otorgó asilo en el reino de los Países Bajos y nunca se logró su extradición.

La Segunda Guerra Mundial y los graves crímenes cometidos por el régimen nazi de 1939 a 1945 marcaron el inicio del desarrollo de una doctrina sobre la responsabilidad penal internacional. Mediante el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, las potencias aliadas establecieron el estatuto del Tribunal Militar Internacional para juzgar a los criminales de guerra alema-

nes. En dicho documento se estableció la responsabilidad penal individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en violación al derecho internacional. De manera paralela, aunque con una estructura distinta, se creó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente con la finalidad de sancionar a aquellos responsables de los más graves crímenes durante la guerra en el Pacífico.

Independientemente de las críticas que tales tribunales recibieron en su momento, por ser considerados una forma de venganza por parte de las potencias vencedoras en un conflicto armado, dichos tribunales constituyen el primer paso para la aceptación del individuo como responsable ante la comunidad internacional por la comisión de crímenes de extrema gravedad, lo cual queda demostrado con la expedición de los principios del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los cuales establecieron como principio que “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”.

Con la creación de tribunales *ad-hoc* para la persecución de los delitos cometidos en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, se logró la consolidación y aceptación de la posibilidad de que órganos compuestos de manera internacional cuenten con la atribución de juzgar a individuos por crímenes graves contra el derecho internacional.

El concepto de responsabilidad penal individual ha sido incorporado en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, híbridos y de la Corte Penal Internacional, en los que se ha reafirmado no solo la responsabilidad individual, sino que ha sido regulada de manera detallada, estableciendo las diferentes formas que puede adoptar la responsabilidad penal internacional del individuo.

El art. 7o. del Estatuto del Tribunal para Yugoslavia, el cual fue reproducido con posterioridad en el art. 6o. del Estatuto del Tribunal para Ruanda, establece que toda persona que haya planeado, instigado, ordenado, ejecutado o de cualquier otra manera ayudado a realizar cualquiera de dichas conductas, será responsable penalmente, considerando que la realización de la conducta en cumplimiento de una orden no es excluyente de responsabilidad. Igualmente establece la responsabilidad penal del superior jerárquico, no solo por emitir una orden para la comisión de un crimen internacional, sino por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir que un subordinado cometiera un crimen cuando conociera dicha intención o tuviera razones para saber que se cometería.

Es importante resaltar también que dicho Estatuto establece de manera expresa que el hecho de ser jefe de Estado o de Gobierno no exime la responsabilidad penal a nivel internacional del individuo o atenuará la pena.

La jurisprudencia de dichos tribunales *ad-hoc* ha desarrollado una forma distinta a la establecida de manera expresa en sus estatutos, al interpretar que aquellas personas que contribuyen a la comisión de crímenes en ejecución de una empresa criminal común deberán ser sujetas a responsabilidad penal bajo la modalidad de comisión de un delito.

De acuerdo a la Sala de Apelaciones del Tribunal *ad-hoc* para Yugoslavia, en la resolución del caso Tadic, existen tres categorías en las que puede materializarse una empresa criminal común. La primera comprende aquellos casos en que todos los individuos actúan conforme a un plan común o al menos participan de manera voluntaria en la elaboración de una parte del plan y poseen la misma intención criminal. La segunda categoría, mejor conocida como la empresa criminal común del campo de concentración, es muy similar a la primera; sin embargo, es necesario que los crímenes sean cometidos por miembros de las autoridades militares o administrativas como los que administran un campo de concentración. Por último, la tercera categoría implica la comisión de una conducta delictiva por parte de un individuo que no formaba parte de la empresa criminal común, no obstante, dicha conducta era una consecuencia natural y previsible del propósito del plan.

El art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma actualmente contiene una regulación detallada de la responsabilidad penal individual. Establece como formas de responsabilidad, ya sea individual o colectiva, las de ordenar, proponer, intentar, inducir, facilitar o contribuir intencionalmente a la comisión por un grupo de personas, así como instigar directa y públicamente a cometer el crimen de genocidio. Es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional no reconoce la teoría de empresa criminal común desarrollada por el Tribunal para la exYugoslavia.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Conceptualizar la frase “responsabilidad política” implica considerar que el control y la limitación del poder no siempre han sido temas centrales de preocupación; sin embargo, es necesario atender que todo poder tiende al desbordamiento, y el poder político acredita esas tendencias. Así, la responsabilidad política constituye un instrumento de limitación y control de poder, junto con el clásico mecanismo de *checks and balances* y el prioritario control de legalidad.

Hay que ubicar el concepto de responsabilidad política en el contexto de los diversos niveles de responsabilidad que entrañan las acciones políticas. Hay una responsabilidad personal por los propios actos; hay una responsabilidad institucional, si esa persona encarna o forma parte integrante de una institución; hay una responsabilidad legal, si esos actos violan normas legales (esa responsabilidad le es reclamada a la persona), y hay una responsabilidad política, que es la que tiene todo actor político respecto de todo lo que ocurre en su área de poder directo, aunque no haya intervenido directamente en ello. Es una responsabilidad-fusible, que se ubica generalmente debajo de la cúspide del poder y arriba de las estructuras de ejecución.

Solo en casos muy graves afecta a la cúspide, porque el sistema privilegia la estabilidad del mando supremo y descarga, en lo posible, la responsabilidad política sobre las primeras líneas de las jerarquías de implementación. La ejecución de la responsabilidad política, en caso de error, generalmente se asume

mediante la renuncia al cargo, y puede tener consecuencias sobre la carrera política posterior.

La responsabilidad tiene dos caras: una *intersubjetiva*, que es la obligación del representante frente a sus electores por sus actos como tal; y otra *funcional*, en cuanto se supone que quien acepta postularse como representante está en condiciones de ofrecer un adecuado nivel de prestación, en términos de eficiencia y capacidad, es decir, una conducta “responsable”, confiada en último término a su “ciencia y conciencia” (D. Fisichella, 1990).

Sin embargo, tenemos una responsabilidad política, porque la política, por definición, se refiere al orden correcto de la sociedad para el bien común.

Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activa en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones, y en la elección de los gobernantes. Recordemos, por tanto, que todos los ciudadanos tienen el derecho y al mismo tiempo el deber de votar con libertad para promover el bien común.

El bien común requiere, entre otras cosas, que los derechos humanos y los principios morales sean respetados, y entre estos derechos y principios está el derecho a la vida. Sin el respeto a estos derechos y principios, la sociedad se convertirá en un caos y se destruirá a sí misma.

La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que estos ejercen el poder político. Esta definición, puramente convencional, suscita de inmediato dos interrogantes: primero, ¿en qué consisten las sanciones y quién las impone?; segundo, ¿cuál es la fuerza vinculante de esas sanciones? Para responder la primera de estas cuestiones, hay que observar cómo la responsabilidad política puede ser, al menos, de dos tipos: difusa e institucional.

La responsabilidad política difusa está ínsita en el concepto mismo de democracia. Estructura en el juicio negativo que los ciudadanos pueden dar a la actuación de los gobernantes, y se manifiesta, ante todo, en un estado de la opinión pública. Cuando este juicio negativo se refiere a cargos públicos electivos (diputados, senadores, concejales, etcétera), la responsabilidad política puede traducirse, además, en un determinado comportamiento electoral: sancionar a la persona que se reputa políticamente responsable, no votándola en la siguiente elección. Se dice que esta forma de responsabilidad política es difusa, por dos razones: porque la sanción no es impuesta por alguien en concreto, sino por la generalidad de los ciudadanos, y además, porque la sanción consiste en una mera opinión negativa que, solo eventualmente, puede tener repercusiones en sede electoral.

Puesto que es expresión del peso de la opinión pública, la responsabilidad política difusa existe en todos los sistemas políticos democráticos. Además, en su sentido amplio de mero juicio negativo por parte de la opinión pública, la responsabilidad política difusa afecta a todos cuantos ocupan algún cargo público, incluso de naturaleza no electiva; y ello, porque la libertad de crí-

tica acerca del modo en que se conducen los asuntos públicos es una de las características fundamentales de la democracia. Esta última observación es importante porque abarca no solo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también al Poder Judicial, cuya función no tiene una naturaleza primariamente política. Cuando se afirma la libertad de disentir en público de las resoluciones judiciales, en el fondo se está sosteniendo que ni siquiera la actuación de los tribunales, al menos en aquellas de sus facetas con relevancia política, está exenta de valoración crítica por parte de la opinión pública.

La responsabilidad política institucional, en cambio, consiste en la posibilidad de que un órgano del Estado repruebe el modo en que otro órgano del Estado ejerce sus funciones y provoque, en su caso, el cese o la dimisión del titular de este último. El esquema arquetípico de la responsabilidad política institucional viene dado por un órgano ejecutivo que depende de la confianza de una asamblea. Así, por ejemplo, hay exigencia de responsabilidad política institucional cuando el Parlamento retira su confianza al Gobierno, forzándolo a dimitir. El retiro de dicha confianza puede producirse mediante distintos mecanismos institucionales, que varían de un país a otro, tales como la moción de censura, la cuestión de confianza, etcétera.

Lo que importa subrayar aquí es que, a diferencia de la responsabilidad política difusa, la responsabilidad política institucional no constituye una característica necesaria de todos los sistemas políticos democráticos. Hoy en día, estos suelen clasificarse en dos grandes formas de gobierno: parlamentarismo y presidencialismo. Pues bien, la diferencia última entre ellas estriba en que solo en la forma parlamentaria de gobierno existe una genuina responsabilidad política institucional. Es más, la responsabilidad política institucional es la piedra angular de la organización y el funcionamiento del parlamentarismo. En la forma presidencial de gobierno, por el contrario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo emanan directamente del electorado, ante el que son autónomamente responsables, y de este modo, no conocen otra forma de responsabilidad política que la difusa.

Para afrontar el problema de la fuerza vinculante de las sanciones políticas, es preciso observar, ante todo, cómo la idea de responsabilidad suele aplicarse en los ámbitos de la moral y del derecho. Así, la responsabilidad puede ser moral o jurídica, dependiendo de la naturaleza de las normas que la regulan y del tipo de sanciones que lleva aparejada.

Miguel Ángel Aguilar López

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN

Cabe aclarar que la presente voz tiene sentido en ordenamientos jurídicos en los que no se tenga claridad sobre las relaciones entre las fuentes de origen interno e internacional en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los que en lugar de atender el principio *pro persona* a cabalidad, para concluir que no se imponen unas sobre otras sino que es debido armonizarlas para promover siempre la mayor protección de las personas, y en todo caso darle

preferencia a las disposiciones que resulten más garantistas de los derechos, todavía se considera que el principio de jerarquía dota a la Constitución nacional de una posición prevalente que complejiza la búsqueda de los estándares más favorables, y hasta puede generar que una restricción constitucional a los derechos humanos impere por sobre una norma contenida en una fuente internacional que sea más benéfica.

En ese contexto, como elemento de análisis general debiera considerarse que si se ha aceptado pacíficamente que la inmensa mayoría de los derechos humanos no son absolutos, en materia de restricciones a los mismos, tampoco puede imponerse esa caracterización. En otras palabras, no puede haber restricciones absolutas para esos derechos, sino que, por el contrario, toda restricción a ellos debe ser analizada caso por caso a través de una ponderación, para asegurarse que resulte lo más benéfico para las personas, bajo la lógica del principio *pro persona*.

Un segundo elemento consiste en que no se puede equiparar a una restricción de derechos con la falta de previsión o incompleto desarrollo de los contenidos de los propios derechos humanos. En ese sentido, si en un texto constitucional no se mencionan todos los alcances de un derecho, de forma alguna puede interpretarse dicha circunstancia como una restricción. En cada supuesto de los anteriores, que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales sirven para completar los contenidos de los derechos de que se trate. Postular lo contrario equivaldría a cerrar el desarrollo de los derechos humanos únicamente a lo fijado en las normas constitucionales, una alternativa que no debiera aceptarse para interpretar cualquier Constitución, toda vez que en materia de derechos humanos se establecen estándares mínimos, no máximos.

Un tercer elemento radica en no confundir las restricciones a los derechos con la delimitación de sus contenidos. Facilita la comprensión de esta cuestión tener en mente algún ordenamiento jurídico en el que, por ejemplo, la libertad de trabajo, de industria o el derecho a la propiedad, no sean excusa para explotar a otras personas, dedicarse a actividades ilícitas o actuar sin miramientos con el cuidado al medio ambiente, o bien, en el que la libertad de expresión no pueda pretextarse para hacer comentarios racistas o discriminatorios en contra de personas o de colectivos. Bajo ese entendimiento, no es posible tener por actualizada alguna restricción constitucional a los derechos, cuando se evita que se abuse de ellos.

Un cuarto elemento reside en no fundar las restricciones a los derechos en los preceptos que establecen facultades a las autoridades, en tanto sus atribuciones no pueden leerse como una posibilidad implícita para limitar derechos, sino todo lo contrario, lo que resulta debido es ajustar los alcances de sus competencias al respeto de los derechos humanos. De esta forma, por ejemplo, si se faculta a una autoridad administrativa a imponer un trabajo en favor de la comunidad como sanción por alguna infracción a un reglamento gubernativo, ello solo puede ser posible si se acepta voluntariamente por la persona sancionada, ya que existe un derecho humano de que a nadie se le obligue a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, salvo que sea una pena impuesta por una autoridad judicial.

Un quinto elemento, ya no de identificación sino de interpretación, consiste en que una vez precisada, una vez ubicada alguna restricción a los derechos propiamente dicha, siempre la misma debe ser interpretada de la manera más acotada posible, reduciendo sus alcances a la mínima expresión, con el fin de observar el principio *pro persona*, el cual tiene como una vertiente no extender de más tales restricciones.

Como sexto elemento de análisis general habrá que reparar en la importancia que tendrían cláusulas constitucionales sobre restricciones a derechos humanos que expresen que solamente en el texto de la propia Constitución se fijarán los casos y las condiciones en los que sea posible restringir o suspender el ejercicio de aquellos derechos, puesto que con una redacción como esa se garantizaría que ninguna otra fuente normativa, distinta a la Constitución, conservara la posibilidad de menoscabar u obstaculizar el disfrute de los derechos humanos, en razón de que se obligaría a que toda restricción posea un soporte constitucional expreso. Es decir, que sin este fundamento constitucional expreso, sin mención en los artículos constitucionales de los casos y las condiciones para que opere alguna restricción a los derechos humanos, no es posible que se avalen reenvíos a la legislación secundaria para que en ella se limiten esos derechos, en tanto que la responsabilidad que se confía al poder legislador es que desarrolle los contenidos de los derechos, pero nunca que los restrinja, si no lo hace la propia Constitución.

En consecuencia, si las restricciones a los derechos solo pueden preverse en el texto constitucional, como séptimo elemento de análisis general también debe ponerse de manifiesto que en la práctica totalidad de los casos se contrapondrán con otras disposiciones constitucionales que reconozcan derechos, sin que aquellas puedan prevalecer en automático como si se tratara de una excepción o una cláusula especial a una regla general, al menos en los ordenamientos jurídicos en los que su Constitución general no dote de mayor fuerza normativa a algunas de sus disposiciones sobre las demás, ni contenga precepto alguno que claramente instituya jerarquías diferenciadas entre los artículos que la componen.

En ese sentido, si desde la Constitución las cláusulas sobre restricciones a los derechos humanos no poseen la fuerza normativa suficiente para imponerse de modo absoluto y en automático a otros preceptos que reconozcan derechos, como octavo elemento se deriva la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación, en el que caso a caso se busque lo que resulte más favorable para las personas.

Lo anterior se vincula estrechamente con un noveno elemento, en el sentido de que el fundamento que debe justificar a toda restricción a los derechos humanos es precisamente la garantía de otros derechos humanos de las demás personas, pues solamente esta fórmula es consistente con el principio *pro persona*. De otra manera, no habría restricción que pudiera aprobar un test de proporcionalidad, razonabilidad o necesidad, pues si con ella no se buscara proteger a las personas, sino a las autoridades o a los poderes de facto, resultaría excesiva e injustificada.

En adición, como un décimo elemento a considerar, debe afirmarse que en los ordenamientos jurídicos en los que el entendimiento del respeto irres-

tricto al texto constitucional conduzca a postular que ninguna de sus disposiciones puede ser ignorada o desaplicada, aunque contenga una restricción a los derechos humanos que introduzca un estándar menos favorable que el que pueda desprenderse de fuentes de origen internacional en la materia; de todos modos queda abierta la posibilidad para que los preceptos constitucionales sean *interpretados conforme* a esa normatividad sobre derechos humanos de fuente internacional imperante.

A partir de lo cual, como un último elemento, conviene recordar que el tema de las restricciones a los derechos humanos ha sido explorado y desarrollado en sede internacional desde hace bastante tiempo. De ese acervo queda claro que si toda restricción, para que tenga oportunidad de estar justificada, requiere estar prevista en ley, y resultar necesaria para asegurar otros fines legítimos, la revisión de ambos extremos conduce irremediablemente a la ponderación caso a caso, y nunca a una prevalencia en automático. No obstante, como los criterios originados en sede internacional precisan ajustarse para velar que resulten los más benéficos, ahí donde la normativa de fuente interna haya elevado el estándar de ambos elementos mencionados, tiene que estarse a ella, por lo cual no bastará con que las restricciones se encuentren previstas en ley, sino que deberá exigirse una especie de principio de reserva de Constitución, en tanto que solamente los preceptos constitucionales pueden fijar los casos y las condiciones en las que operen aquellas, además de que únicamente quedarán justificadas por el aseguramiento, no de cualquier fin legítimo o bien constitucionalmente tutelado, sino exclusivamente resultarán necesarias, razonables o proporcionales aquellas restricciones que tengan por objeto la protección más favorable para las personas.

En definitiva, bajo esta óptica se honraría la cuestión del diálogo jurisprudencial, que no puede ser unidireccional, sino que sirve de puente de doble sentido para que las cortes constitucionales, y cualesquiera juzgados y tribunales nacionales, eleven los estándares desarrollados en sedes internacionales, teniendo por meta la mejor salvaguarda de los derechos humanos de las personas, y para que los garantes internacionales adopten esas pautas reforzadas, ya que también ellos deben de proceder bajo el principio *pro persona*.

*Luis Miguel Cano López
Graciela Rodríguez Manzo*

RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

Cuando se hace referencia al término “jurisprudencia” en el sistema jurídico mexicano, este adquiere una dimensión particular, pues en términos generales se entiende como el conjunto de criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales facultados para ello, que vinculan a otros órganos encargados de la impartición de justicia.

La jurisprudencia se puede conformar bajo cuatro sistemas: por reiteración, contradicción, sustitución y por razón fundada; y la base de la jurisprudencia se encuentra justamente en las sentencias de las que derivan los criterios obligatorios.

Como toda figura jurídica, la jurisprudencia tiene ciertas reglas, las cuales se encuentran vinculadas a su publicidad, obligatoriedad, retroactividad, aclaración, interrupción, modificación y sustitución; y se dirigen a la adecuada conformación y aplicación de la misma en los casos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

En lo que interesa, la retroactividad de la jurisprudencia puede tener distintos significados, ello en atención a la perspectiva desde la que se aborde. En las siguientes líneas se hace referencia brevemente al alcance de esta regla.

a) *Irretroactividad de la jurisprudencia en relación con la norma que interpreta.* En la jurisprudencia se refleja la interpretación de la norma vigente en la época de los hechos.

No obstante, es posible que los hechos acontezcan de forma previa a la publicación de la norma, y por ende de la aprobación de la jurisprudencia; en este sentido, la nueva disposición, y por consecuencia la jurisprudencia que la interpreta, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna, de conformidad con lo establecido por el art. 14, párrafo primero, de la Constitución de México.

Lo anterior se fortalece con motivo de lo dispuesto en el art. 217, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, que establece que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Es importante destacar que esta regla vincula directamente a la jurisprudencia con la vigencia de la norma, en el entendido de que la jurisprudencia es obligatoria, únicamente cuando la norma que interpreta es aplicable al caso concreto.

b) *La aplicación de la jurisprudencia no viola la irretroactividad de la ley.* Si bien la jurisprudencia es la interpretación obligatoria de la ley, y se expresa en términos abstractos, en modo alguno puede equipararse a la propia ley, y por ende considerarse que su aplicación es retroactiva.

Lo anterior se advierte claramente cuando se presentan los siguientes momentos de forma sucesiva: el primero relativo a la aprobación de una ley, el segundo consistente en la actualización de los hechos que han de ser subsumidos en esta ley, y el tercero, posterior a los dos anteriores, relativo a la conformación de la jurisprudencia con motivo de otros juicios o de la resolución de una contradicción de tesis, derivado de la interpretación de esa ley.

De esta forma, el hecho de que una jurisprudencia se conforme con posterioridad a la actualización de los hechos que dan origen a un caso, ello no implica que no sea aplicable, o que su aplicación sea retroactiva en perjuicio de una parte, pues la aplicación retroactiva únicamente puede valorarse a la luz de la vigencia de la propia ley, y si esta última es anterior a los hechos, sin duda la jurisprudencia es vinculante, pues la misma es la interpretación obligatoria de la ley.

c) *La conformación de una jurisprudencia por contradicción no tiene efectos retroactivos en los asuntos que se resolvieron de forma previa.* La naturaleza de la jurisprudencia radica en el establecimiento de pautas interpretativas dirigidas a casos futuros, no así de ser un recurso sobre asuntos ya concluidos en los que se haya aplicado la norma que se interpreta.

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

En consonancia con lo anterior, en el art. 226, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, se establece que la resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

Como se puede advertir, la retroactividad de la jurisprudencia tiene características particulares que se deben analizar bajo una óptica determinada, y en todo caso no se debe perder de vista que la jurisprudencia en última instancia representa un criterio vinculante, y su aplicación se encuentra estrechamente vinculada a la de la norma jurídica.

Mauricio Lara Guadarrama

S



SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (EL SALVADOR)

En el diseño que la Constitución salvadoreña (Cn) ha hecho del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad conviven, por una parte, la potestad judicial de inaplicabilidad (art. 185 Cn), que supone la pervivencia de un instrumento del modelo difuso de control de constitucionalidad) y, por otra parte, la atribución de conocimiento y decisión de determinados procesos constitucionales a un ente especializado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) en lo que constituye expresión del modelo concentrado de control constitucional.

Con relación al régimen constitucional y legal de la SCn/CSJ cabe hacer mención a los siguientes aspectos: *a)* ubicación en la estructura estatal y, en concreto, su integración en el órgano judicial; *b)* integración del tribunal; *c)* nombramiento del presidente; *d)* periodo en el cargo y renovación periódica; *e)* legitimación parlamentaria; *f)* estatuto de los magistrados; *g)* destitución de magistrados, y *h)* competencias.

A. La SCn/CSJ es parte integrante de la Corte Suprema de Justicia (inciso primero del art. 174 Cn), ubicación en la organización estatal de la que cabe derivar: *a)* se trata de un órgano constitucional, en el sentido que recibe directamente de la Constitución su estatus, conformación y competencias; *b)* es una entidad jurisdiccional y, por lo tanto, independiente, ya que ningún otro órgano puede ni debe interferir en sus funciones específicas; *c)* es un tribunal permanente y especializado; *d)* está organizacionalmente integrada en la CSJ, pero posee autonomía jurisdiccional, y, por consiguiente, tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las restantes salas de la CSJ y aún del Pleno de la CSJ, y *e)* no posee autonomía reglamentaria, administrativa o presupuestaria. En razón de tales caracteres, la SCn/CSJ se autocalifica como “auténtico Tribunal Constitucional” (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

B. La SCn/CSJ está integrada por cinco magistrados propietarios y, además, por cinco magistrados suplentes (inciso primero del art. 12 de la Ley Orgánica Judicial). Todos los integrantes de la SCn/CSJ son designados, única y exclusivamente y de modo expreso, por la Asamblea Legislativa (art. 174 Cn), por lo que ningún otro magistrado de la CSJ puede integrar, ni de forma temporal, la SCn/CSJ (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

C. Uno de los magistrados de la SCn/CSJ es designado, por la Asamblea Legislativa y para un periodo de tres años, presidente de dicha Sala, con lo que además ocupa los cargos de presidente de la CSJ y del Órgano Judicial (arts. 173 y 174 Cn).

D. El periodo del cargo de los magistrados de la SCn/CSJ es de 9 años, al igual que el resto de magistrados de la CSJ (inciso segundo del art. 186 Cn), y está autorizada la posibilidad de reelección inmediata. Ahora bien, la designación como magistrado de la SCn/CSJ implica que el designado integra dicha Sala por todo el periodo (9 años), sin que exista posibilidad válida de traslado, remoción o desplazamiento hacia otra sala de la CSJ (véase

sentencia de las 15 horas del 5 de junio de 2012, en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012)

E. Los magistrados de la SCN/CSJ, no obstante su calidad de juzgadores, son elegidos, tanto en su calidad de magistrados de la CSJ como en su calidad de integrantes de la SCn/CSJ, por la Asamblea Legislativa, mediante votación pública y nominal y por mayoría calificada de dos tercios del número de diputados (inciso segundo del art. 186 Cn). Esto significa que la legitimación parlamentaria y, por ende, en forma indirecta, democrática, de los magistrados de la SCn/CSJ es por partida doble: *a)* los magistrados de la SCn/CSJ, como integrantes de la CSJ, son elegidos por la Asamblea Legislativa, y *b)* la Asamblea Legislativa designa específicamente a los integrantes de la SCn/CSJ.

F. Tres aspectos determinan el estatuto de los magistrados de la SCn/CSJ: *a)* requisitos o condiciones de elegibilidad; *b)* inhabilidades e incompatibilidades, y *c)* privilegios constitucionales. Los requisitos para ser magistrados de la SCn/CSJ no se diferencian de los requisitos de magistrado de la CSJ (art. 176 Cn), los que se esquematizan así: *a)* nacionalidad, en tanto debe ser salvadoreño por nacimiento; *b)* edad, en el sentido que debe ser mayor de 40 años; *c)* estado seglar, esto es, no perteneciente al clero; *d)* formación jurídica, debiendo ser “abogado de la República”; *e)* prestigio, al que se refiere la Constitución con la genérica frase “de moralidad y competencia notorias”; *f)* experiencia en el ámbito jurídico, sea a través del ejercicio de la judicatura (6 años en tribunal de segunda instancia o 9 años en tribunal de primera instancia), sea mediante un lapso mínimo (10 años) de contar con la autorización para el ejercicio de la abogacía, y *g)* conservación de los derechos de ciudadanía, al menos en los 6 años previos al inicio del desempeño del cargo de magistrado.

La Constitución sólo prevé una inhabilidad de carácter familiar para acceder al cargo de magistrado de la SCn/CSJ, ya que no pueden ser magistrados los cónyuges ni parientes entre sí (art. 178 Cn); pero consagra una serie de incompatibilidades de carácter profesional o funcional: *a)* no pueden ser candidatos a diputados (art. 127 núm. 1 Cn); *b)* es incompatible con la calidad de funcionario de los otros órganos del Estado (art. 188 Cn); *c)* es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del notariado (art. 188 Cn), y *d)* el presidente de la SCn/CSJ no puede ser candidato a presidente de la República (art. 152 núm. 1 Cn).

Existen dos privilegios constitucionales conferidos a los titulares de las magistraturas de la CSJ: *a)* antejuicio ante la Asamblea Legislativa ante el cometimiento de delitos (inciso primero del art. 236 Cn), y *b)* fuero procesal, en tanto su procesamiento no corresponde a la jurisdicción común, sino que se atribuye a tribunales de mayor jerarquía judicial (inciso segundo del art. 236 Cn).

G. La Asamblea Legislativa está constitucionalmente autorizada, por mayoría calificada de dos tercios, a destituir a los magistrados de la CSJ (inciso primero del art. 186 Cn), sin excluir de tal supuesto a los integrantes de la SCn/CSJ, por lo que, definitivamente, la Asamblea Legislativa cuenta con la potestad de destituir a los magistrados de la SCn/CSJ, pero solo por causas “previamente establecidas por la ley”, las que hasta hoy día no han sido determinadas por el legislador.

H. En esencia, las competencias de la SCn/CSJ se refieren al conocimiento y decisión (la mayoría, en exclusiva) de los procesos constitucionales, que en el sistema procesal constitucional son, en esencia: *a*) proceso de inconstitucionalidad, con legitimación ciudadana y con decisión de efectos generales y obligatorios (art. 183 Cn); *b*) proceso de amparo, para la protección de los derechos constitucionales (inciso primero del art. 247 Cn); *c*) hábeas corpus, instrumento procesal para la protección de la libertad personal y la dignidad de las personas detenidas (inciso segundo del art. 11 Cn e inciso segundo del art. 247 Cn), y *d*) controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en el proceso de formación de ley (art. 138 Cn).

S. Enrique Anaya

SENTENCIA-LEY

Las clasificaciones de las sentencias dependen de factores subjetivos, ya que siguen la elección de los artífices de las clasificaciones; objetivos, como en particular los procedimientos seguidos por los tribunales, y finalmente, como es natural, lingüísticos.

“Sentencia-ley” representa una expresión tal vez utilizada para aludir a sentencias que tienen un grado elevado de creatividad.

Según la *communis opinio*, de índole elevadamente constructiva —por tanto no solo “negativa”— es la diversa tipología de pronunciamientos, mediante los cuales los tribunales no se limitan a expulsar del ordenamiento normas inconstitucionales, sino que añaden nuevas normativas. Las técnicas que verifican esta tendencia son de lo más variado, y la intensidad “creativa” de los pronunciamientos es distinta según los casos.

Sin embargo, el carácter normativo de las sentencias constitucionales estimatorias —que es evidente cada vez que el órgano competente esté habilitado para escribir en la parte dispositiva enunciados o fragmentos de enunciados— se aprecia también en los fallos de inconstitucionalidad puros y simples. En tal caso, en efecto, la eliminación de una parte del discurso del legislador o de las normas que de él se recaban, por un lado, determina un vacío (nadie duda que también ello represente una “norma”, aunque sea negativa); por otro lado, *crea* derecho, en el sentido de que a ese vacío se transfieren las normas aplicables por analogía o aquellas extraídas de los principios generales del derecho. En otras circunstancias, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición que enuncia una facultad o un derecho introduce (o puede introducir) una prohibición; aquélla que elimina tal prohibición u obligación introduce (o puede introducir) una facultad o un derecho.

Incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un *quid* de innovación. El problema no es, por tanto, la “cualidad” de las sentencias, sino la “cantidad” de actividad creadora. En consecuencia, no habría razón alguna por la cual la jurisprudencia constitucional no pudiese crear también estas nuevas categorías de pronunciamientos. En los Estados Unidos y en Europa puede suceder que el juez declare la inconstitucionalidad de una disposición legal “en la parte en la que *no* prevé algo” (sentencias “aditivas”), o incluso

en la parte en la que se prevé una cosa *en lugar de* otra (sentencias “manipulativas”), o —sobre todo en los sistemas de *common law*— que simplemente el tribunal establezca él mismo la regulación de una determinada materia, partiendo del caso expuesto, pero vinculando, en consecuencia, a todos los poderes públicos y privados (como por ejemplo, en el famoso caso *Roe vs. Wade* en el tema de aborto).

Tanto la jurisprudencia, en una primera fase, como, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y nuevos tipos de pronunciamientos. La doctrina de los diversos países las denomina, según los casos, decisiones “parciales”, “interpretativas”, “adicionales”, “manipulativas”, “optativas”, “intermedias”, “monitorias”, “de principio”, “atípicas”, entre otras.

A pesar de todo, observamos un doble fenómeno. Por un lado, los tribunales tienen que enfrentarse a una auténtica avalancha de cuestiones que tienen que examinar, de modo que —como le sucede al legislador— pocos temas “sociales” escapan a su apreciación: *de iure*, o *de facto*, ellos eligen qué temas van a analizar en sustancia. Por otro lado, los tribunales constitucionales son los únicos jueces que determinan el significado de las expresiones para las cuales el legislador constituyente u ordinario prohíbe el “control político”, decidir una “cuestión política”, contestar “elecciones discrecionales del legislador” o similares: expresiones, que solo en teoría contribuyen a establecer una barrera *jurídica* a su control. Actúan, por tanto, como órganos de cierre, jueces *in causa propria* y en cuanto tal habilitados para asignar un significado restrictivo o extensivo, según su propia valoración, a tales expresiones.

Hay que hacer una precisión: la expresión “sentencia-norma” sería más correcta que “sentencia-ley”, si no fuera porque debemos entender la palabra “ley” como equivalente de “norma jurídica”. Se plantea de hecho el problema de la fuerza, del rango de las sentencias estimatorias y, en particular, de las sentencias dotadas de un grado elevado de creatividad.

En la República Federal Alemana, el art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional otorga “fuerza de ley” a algunas de las decisiones asumidas por el *Bundesverfassungsgericht*: estando los jueces sujetos a la ley, se deduce que están vinculados también a las interpretaciones hechas en el pronunciamiento judicial. En España, el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente el valor jurídico de la *ratio decidendi*, disponiendo que la jurisprudencia de los tribunales debe entenderse modificada por la *ratio* de las sentencias emitidas por el mismo Tribunal Constitucional al resolver los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Véase también el ordenamiento lituano. En otros ordenamientos de control concentrado, la jurisprudencia de los propios tribunales se ha preocupado de obtener *de facto* resultados análogos, de forma que basándose en sus propios precedentes han logrado doblegar la resistencia de otros poderes del Estado. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha declarado en esencia que sus propias sentencias tienen fuerza de ley. Se deduce de diversas afirmaciones. Por ejemplo, aquellas contenidas en la sentencia 40/1979, en la cual la *Corte* ha sostenido que la relación entre la disposición modificada por una sentencia estimatoria y aquella sucesivamente adoptada da lugar a situaciones de abrogación, que

el juez ordinario ha de conocer, o en la sentencia 13/1981, donde ha negado que “la sentencia estimatoria de la *Corte* atribuya a la norma parcialmente anulada, autoridad *superior* a la fuerza propia de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley ordinaria”.

Otorgar fuerza de ley a las sentencias significa autorizar al legislador aprobar una ley que “abrogue” —por decirlo así— la normativa resultante de la sentencia del tribunal constitucional, en virtud del principio de inagotabilidad del Poder Legislativo, parecería, por tanto, que la misma idea del control de constitucionalidad podría vaciarse de contenido.

La incongruencia es solo aparente: la solución alternativa —conferir a los fallos fuerza de ley constitucional— equivaldría a cristalizarlos para siempre, o al menos hasta que se produjera una revisión de la Constitución. Hay que precisar que, en algún caso, las Constituciones optan por esta segunda fórmula, o al menos establecen la prohibición al legislador de reproducir las disposiciones declaradas inconstitucionales, como en Colombia —limitadamente a la “sustancia”— y en Chile.

Acerca del carácter de “fuente” de las sentencias creativas, siendo conocido por todos que en los ordenamientos del *common law* el precedente judicial se considera fuente del derecho y siendo pacífica la idea según la cual nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los tribunales constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos cómo —a pesar de autorizadas opiniones contrarias— parece preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law* deban incluirse como fuente del derecho las sentencias de los tribunales constitucionales con eficacia *erga omnes*. Independientemente del modo en que se configure o venga denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la abrogación o la anulación), el resultado alcanzado es precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también el de introducir otras nuevas.

Nos preguntamos, además, si también allí donde no opera el principio del precedente, pueden ser incluidas entre las fuentes del derecho las motivaciones de las decisiones constitucionales, y en particular la *ratio decidendi* de las mismas; la duda se plantea esencialmente con la República Federal Alemana, donde el *Bundesverfassungsgericht* impone a todos los poderes públicos “las concepciones jurídicas... en materia de derecho constitucional” por él manifestadas, y en España, en orden a la doctrina legal del Tribunal Constitucional, a la luz de lo dispuesto en el art. 161.1, a), constitucional, y al vínculo de la jurisprudencia que se derivaría de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, sin embargo, se da también en otros ordenamientos, como en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha sostenido que las propias sentencias de inconstitucionalidad se deben interpretar a la luz del vigente sistema legislativo. Se recuerda, a este propósito, que con frecuencia los fallos remiten a la motivación.

Para excluir el carácter de fuente de la *ratio decidendi*, en los ordenamientos de *civil law*, no basta la afirmación de que no vincula ni siquiera al mismo tribunal constitucional que la ha elaborado: característica común a casi todas

las fuentes, efectivamente, es también la inagotabilidad que las acompaña, y el poder de modificarla del órgano que las ha elaborado, salvo distinta prescripción de una fuente superior.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

SENTENCIAS ADITIVAS

Se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. La inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma, o bien —desde otro punto de vista, o en otros supuestos— dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.

La definición ahora expresada se refiere al supuesto más frecuente de sentencia aditiva de estimación, que declara la inconstitucionalidad, pero en ciertos casos podría producirse el mismo efecto extensivo con una sentencia interpretativa de desestimación. Por ello la definición más adecuada sería la que entiende por sentencias aditivas aquellas, dictadas en un procedimiento de inconstitucionalidad, que, *sin afectar al texto de la disposición impugnada, producen un efecto de extensión o ampliación de su contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la disposición no prevé.*

La definición utilizada recoge los elementos esenciales de una sentencia aditiva: 1) pronunciarse sobre un texto al que —según el Tribunal— le falta “algo” para ser conforme con la Constitución; 2) no incidir sobre el texto de la disposición impugnada; 3) producir un efecto de extensión o ampliación sobre el contenido normativo del precepto impugnado, si bien este efecto puede producirse por vías muy diferentes en los distintos supuestos de sentencias aditivas.

El supuesto más frecuente de fallo de una sentencia aditiva, y que buena parte de la doctrina considera como el único, es aquel en el que el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” no prevé, incluye o contiene “algo”.

Si bien el concepto de aditividad podría entenderse en sentido “textual” o en sentido normativo, en puridad dicho efecto se produce solamente sobre la norma. El texto queda inalterado. Es cierto que, como ha expresado Crisafulli (“La Corte costituzionale ha vent’anni”, en N. Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padua, 1984), por efecto de las sentencias aditivas “la norma expresada por el texto debe leerse como comprensiva también de algo que, ilegítimamente, no estaba previsto”. Pero ese “debe leerse” no implica que el texto quede alterado o añadido, sino que su contenido normativo se entenderá ampliado en el sentido señalado por el Tribunal.

Esta es una de las claves para pronunciarse sobre la legitimidad de este tipo de decisiones. Si el efecto aditivo se produce solo sobre el contenido normativo,

y es consecuencia directa de la inconstitucionalidad de una omisión o de una norma implícita excluyente, estas decisiones se entenderán como parte de la actividad legítima del Tribunal, que se habría limitado a declarar la inconstitucionalidad parcial de dicha norma; en cambio, si se entiende que proceden directa y abiertamente a añadir algo a un precepto legal, parece que serían decisiones ilegítimas al convertir al Tribunal en legislador positivo. Por supuesto, en cada caso habrá que analizar la técnica utilizada y si el resultado normativo es admisible desde el punto de vista de la preservación de la ley y de la posición del Tribunal, y en particular si el contenido normativo resultante es el único posible a la luz de la Constitución. De lo contrario, procedería decantarse por otras técnicas como la inconstitucionalidad sin nulidad, y/o el otorgamiento de un plazo al legislador para que adecue la norma inconstitucional a la norma suprema. En cualquier caso, no conviene olvidar que se trata de un instrumento muy delicado cuyo uso debería ser excepcional.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS ADITIVAS DE PRINCIPIO

La jurisdicción constitucional ha empleado diversidad de efectos sentenciantes al momento de dictar sus fallos, rompiendo el esquema tradicional del efecto “estimatorio” o “desestimatorio” de la sentencia, lo que ha generado que la doctrina denomine a aquellas sentencias que no permanecen en los estrictos márgenes apuntados como: “sentencias atípicas”. En este sentido, José Julio Fernández Rodríguez las entiende como: “Las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas”. Por su parte, Nogueira Alcalá, las entiende como los pronunciamientos que: “A través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, que a la vez eviten el vacío normativo”.

La crítica es que el órgano de control constitucional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, pues asume una función de un órgano legislativo lo que desnaturaliza la función jurisdiccional.

A través de las “sentencias atípicas”, los órganos encargados de la jurisdicción constitucional no se limitan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas al juicio constitucional, sino que establecen lineamientos, disposiciones o sentidos interpretativos de obligatorio cumplimiento, con el objeto de evitar que el vacío jurídico (*horror vacui*) originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional.

La justificación es la de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Parten de la base de distinguir entre “disposición” y

“norma”, entendiendo a la disposición como el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal, y la norma es el contenido normativo, es decir, el significado o interpretación que se extrae de la disposición.

Las sentencias constitucionales toman en cuenta tres principios rectores de la justicia constitucional: el de presunción de constitucionalidad, el de conservación de la ley y el de interpretación conforme con la Constitución, y en efecto, se clasifican en sentencias interpretativas, manipulativas o normativas, y a su vez se agrupan a las sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, de mera incompatibilidad y exhortativas.

Respecto de las sentencias aditivas es posible definir las como aquellas en donde el órgano de control determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, en virtud que la ley no prevé o incluye algo que debería estar previsto, así el juez constitucional procede a ampliar su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

Este tipo de sentencias tienen su origen en la reacción de la Corte Constitucional italiana frente al incumplimiento por parte del legislador de sus exhortaciones para introducir modificaciones a la legislación en los casos en que el tribunal así lo sugería.

Existen diferencias respecto de una aditiva “clásica” y la aditiva de principio. En el primer caso, frente a una omisión en la disposición que se considera inconstitucional, el Tribunal subsana el vacío “mediante una norma que integra a la disposición, de manera que una vez que la disposición sale del juicio constitucional, la integración normativa practicada en la sentencia es plenamente aplicable”. Así, la sentencia aditiva declara la inconstitucionalidad de una disposición o parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo “en la parte en la que no prevé” o “excluye”, que era necesario que se previera para ser conforme a la Constitución. Así, el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una norma implícita de exclusión (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo), de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual está sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos.

En las sentencias aditivas de principio, la omisión considerada inconstitucional no viene precisada de modo particular, pues la Corte considera que existe una pluralidad de formas u opciones con las cuales la laguna podría ser suplida, correspondiendo su elección, por tanto, al legislador, lo que convierte al juez constitucional en respetuoso de la función legislativa. Sin embargo, ello no impide que la Corte destaque, de manera general, un principio que el legislador deberá tener en cuenta al momento de integrar legislativamente la disposición en aquello que se ha considerado inconstitucionalmente omitido.

Al respecto, el profesor Carlo Magno Salcedo destaca la sentencia 109/1986 de la Corte Constitucional italiana que expresa: “Una decisión aditiva es consentida, como *ius receptum*, solo cuando la solución adecuada no

sea el fruto de una evaluación discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad, en el que la Corte proceda, en realidad, a realizar una extensión lógicamente necesitada e implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el cual se inserta la disposición impugnada. En cambio, cuando se adviertan una pluralidad de soluciones, derivadas de varias posibles evaluaciones, la intervención de la Corte no es admisible, *correspondiendo la relativa elección únicamente al legislador*". Lo que evidencia que una sentencia aditiva de principio, otorga al legislador la opción de elegir la o las interpretaciones válidas de la disposición combatida.

Así, en la "sentencia aditiva de principio", como sucede en las sentencias aditivas clásicas, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos el órgano de control indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dictar los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar, de este modo se combina en el mismo instrumento decisorial el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia "de delegación", alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.

Finalmente en el caso de inercia del legislador a cumplir la decisión judicial, correspondería a los jueces dar aplicación directa a los principios generados por el Tribunal Constitucional con efectos en concreto e *inter partes*.

José Ricardo Carrazco Mayorga

SENTENCIAS ADITIVAS PRESTACIONALES

Los derechos fundamentales de naturaleza prestacional se convierten en obligaciones de los poderes constituidos para dar eficacia a sus mandamientos, para lo cual, deben ser interpretados en un marco de estado social, en el que la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos para su efectivo disfrute.

Los derechos prestacionales que sin estar concebidos como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos.

Ante ello, un órgano de control constitucional al dictar un fallo en el que tenga que pronunciarse respecto de una omisión legislativa por falta de reglas que precisen el disfrute de derechos prestacionales, es dable recurrir a la emisión de una sentencia aditiva, que extienda a sujetos no contemplados en la disposición (omisión parcial), los beneficios en ella previstos, como los casos en los que una sentencia amplía para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas. Las consideraciones de la igualdad sustancial no bastan y se requiere además el concurso de la igualdad formal, la que proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión del derecho fundamental.

La sentencia aditiva prestacional plantea problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones, convierten al juez constitucional en un legislador positivo y segundo, porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles prestaciones basadas en la igualdad material.

La concurrencia es una razón de igualdad formal, es el fundamento de las sentencias aditivas prestacionales, viene a poner de relieve que en esos supuestos se construye una posición acreedora por parte de un sujeto en virtud de su discriminación formal y no solo de su desigualdad material; por ejemplo, si se concede cierta pensión no es porque se tenga un derecho fundamental a recibirla, sino más bien porque se ostenta un derecho fundamental a no ser discriminado.

Quando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo una materia propia de la esfera del legislador, ya que en muchos casos, para el debido disfrute de un derecho prestacional, es indispensable la creación de toda una estructura administrativa, producto de políticas públicas que hagan efectivos los derechos sociales, que en sí mismos, resultan de difícil concesión. Por tanto, se complica para el juez constitucional aunque no es imposible, el dictado de una sentencia aditiva en materia de derechos prestacionales, en la que proveería ante la falta de regulación integral para el ejercicio de un derecho prestacional, la forma del disfrute y goce del derecho fundamental, sin embargo se corre el riesgo que el órgano de control constitucional asuma una función legislativa, pues ejercería una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar de manera exclusiva a los parlamentos.

En ese sentido, el pronunciamiento de efectos aditivos prestacionales, suele generarse en el campo de los derechos sociales, en el que se pide al órgano de control constitucional un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias suponen un ulterior problema de efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan, pues “toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente”; por lo que el efecto sentenciador debe estar provisto de la cobertura financiera respectiva. Las sentencias aditivas vendrían excepcionalmente a condenar al cumplimiento de un derecho sin el previo respaldo financiero consignado en una norma, en este caso, si bien se resuelve un problema de constitucionalidad al otorgar un disfrute de un derecho humano, se crea al mismo tiempo otro, la falta de contemplación presupuestal para cubrir el costo del derecho fundamental.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que solo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de los únicos legitimados para

ello dentro de un Estado democrático de derecho, lo que lo hace difícil para que el juez constitucional en una sentencia provea para la protección de un derecho prestacional, sin embargo, una de las medidas posibles ante el dictado de una sentencia aditiva prestacional, es conceder el disfrute de un derecho a cargo del Estado, indicando las medidas presupuestarias de las que puede echar mano para su cumplimiento, aunado a que un efecto sería que corriera a cargo del Estado el gasto generado para el disfrute del derecho fundamental, con la obligación de contemplar el gasto erogado en la siguiente iniciativa presupuestal gubernamental.

José Ricardo Carrazco Mayorga

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ATÍPICAS

Las sentencias pronunciadas por los tribunales, cortes o salas constitucionales tienen una importancia y complejidad mayúscula, sobre todo, si se tiene en cuenta que dichas decisiones, además de realizar una labor interpretativa de los valores, reglas y principios constitucionales que determinan el contenido de las normas secundarias, también poseen una elevada trascendencia de carácter político (Ángel Garrorena Morales, 1981), en especial porque conllevan un juicio de la obra del legislador democrático. Es esta complejidad inherente a toda sentencia constitucional, y la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, lo que originó, y sigue originando, que los órganos jurisdiccionales de control constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, no se limiten a utilizar la rígida alternativa estimación-desestimación, sino que recurran a diversos tipos de pronunciamientos atípicos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutive o en la motivación de la sentencia.

Si se comienza por establecer conceptualmente el significado de la locución sentencias atípicas, se hace imprescindible la delimitación semántica de dicho término. Para ello, hay que indicar que el adjetivo “atípico (ca)” significa, en su primera acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española: “Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos”. También es posible poner de relieve que este vocablo es empleado como sinónimo de “irregular”, “diferente”, “distinto”, “especial”, “extraño”, “raro”, “infrecuente”, “variable”.

Centrándonos en el término sentencias atípicas, el mismo ha sido empleado por parte de la doctrina para hacer referencia a las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas (José Julio Fernández Rodríguez, 2007). Otros han entendido que a través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo (Humberto Nogueira Alcalá, 2004). Hay quienes han utili-

zado este término para hacer alusión a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad (Joaquín Brage Camazano, 2005). No ha faltado quien se refiere a estas sentencias señalando que tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema, o bien si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución, deba preferirse siempre la del primer grupo (Néstor Pedro Sagüés, 2002). También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias a las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Constitución, pero no lo declara formalmente, y también se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas (Iván Escobar Fornos, 2008).

Lo que interesa señalar, con independencia de la utilidad teórica que cada una de las citadas propuestas pueda tener, es que no es fácil identificar el *idem sentire* que la doctrina adscribe al término *sentencia atípica*, ya que, como se puede observar los autores suelen incluir dentro de esta categoría diferentes elementos (en parte análogos, en parte diversos) que, según ellos, son esenciales para delimitar la cobertura y contenido de este tipo de pronunciamientos.

Ante la dificultad apenas expuesta, y tomando en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de decisiones, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes a las consideradas tradicionales o clásicas, es decir, los pronunciamientos que son diferentes al supuesto elemental de sentencias constitucionales ideado por Hans Kelsen en su estudio *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* publicado en 1928: las sentencias estimatorias y desestimatorias puras y simples. Pero haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita (Francisco Caamaño Domínguez, 2000). En cambio, no utilizamos dicha denominación para indicar que la utilización de estas sentencias sea algo raro o escaso por parte de los tribunales constitucionales, ya que es evidente que algunos de estos órganos han hecho un uso constante y continuado de tales decisiones, hasta un punto en el que los pronunciamientos atípicos se han convertido en típicos, como sucedió con la Corte Constitucional italiana que en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple.

Una de las ventajas que se desprenden del término sentencias atípicas es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las que los tribunales constitucionales *determinan* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifican* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con la ley fundamental; *recomiendan* al legislador las adecuaciones que tiene que realizar para que la norma secundaria sea

reputada como conforme con la Constitución; *armonizan* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declaran* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *sin expulsarlo* definitivamente del ordenamiento jurídico. Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que a través de ellas se incorpora algo *nuevo* a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia (Giovanni A. Figueroa Mejía, 2011).

Por otra parte, se han propuesto numerosas clasificaciones y denominaciones para hacer alusión a las sentencias atípicas. Así, se ha hablado de sentencias interpretativas (Francisco Javier Díaz Revorio, 2001) decisiones interpretativas (Louis Favoreau, 1997; Héctor López Bofill, 2004), fallos interpretativos (Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, 1991), sentencias intermedias (Aljs Vignudelli, 1988) o sentencias moduladoras (José Antonio Rivera Santivañez, 2004), por mencionar algunas.

Cada una de estas propuestas doctrinales tiene su núcleo de verdad, al ser entendidas como nuevas perspectivas de conocimiento del fenómeno de las sentencias atípicas. Sin embargo, esta falta de uniformidad lexical en las categorías antes aludidas incita a cuestionarnos si el término sentencias atípicas puede utilizarse de forma indistinta o intercambiable con esas otras denominaciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que no existe un acuerdo absoluto respecto de la *ratio* de cobertura y contenido de estas clasificaciones.

La respuesta que se puede dar a tal planteamiento es que no puede existir tal equivalencia con relación a todas ellas, pues aunque el elemento que permite conceptuar a todas estas denominaciones parte de la idea común de que con ellas se suele hacer referencia a aquellas sentencias que escapan a la formulación tradicional (ya señalada) entre estimación y desestimación pura y simple; sin embargo, ello no implica que se pueda hablar en todos los casos de una semejanza entre dicha variedad terminológica y las sentencias atípicas.

De la terminología expuesta hay que hacer una distinción entre las denominaciones que pueden quedar incluidas unas dentro de otras, y las denominaciones que, a pesar de referirse al mismo fenómeno, tienen una terminología distinta. En el primer supuesto, nos encontramos ante lo que podríamos llamar una fusión por absorción. Dicha fusión surge en el caso en que una denominación solo sirve para especificar otra, por ejemplo, las sentencias interpretativas son todas sentencias intermedias, pero además son moduladoras; o bien, desde otra perspectiva, los fallos interpretativos quedan comprendidos dentro de la clasificación de las sentencias interpretativas, así como dentro de las decisiones interpretativas. Estas dos, a su vez, quedan incluidas en la categoría más general de las sentencias atípicas. En el segundo supuesto, estamos ante un intercambio terminológico que podríamos llamar fusión por intercalación, por ejemplo, el caso de las sentencias intermedias, moduladoras y atípicas, que sin tener igual identidad nominal son utilizadas para aludir a un mismo o muy similar fenómeno tipológico de sentencias. Por tanto, las sentencias atípicas serán calificadas como el género y las sentencias interpretativas, las decisiones interpretativas y los fallos interpretativos como una especie de dichas sentencias. En cambio, los términos sentencias moduladoras y sentencias intermedias pue-

de ser utilizados como sinónimos de sentencias atípicas. Esto es porque los diversos tipos de pronunciamientos atípicos modulan de alguna forma los efectos de las sentencias constitucionales y son intermedios entre la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple.

Giovanni A. Figueroa Mejía

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Por sentencias interpretativas suele entenderse un tipo de sentencias recaídas en los procedimientos sobre la constitucionalidad de las normas, que se sitúan en un término medio entre las sentencias desestimatorias y las plenamente estimatorias, ya que sin afectar al texto de la disposición impugnada, de alguna manera afectan a la interpretación del mismo. Se trata de una categoría de creación doctrinal y jurisprudencial, cuyo origen se encuentra en Italia, pero que se ha extendido a la práctica totalidad de los sistemas de justicia constitucional. Esta misma circunstancia hace que sea muy difícil precisar sus contornos y llevar a cabo una definición universalmente válida de sentencias interpretativas. La terminología para referirse a esta categoría, a otras muy similares, o a subcategorías que forman parte de las sentencias interpretativas, es muy variada. A título de ejemplo, la doctrina ha hablado de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), integrativas (*integrative*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sottrattive*), sentencias *indirizzo*, o sentencias normativas (*sentenze normative*). Como puede suponerse, algunas veces los autores utilizan diversas denominaciones para referirse aproximadamente a lo mismo, y otras veces, en cambio, se refieren a sentencias distintas, usando la misma denominación.

En realidad, las sentencias interpretativas forman parte del amplio grupo de sentencias o decisiones “intermedias” que son aquellas que no son de estimación total ni de desestimación pura (aunque para algunos vienen a confundirse prácticamente con toda esa categoría). Por ello para ubicar con precisión las que realmente son sentencias interpretativas, es necesario partir de una clasificación de las sentencias sobre el fondo en los procesos de inconstitucionalidad, que puede llevarse a cabo desde una perspectiva formal o material. La primera se centraría en el pronunciamiento que el fallo de la decisión expresa, y según la misma cabría distinguir:

I. Sentencias desestimatorias, que pueden ser:

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.

2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.

3. Otros tipos de sentencias desestimatorias, como las que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se

modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales.

II. Sentencias estimatorias, dentro de las cuales cabe, a su vez, distinguir entre:

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.

2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:

A. Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.

B. Sentencias de estimación parcial *respecto a la norma*, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas se califican a veces en un sentido amplio como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

a. Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos.

b. Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas” (véase la entrada correspondiente de este *Diccionario*).

3. Otros tipos de sentencias parcialmente estimatorias, como las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o la “mera incompatibilidad”, o las que afirman que un precepto “no es aplicable” en un territorio determinado o, en el caso español “no tiene carácter básico” o “no tiene carácter orgánico”.

La clasificación expuesta se basa en un criterio formal, que tiene en cuenta el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Aunque en un sentido amplio todas las sentencias que no son de estimación o de desestimación pura (es decir, exceptuando los apartados 1.1 y 2.1) forman parte de los “tipos intermedios”, en sentido propio solo los señalados en los apartados 1.2 y 2.2.B pueden calificarse como interpretativas (y aun para algunos autores, en un sentido más estricto, solo lo serían las de los apartados 1.2 y 2.2.B. a).

Pero paralelamente a la clasificación realizada, cabe una clasificación material o, si se prefiere, cabe matizar la clasificación apuntada con criterios materiales, si se tiene en cuenta no la mera formulación del fallo, sino sus efectos reales en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva,

es preciso destacar que todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello sería coherente que el fallo de una sentencia interpretativa fuera siempre formalmente de estimación parcial. De lo contrario, nos encontramos con que las sentencias interpretativas desestimatorias encubren a veces fallos que materialmente son interpretativos estimatorios o manipulativos.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio de clasificación utilizado, es preciso encontrar aquellos rasgos comunes a todas las sentencias interpretativas, que permitan una definición conjunta, para asegurarnos de que en efecto estamos hablando de un mismo tipo o grupo de sentencias.

En este sentido, es habitual referirse en general a las sentencias interpretativas como aquellas en las que el Tribunal señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse. Pero esta definición, válida para las sentencias interpretativas en el sentido más estricto, dejaría fuera las llamadas “sentencias manipulativas”, que presuponen la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado no alternativa, sino conjuntamente, de la disposición, y que tienen en común el dejar inalterado el texto, afectando al contenido normativo. Por ello parece que la definición más idónea de sentencias interpretativas sería la que entiende que son las sentencias, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, *dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución.*

De este modo, en muchos casos una sentencia interpretativa puede adoptar formalmente una u otra decisión (desestimación o estimación), llegando por ambas vías a la misma conclusión de entender que una norma, parte de ella, o varias no son acordes con la Constitución. En efecto, dicha conclusión puede expresarse diciendo que una disposición es constitucional interpretada en el sentido X (o, si no se interpreta en el sentido Y), o bien que dicha disposición es inconstitucional interpretada en el sentido Y. Han sido factores institucionales o políticos los que han provocado la utilización de uno u otro tipo de fallos.

En este sentido, las sentencias interpretativas de desestimación o rechazo, definidas en el sentido ya apuntado, constituyeron en Italia el primer tipo de pronunciamiento —desde el punto de vista temporal— que se separaba de la dualidad acogimiento-rechazo, siendo muy frecuentes a partir de 1956, año en el que se pronunciaron las primeras decisiones de este tipo, iniciándose un periodo de aproximadamente una década en el que las mismas ocupan un acusado protagonismo en la práctica y en la doctrina. Después, las dudas sobre los efectos de estas decisiones frente a los jueces y tribunales ordinarios, y la resistencia de algunos de estos —incluida la Corte de Casación— a seguir la interpretación acogida por la Corte Constitucional en las sentencias interpretativas desestimatorias, dieron lugar a lo que se llamó “guerra entre las dos Cortes”, lo que provocó que estas decisiones cedieran su protago-

nismo en favor de las sentencias interpretativas estimatorias, con las que en algunos casos la Corte Constitucional volvía a pronunciarse sobre preceptos que anteriormente había declarado constitucionales (si se interpretaban en cierto sentido).

Hoy, las sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto son en general menos utilizadas que las de desestimación, acaso porque se supone que son menos acordes con el principio de conservación de la ley. Pero en realidad el fallo interpretativo estimatorio resulta más adecuado, en primer lugar desde el punto de vista del contenido normativo considerado inconstitucional, ya que preserva cualquier otra posible interpretación que no se haya considerado en el proceso, descartando solo la que de manera expresa se considera inconstitucional, mientras que el fallo desestimatorio suele elegir una única interpretación rechazando de forma implícita cualquier otra, y en segundo lugar, partiendo de consideraciones de mayor seguridad jurídica, ya que en el caso de las sentencias interpretativas estimatorias existe un pronunciamiento formal y expreso de inconstitucionalidad en el fallo, que “previene” sobre dicha afectación a las interpretaciones o normas derivadas del precepto.

En fin, las sentencias interpretativas plantean no pocas cuestiones de relevancia, como son las relativas a su fundamento, su legitimidad y sus efectos. Respecto a lo primero, suelen invocarse la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de conservación de la misma en la parte en que sea posible, para justificar la adopción de estas decisiones, que en principio serán siempre menos invasivas de la obra del legislador que una declaración de inconstitucionalidad global e incondicionada. Sin embargo, conviene valorar el sentido de esta justificación en cada caso, ya que a veces la operación que estas decisiones realizan sobre el contenido del precepto puede conllevar una modificación o alteración del mismo. Precisamente al hilo de esta cuestión se plantea la legitimidad de estas decisiones. Al respecto, puede decirse que sin duda las mismas exceden de los planteamientos del modelo kelseniano, pero ello no significa que su uso deba rechazarse en bloque. Más bien resultarán admisibles cuando con las mismas el Tribunal no se exceda en el ámbito de su función depuradora del ordenamiento, y por tanto se limite a rechazar o descartar interpretaciones (o contenidos normativos escindibles) que resulten inconstitucionales; en cambio, no serán decisiones legítimas cuando procedan a una alteración o manipulación de dicho contenido normativo, usurpando el Tribunal la posición del legislador.

Aun en los supuestos en los que existe un fundamento que legitime la decisión adoptada, hay que entender que su uso por los tribunales debe ser cauteloso, pues la profusión de este tipo de pronunciamientos introduce un notable factor de complejidad en el ordenamiento, y pone en riesgo el principio de seguridad jurídica, toda vez que, cuando existe una sentencia interpretativa resulta ya imposible conocer el contenido normativo realmente derivado de una disposición sin acudir a dicha sentencia, que se sitúa así al mismo nivel de la norma a la que integra, lo cual, cuando se produce de forma muy frecuente en el ordenamiento, produce indeseables efectos de complejidad e inseguridad.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS MANIPULATIVAS

Las denominación “sentencias manipulativas” tiene un origen doctrinal y perfiles un tanto difusos. Podemos decir que se trata de sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad que pertenecen a la categoría de las denominadas “sentencias intermedias”, ya que no son totalmente estimatorias ni desestimatorias, y tienen en común el producir un efecto de modificación, reducción o ampliación del contenido normativo de un precepto, sin alterar en absoluto el texto de la disposición. Aunque no hay acuerdo doctrinal sobre su definición y clasificación, pertenecerían así a la categoría de las llamadas “sentencias interpretativas” si se entiende esta en sentido amplio, pero se diferencian de las sentencias interpretativas en sentido estricto en que estas últimas operan con interpretaciones alternativas, mientras que las manipulativas afectan a parte de un contenido normativo derivado conjuntamente de la disposición (véase Sentencias interpretativas).

Con este criterio, podríamos definir sentencias “manipulativas” como aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. Con todo, hay que precisar que esta definición se corresponde con las sentencias manipulativas formalmente estimatorias (que son sin duda la mayoría); pero puede haber también sentencias materialmente manipulativas que adopten la forma de una sentencia interpretativa desestimatoria. Por ello la definición “material” de sentencias manipulativas se referiría a las que producen (ya sea estableciéndolo de forma explícita o de manera implícita) la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición. La doctrina en español suele utilizar esta denominación para referirse a este grupo de decisiones, a sabiendas de que se trata de un italianismo, y de las connotaciones peyorativas o “deslegitimadoras” que conlleva.

En efecto, para quien parta de un concepto de sentencias manipulativas según el cual las mismas transforman o modifican el significado normativo de un texto (en el sentido de que lo “manipulan”, sustituyen o adicionan para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía), no hay necesidad de plantearse cuestiones como la de su legitimidad o admisibilidad constitucional, que quedaría resuelta negativamente desde la definición. Sin embargo, si bien es cierto que estas sentencias producen una cierta modificación o alteración del contenido normativo (también se modifica o altera lo que se ve reducido), lo que hay que analizar es si dicha alteración se realiza mediante una manipulación, adición o sustitución contraria a las funciones que corresponden al Tribunal, o bien permanece dentro de la lógica de la anulación propia de dichas funciones.

Y esta es una cuestión fundamental para resolver el problema más acuciante al que han de enfrentarse estas decisiones, que es el de su legitimidad constitucional. Esta legitimidad puede cuestionarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la consideración de la función “positiva” o creadora aparentemente realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal, e invadiendo por tanto las competencias

del legislativo; en segundo lugar, desde la relación que debe existir entre la jurisdicción constitucional y la función interpretativa de los jueces ordinarios. Por ello, como ha destacado Zagrebelsky (*La Giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988), estas sentencias parecen no resolver el siguiente dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, correspondería al legislador introducirla.

Si bien la modificación del contenido normativo puede producirse, al menos aparentemente, por reducción, adición o sustitución, lo que tienen en común todas las sentencias manipulativas es que anulan una parte del contenido normativo complejo, de manera que desde este punto de vista, todas ellas proceden a una reducción de dicho contenido. En este sentido y con referencia a sus efectos, serán los que el ordenamiento de que se trate otorgue a las sentencias estimatorias, y por tanto habitualmente tendrán efectos *erga omnes* en lo que atañe a la declaración de inconstitucionalidad de parte del contenido normativo. En cuanto al posible contenido normativo positivo, el mismo solo será legítimo si deriva automáticamente de la norma una vez suprimido su contenido inconstitucional.

Ello nos conduce a la cuestión de la legitimidad, que solo puede abordarse considerando por separado los tres tipos de sentencias que habitualmente se incluyen en esta categoría, y que son las sentencias reductoras, las aditivas y las sustitutivas.

(Véase Sentencias reductoras, Sentencias aditivas, Sentencias sustitutivas).

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS MONITORIAS

Las sentencias monitorias son aquellas en las que los tribunales constitucionales comúnmente en la motivación de sus pronunciamientos y, en algunas ocasiones, en la parte dispositiva de la sentencia, señalan al legislador las pautas (e incluso, las modificaciones) que debe seguir (o realizar) para que el texto legal sea conforme con la Constitución, dirigiendo o influenciando de este modo su futura actividad legislativa.

Estas decisiones se diferencian entre sí por el diverso perfil de los criterios directivos en ellas expresados. Esto es, a veces se envían al legislador mensajes que originalmente parecían cumplir una función de simple recomendación finalizando con la modificación del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se hacen meras invitaciones genéricamente dirigidas al legislador, para incitarlo a comportarse de un cierto modo en el futuro, o incluso, se pronuncian decisiones en las que el tribunal dicta los principios normativos con los que el legislador deberá actuar, dándole a éste una especie de mandato. Este último supuesto es el que suele considerarse más eficaz, ya que pretende vincular la actividad legislativa en relación con puntuales prescripciones, y se caracteriza porque no solo solicita al legislador que reforme un determinado sector legislativo, sino que le sugiere también cómo hacerlo.

Desde otra óptica, estos pronunciamientos suelen manifestarse ya de forma clara, ya de forma implícita. En el primer caso, los tribunales adoptan, en

general, fórmulas configuradas del siguiente modo: “es tarea del legislador”, “se llama al legislador para una eventual intervención”, “el legislador puede dar una nueva estructura... siempre que sean respetados”, “corresponde al legislador”, “el legislador valorará sí”, “compete al legislador remediar los eventuales inconvenientes”. En el segundo caso, las sugerencias no son detectadas gramaticalmente, sino solo aparecen implícitas en la motivación de la sentencia. De hecho, mientras que algunas veces la sugerencia que se hace al legislador tiene un nexo estrecho con la parte dispositiva de la sentencia (es decir, el tribunal se preocupa de las consecuencias provocadas por sus decisiones), en otros la sentencia constituye solo una oportuna ocasión para invitar al legislador a reformar una disposición o, incluso, toda la materia, y la parte resolutive no condiciona en absoluto la manifestación contenida en la motivación.

También se ha sostenido que uno de los inconvenientes que se desprenden de este tipo de pronunciamientos es que afectan negativamente la libertad del legislador, sobre todo cuando las manifestaciones del tribunal constitucional no son solo expresiones meramente facultativas, sino que se traducen en verdaderas exhortaciones que orientan la futura actividad legislativa (Vezio Crisafulli, 1976). Ante este tipo de peligros se ha respondido que la invasión de la libertad del legislador no se produce porque la manifestación del tribunal es solo una propuesta, invitación o recomendación, y es el legislador el que a fin de cuentas no solo decide *si* la adopta, sino que además decide *cómo* y *cuándo* la adopta (Gustavo Zagrebelsky, 1988).

Dentro de las clasificaciones que pretenden ordenar la copiosa variedad de este tipo de pronunciamientos se ha sugerido una que distingue el perfil formal del pronunciamiento que comprende, básicamente, dos supuestos generales: *a*) sentencias monitorias desestimatorias, que son aquellas en las que se exhorta al legislador a realizar ciertas modificaciones en la legislación para que deje de tener una constitucionalidad precaria, y *b*) sentencias monitorias estimatorias, que son aquellas con las que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una norma declarada inconstitucional, encomienda al legislador la creación de un nuevo texto legal que sea acorde con la Constitución. En el primero de estos supuestos la norma impugnada no es inconstitucional, pero el órgano de control constitucional advierte que puede llegar a serlo en el futuro si el legislador no modifica la regulación. En el segundo supuesto, en cambio, primero se declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y, después, en la misma sentencia, se recomienda al legislador que cubra el vacío normativo de forma inmediata; o bien se le fija un plazo para que lo haga. También entran dentro de este último supuesto las sentencias que en la jerga alemana se ha convenido en denominar como sentencias de inconstitucionalidad (o de incompatibilidad) sin nulidad.

En la práctica de los tribunales constitucionales es más común encontrar pronunciamientos monitorios en sentencias desestimatorias que en estimatorias. La razón de este proceder puede ser que todas las veces que un tribunal constitucional anula una disposición implícitamente está introduciendo un efecto monitorio, pues todas las sentencias estimatorias incluyen, invariablemente, una admonición para el legislador; de ahí que no se considere nece-

sario explicitar la monición, que en muchas ocasiones aparecería como algo redundante.

La eficacia de este tipo de sentencias no deja de ser dudosa, ya que depende de la “sensibilidad” que el legislador pueda tener, de la peculiar posición que en cada ordenamiento tiene el órgano de justicia constitucional y de la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador. El concreto alcance de las recomendaciones insertas en este tipo de sentencias depende, por tanto, de la autoridad de quien las dicta (juez constitucional) y de la aceptación de quien las debe cumplir (legislador democrático), puesto que no hay forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte o recomiende al legislador hacer algo.

Por otra parte, un criterio que puede ser útil para valorar la eficacia de este tipo de decisiones es la distinción formal que ha sido introducida entre sentencias monitorias desestimatorias y estimatorias, pues el nivel de presión que se ejerce sobre el legislador en uno u otro caso es diverso.

Desde esa perspectiva, el efecto menor sería para las directrices expresadas en pronunciamientos desestimatorios, cuyo valor de influencia sobre el legislador se aproximaría al de las “manifestaciones optativas” (recomendaciones) entendidas como “expresiones de una indeterminada función auxiliar de la Corte” (Lucio Pegoraro, 1987). Dicho efecto minoritario se configura en términos de “influencia mínima”, de “auspicio” (mera manifestación de deseo), de “auspicio reforzado” —con reclamos a la “oportunidad”, a la “sistematización de la intervención legislativa”; o bien con la utilización del verbo “deber”— (Nicola Assini, 1982). El efecto mayor, por el contrario, sería producto de aquellas sentencias de estimación que indican criterios directivos más penetrantes, los cuales legitimarían aquellos planteamientos que hablan de “encomiendas” del juez constitucional. En tales casos, esos planteamientos fungirán como “oráculo” de la constitucionalidad —quizás en un “momento de razón constante y profunda”, quizá con la función de “garante de la evolución del ordenamiento”— de la futura disciplina positiva de un determinado sector (Giorgio, Lombardi, 1985). Además, según algunos, dicho reforzamiento de las funciones del tribunal constitucional representaría un camino hacia una relación de colaboración con tendencia a efectuar una penetración entre la Corte y el Parlamento (Franco Modugno, 1985).

Giovanni A. Figueroa Mejía

SENTENCIAS REDUCTORAS

Son aquellas que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial, conllevan una reducción de la “extensión” del contenido normativo de un precepto. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados de forma genérica, o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto. El fallo de este tipo de sentencias puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en cuanto incluye”, “en cuanto es aplicable”, o “en la parte en que prevé” o “en la parte

en que no excluye” su aplicación a cierto supuesto, o en general cierta norma (aunque también es posible encontrar sentencias materialmente reductoras que adoptan el fallo propio de una sentencia interpretativa desestimatoria).

En principio, estas decisiones serían, entre las que hemos denominado “sentencias manipulativas”, las que menos problemas plantearían en cuanto a su legitimidad constitucional. Siempre que se considere que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de las normas contenidas en una disposición legal, y no solo del texto de la misma, se tenderá a admitir este tipo de fallos. Admitido lo anterior, no deberían plantear excesivos problemas en cuanto a la relación entre Tribunal Constitucional y legislador, ya que aquí la decisión del Tribunal posee unos efectos meramente negativos (o reductores), si bien recae sobre el contenido normativo. Y, partiendo del mismo presupuesto, tampoco deberían provocar conflictos entre Tribunal Constitucional y jueces ordinarios, ya que si aquel puede pronunciarse también sobre normas, podrá declarar la inconstitucionalidad de estas, que es lo que vienen a hacer estas sentencias. En todo caso, la licitud de este medio conlleva un requisito adicional, consistente en que el contenido normativo inconstitucional sea escindible o posea cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera que este pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser “completado” o precisado por la propia sentencia (en caso contrario, lo procedente sería la declaración de inconstitucionalidad simple).

Dentro de las sentencias reductoras, se ha distinguido las que operan una reducción absoluta, y aquellas que realizan una reducción relativa: en el primer caso, la norma deja de ser aplicable, a todos los efectos y de forma definitiva, en alguno o algunos de los supuestos contemplados en el precepto; en el supuesto de las “reducciones relativas” lo que se produce es una negación de la pretensión de aplicación incondicionada que ostentaba la norma en determinado supuesto. A este grupo pertenecerían las sentencias que declaran que determinado precepto legal “es de aplicación supletoria” en un territorio determinado.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS SUSTITUTIVAS

El supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa viene constituido por las llamadas “sentencias sustitutivas”, en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal. La fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (*anziché*) otra cosa, aunque también en este caso es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan de manera formal fallos interpretativos desestimatorios.

En realidad, las sentencias sustitutivas se diferencian del resto de las sentencias manipulativas en que implican una declaración de inconstitucionalidad parcial que podría afectar a una parte del texto (aunque también, como

es obvio, al contenido normativo derivado de ese fragmento textual). Incluso podría dudarse de la pertenencia de estas sentencias al grupo de las manipulativas, que viene definido precisamente porque la declaración de inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de una disposición textual, no afecta sin embargo a esta. Pero creo que es preferible considerar que las sentencias sustitutivas son una especie “anómala” —aún más— de las sentencias manipulativas, ya que su distancia con otro tipo de decisiones es mucho mayor. En efecto, y a pesar de operar esta inconstitucionalidad parcial sobre el texto, poco tienen que ver estas sentencias con las de acogimiento parcial sobre la disposición, ya que la operación más relevante realizada por una sentencia sustitutiva —precisamente la que sirve para definirla y darle nombre— es la sustitución realizada en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva se aprecia su proximidad a las restantes sentencias manipulativas, ya que dicha sustitución supone, en mayor medida que cualquier otra decisión, una modificación o alteración del contenido normativo.

De acuerdo con el esquema de funcionamiento de estas sentencias, las mismas realizarían en realidad la misma operación que una sentencia aditiva (la adición, añadido o extensión del contenido normativo), si bien precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. Se ha distinguido en las sentencias sustitutivas un aspecto “ablativo” (*profilo ablatorio*), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un aspecto reconstructivo (*profilo ricostruttivo*) dirigido a llenar dicho vacío. Desde el punto de vista de la formulación de los pronunciamientos, esta apreciación es ajustada a su formulación más habitual. Con todo, como ya se ha destacado, en realidad al menos una parte de las sentencias aditivas conllevan también un aspecto “ablativo” o de anulación, si bien este recae sobre una norma implícita, pero derivada de la disposición impugnada.

En propiedad, hay dos diferencias entre sentencias aditivas y sustitutivas: la primera, que en estas el aspecto de ablación recae (por lo menos la mayor parte de las veces) no solo en la norma, sino también en parte de la disposición, mientras que en las aditivas, en caso de existir, siempre recaería sobre una norma implícita de exclusión. La segunda diferencia reside en que mientras en las sentencias aditivas la parte reconstructiva surge “automáticamente” de la anulación de la norma implícita, o de la interpretación extensiva o analógica del precepto, en las sentencias sustitutivas esa parte no siempre deriva necesariamente del precepto impugnado, ni es consecuencia de la anulación de la parte inconstitucional, sino que es normalmente añadida por el propio Tribunal obedeciendo —en el mejor de los casos— las exigencias constitucionales.

Se puede comprender que las sentencias sustitutivas son las más cuestionables desde el punto de vista de su legitimidad, así como en sus efectos. Para una valoración más precisa de este aspecto, es preciso distinguir diversos supuestos (siguiendo a Lanzillo, “Potere creativi della Corte Costituzionale nei guidizi incidentali sulla validità delle leggi”, en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milán, 1985): a) los casos en los que la disposición sustitutiva no es sino la enunciación de los efectos que inevitablemente el intérprete habría debido deducir de la declaración de ilegitimidad, con base en

la lógica del sistema (entre los que pueden considerarse incluidos aquellos en los que la adición puede derivar de la correcta interpretación del precepto, tras dicha declaración de inconstitucionalidad parcial), estos supuestos estarían dentro de la función que corresponde al Tribunal, pero parece que serán los menos frecuentes, y *b*) los casos en los que el Tribunal introduce reglas del todo nuevas y diversas, en los que por ello mismo sobrepasa los límites de sus poderes (también estaríamos en este segundo caso cuando esas reglas puedan derivar de la Constitución, pero no del precepto impugnado, según queda tras la declaración de inconstitucionalidad).

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN

La expresión “Sentimientos de la Nación”, es un pensamiento reflexivo que expresaba la conciencia colectiva de la nación, fue un gran legado que Morelos dejó a los Mexicanos. En ellos dictó los puntos básicos para redactar la Constitución política de un país que quería surgir a la vida independiente y soberana (*Enciclopedia Guerrerense*).

Fue inspirada por José María Morelos y Pavón (sacerdote, jefe militar, reformador político y social, y “Siervo de la Nación” como él mismo se denominaba) (H. Timmons, *Morelos*, p. 114.), quien bajo la dirección de Hidalgo, que habló sobre la necesidad de “fomentar un congreso con representantes de todas las provincias”, con el fin de institucionalizar el movimiento emancipador, Morelos, tan pronto aseguró el dominio de una vasta región del sur, convocó al congreso, conocido como Primer Congreso de Anáhuac, con el propósito de establecer un gobierno que, “al frente de la nación administre sus intereses, corrija los abusos y restablezca la autoridad e imperio de las leyes”. (*Enciclopedia Guerrerense*)

Morelos eligió al pueblo de Chilpancingo, al que elevó al rango de ciudad, para que fuera sede del congreso, y un día antes de su instalación dictó a Andrés Quintana Roo el documento llamado Sentimientos de la Nación. En el texto, Morelos sentó las bases del trabajo de la memorable asamblea, las cuales darían como resultado el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente llamada Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814 (*Enciclopedia Guerrerense*).

Antes de los Sentimientos de la Nación existieron dos documentos similares: los “Elementos de Nuestra Constitución”, de Ignacio López Rayón (De Icaza Dufour, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 418 y el “Manifiesto y los Planes de Guerra y Paz”, de José María Cos). La gran diferencia con el texto de Morelos es que ambos documentos reconocen la persona del monarca español, Fernando VII, como depositario de la soberanía de la Nación, en tanto que, para Morelos “la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía” (*Enciclopedia Guerrerense*)

“Los Sentimientos de la Nación”, recapitulan, propuestas y declaraciones, principalmente de Hidalgo, Ignacio López Rayón, de las Cortes de Cádiz, y del propio Morelos, quien incorpora reclamos del pueblo percibidos por él a lo largo de su vida y no considerados hasta entonces. Morelos deseaba que

tales puntos fuesen la guía en las deliberaciones del Congreso por el convocado y que finalmente fueran parte de la Constitución (http://aleph.academia.mx/jspui/bitstream/56789/8644/1/legajos_07_03001).

Proclamación de los Sentimientos de la Nación.

El 14 de septiembre de 1813, reunidos en la Parroquia de Chilpancingo (Pasquel, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del estado de Veracruz*, t. II, p. 238), el secretario de Morelos, Juan Nepomuceno Rosains, leyó el documento que escribió Morelos titulado “Sentimientos de la Nación”, en el que trazaba su programa político y social para que lo discutiera el congreso (H. Timmons, *Morelos*, p. 119), que se instaló en esa misma fecha y empezó con el pronunciamiento de Morelos del discurso inaugural los “Sentimientos de la Nación”, procediendo con el examen del texto (H. Timmons, *Morelos*, p. 119).

Asistieron al Congreso de Chilpancingo delegados en representación de doce provincias, entre ellos: José María Cos, Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante, Ignacio López Rayón, José María Liceaga, José Sixto Verduzco, José María Murguía y Galardi, José Manuel de Herrera y el propio Morelos (<http://es.wikimexico.com/wps/portal/wm/wikimexico/periodos/mexico-virrey-nal/aires-libertarios/hechos/los-sentimientos-de-la-nacion>). El documento “Sentimientos de la Nación” de Morelos, se conserva en el Archivo General de la Nación (http://es.wikipedia.org/wiki/sentimientos_de_la_nacion).

Consta de 23 puntos acerca de las materias de mayor importancia para la causa insurgente (*Enciclopedia Jurídica Mexicana*).

“Sentimientos de la Nación.

1º Que la América es libre independiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

2º Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.

3º Que todos sus ministros se sustenten de todos y solo los diezmos y primicias, y el pueblo no tenga que pagar más obviaciones que las de su devoción y ofrenda.

4º Que el dogma sea sostenido por la jerarquía de la iglesia, que son el papa, los obispos y los curas, porque se debe arrancar toda planta que Dios no plantó: *omnis plantatis quam non plantabit Pater meus Celestis Cradicabitur*. Mat. Cap. XV.

5º Que la Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias de números.

6º Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.

7º Que funcionarán cuatro años los vocales, turnándose, saliendo los más antiguos para que ocupen los nuevos electos.

8º La dotación de los vocales, será una congrua suficiente y no superflua, y no pasará por ahora de ocho mil pesos.

9º Que los empleos sólo los americanos los obtengan.

10º Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha.

11° Que los Estados mudan costumbres y, por consiguiente, la Patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el Gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra nuestra Patria.

12° Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13° Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14° Que para dictar una ley se haga junta de sabios en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles.

15° Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud.

16° Que nuestros puertos se franqueen a las naciones extranjeras amigas, pero que éstas no se internen al Reino por más amigas que sean, y sólo habrá puertos señalados para el efecto, prohibiendo el desembarque en todos los demás, señalando el diez por ciento.

17° Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores.

18° Que en la nueva legislación no se admita la tortura.

19° Que en la misma se establezca por Ley Constitucional la celebración del día 12 de diciembre en todos los pueblos, dedicado a la Patrona de nuestra Libertad, María Santísima de Guadalupe, encargando a todos los pueblos, la devoción mensual.

20° Que las tropas extranjeras o de otro Reino no pisen nuestro suelo, y si fuere en ayuda, no estarán donde la Suprema Junta.

21° Que no hagan expediciones fuera de los límites del Reino, especialmente ultramarinas; pero [se autorizan las] que no son de esta clase, [para] propagar la fe a nuestros hermanos de Tierra dentro.

22° Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento de semillas y demás efectos u otra carga igual, ligera, que no oprima tanto, como la Alcabala, el Estanco, el Tributo y otros; pues con esta ligera contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la guerra y honorarios de empleados.

Chilpancingo, 14 de septiembre de 1813.

José María Morelos. [Rúbrica]

23° Que igualmente se solemnice el día 16 de septiembre todos los años, como el día aniversario en que se levantó la voz de la Independencia y nuestra santa Libertad comenzó, pues en ese día fue en el que se desplegaron los labios de la Nación para reclamar sus derechos con espada en mano para ser oída; recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor Dn. Miguel

Hidalgo y su compañero Dn. Ignacio Allende (tachados en el original: “despregaron” “con”, “en mano”).

Repuestas en 21 de noviembre de 1813 y por tanto, quedan abolidas éstas, quedando siempre sujetos al parecer de Su Alteza SS” (*Sentimientos de la Nación*)

En Los Sentimientos de la Nación, se establecieron los principios que han sido a lo largo de los años el eje fundamental en torno al cual ha girado el avance de la nación mexicana en su lucha por implantar un gobierno de leyes. Trata de entablar una soberanía que reconozca el Estado nacional como independiente, justo y solidario entre su gente para poder formar una nación digna de respeto y autonomía ante las entidades internacionales (www.inehrrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf).

Los enunciados formulados por José María Morelos y Pavón, fueron puntos fundamentales para el incipiente Estado nación de la época, pues en ellos se trataron puntos torales que se hacen totalmente actuales, tales como que la soberanía dimana del pueblo representado por el Congreso Nacional (www.juridicas.unam.mx). Siendo una pena que a doscientos años de que Morelos emitió Los Sentimientos de la Nación, el pueblo no tenga una verdadera representación en ese Congreso, pues estos como antaño solo observan los intereses de los grandes capitales, olvidándose de los intereses del pueblo.

Proclama la división de poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, separados pero compatibles, inspirados en Montesquieu, quien en su obra *El espíritu de las leyes*, afirmaba que no hay Constitución, aunque se tenga, si no hay división de poderes (www.juridicas.unam.mx). Cuestión esta última que inequívocamente aún no se cumple en nuestro país, pues es inconcuso, que el Poder Ejecutivo tiene actualmente el control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por ende del Poder Judicial de la Federación.

En otro punto refiere, “que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados”, realidad que no se cumple no solo en el ámbito penal, sino en el civil, laboral, agrario así como el administrativo, por la total falta de observancia a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

En otro punto que para colmo tampoco se ha conseguido, es el que refiere “que para dictaminar una ley se haga junta de sabios para que procedan con acierto...”, pero hoy dónde están los sabios, si el Congreso está lleno de todo menos de eso, “sabios”, lo cual es sin duda lamentable, lo que se refleja en las leyes emitidas al vapor, leyes que hacen unos cuantos para beneficiar a los grandes capitales nacionales y extranjeros, por eso, dónde están los sabios, si el 90% de los diputados y senadores se limitan a levantar el dedo cuando su bandada le indique. En otras palabras, según Morelos, las buenas leyes no son cosa de solo número de votantes, sino la calidad de contenido que proviene, más que de mera información, de sabiduría (<http://estepais.com/inicio/historicos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>).

Otro sentimiento innovador es el 12, al apuntar hacia la equidad socioeconómica, mediante la moderación de la opulencia y la indigencia, aumentando los salarios de los pobres, ideal que ningún caudillo o Constitución alguna había considerado, pero como vemos, hoy dicho ideal solo sirve de estandarte

a todas las fuerzas políticas en sus campañas electoreras, sin que ninguno de los que la proclaman al momento de ser sujetos de elección logre combatirla al estar en el gobierno.

En cuanto a otros sentimientos relativos a la religión e Iglesia, es de advertir la supresión de la inquisición implicada en el punto 3, “puesto que era una planta no plantada por el Padre Celestial”. También es de advertir la moderación del fuero y de las percepciones del clero. Mas por otra parte, es notoria la intolerancia religiosa del punto 2, explicable solo por la mentalidad reinante, que suponía la unidad religiosa como indispensable para la unidad política.

Tal intolerancia va de la mano con los artículos relativos a restricciones frente a extranjeros, cinco en total, con lo que se pretendía preservar con esto la independencia y la seguridad del Congreso, ante las ambiciones de otros países (<http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Qué mentalidad la de José María Morelos y Pavón, quien supo ver desde hace 200 años las ambiciones internaciones que pretendían incitar a los legisladores a emitir leyes que los beneficiaran, y nuestros legisladores actuales incapaces de sobreponerse a ello, se dejan manipular por esos intereses de capitales y naciones externas.

El Congreso asumió Los Sentimientos de la Nación en la declaración de independencia del 6 de noviembre de 1813 (<http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Con la leyenda: “Dado en el palacio nacional de Chilpancingo, a seis días del mes de Noviembre de 1813.- Lic. Andrés Quintana, vice-presidente,- Lic. Ignacio Rayo.- Lic. José Manuel de Herrera, Lic. Carlos María Bustamante.- Dr. José Sicto Verduco.- José María Liceaga.- Lic. Cornelio Ortiz de Zarate, Secretario” (Pasquel, Leonardo, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del Estado de Veracruz*, t. II, p. 239).

En el poblado de San Cristobal Ecatepec, el 22 de diciembre de 1815, Morelos fue pasado por las armas, sus últimas palabras fueron: “SEÑOR, SI HE OBRADO BIEN, TU LO SABES, Y SI MAL, YO ME ACOJO A TU INFINITA MISERICORDIA” (Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 421).

Juan Pablo Salazar Andreu

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (LITIGIO)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) crea, el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento.

El marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos comprende un importante conjunto de tratados interamericanos que complementan la protección brindada por la Convención. En este sentido, la CIDH, cumple un papel cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares donde se denuncia a un Estado parte. La CIDH —órgano integrado por siete

comisionados o comisionadas— recibe las peticiones, evalúa la admisibilidad, el fondo del asunto y/o envía el caso a la Corte o publica sus recomendaciones. A petición de parte o de oficio, la CIDH también puede intervenir otorgando medidas cautelares, en ciertas situaciones de gravedad, urgencia o posibilidades en que se produzca un daño irreparable.

El procedimiento ante la CIDH se inicia al momento en que una persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, presenta ante este órgano peticiones que contengan hechos de violaciones a los derechos humanos protegidos por el marco normativo interamericano. La Secretaría Ejecutiva —órgano permanente de la CIDH— realiza la revisión inicial de las peticiones y evalúa que las mismas contengan los requisitos establecidos en el reglamento de la CIDH a efecto de dar trámite y transmitir las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión.

Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto y dado que el sistema interamericano tiene un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, la CIDH verifica que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos de las personas y verifica que ésta sea presentada dentro del plazo y no exista otra denuncia ante otra instancia internacional. No obstante lo anterior, existen algunas circunstancias de excepción en las que se exime al peticionario de agotar los recursos internos.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH mediante informes públicos se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Si la petición es admitida se registra como caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo —el cual tiene el objetivo de establecer las violaciones sustantivas a los derechos humanos— en dicha etapa los peticionarios y el Estado tendrán la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la *litis*. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la CIDH consultará a las partes si tienen interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa.

La CIDH deliberará sobre el fondo del caso y elaborará un informe que determina si existen violaciones. En caso positivo, la CIDH preparará un informe preliminar con las recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión fijando un plazo en el que el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. Asimismo, notificará al peticionario la adopción del informe, sus recomendaciones y su transmisión al Estado.

En caso que los Estados hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se le dará al peticionario la oportunidad de presentar su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. A fin de determinar si somete el caso ante este órgano, la CIDH tendrá en cuenta la posición del peticionario, si el Estado ha cumplido las recomendaciones del informe de fondo, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema y el impacto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, entre otros.

Si el caso es sometido ante dicha instancia se inicia el procedimiento establecido en su reglamento. En caso de no ser enviado a la Corte IDH el informe se publica conforme lo establece el artículo 51 de la Convención.

La función contenciosa de la Corte comienza a partir de que la CIDH presenta el “escrito de sometimiento del caso” en el que adjunta el informe de fondo de conformidad con el artículo 50 de la Convención. La Secretaría de la Corte realiza un examen preliminar del sometimiento del caso, revisa la documentación para posteriormente notificar a los jueces, al Estado demandado, a la CIDH y a los representantes de las víctimas su decisión de iniciar o no el procedimiento.

En caso positivo, una vez recibida la notificación, la representación de la(s) víctima(s) cuenta con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que deberá contener la descripción de los hechos, las pruebas ofrecidas, la individualización de declarantes, el objeto de su declaración y las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas. A partir de este momento las presuntas víctimas formalizan su capacidad procesal para ejercer sus derechos (*locus standi in iudicio*).

Por otro lado, el Estado también cuenta con un plazo de dos meses, a partir de la recepción de la notificación para dar respuesta a la demanda y exponer su posición sobre el caso, indicando si acepta los hechos y las pretensiones, ofreciendo pruebas y realizando observaciones a las pretensiones de reparación. El Estado demandado, también, puede interponer argumentos que contradigan la competencia de la Corte y el objeto de la demanda —excepciones preliminares—. La respuesta estatal será comunicada a la CIDH, las presuntas víctimas o sus representantes quienes tienen un plazo de 30 días para presentar sus observaciones.

A fin de dar inicio al procedimiento oral, la Corte IDH solicitará a las partes en el proceso su lista definitiva de declarantes, presuntas víctimas, testigos y peritos. Posteriormente, la Corte IDH convocará a una audiencia pública, en la cual se escuchará a los testigos y peritos ofrecidos por las partes. Después de la audiencia pública las partes tienen la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Corte IDH. En cualquier momento de la causa, la Corte IDH está facultada para solicitar diligencias probatorias de oficio.

En el supuesto que la parte demandante no se desista del caso y exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado, logrando una solución amistosa, ésta será homologada por la Corte IDH, que resolverá sobre su procedencia y efectos jurídicos. En caso contrario, la Corte IDH deliberará para emitir una sentencia en la que establezca las violaciones y se pronuncie sobre las reparaciones y costas.

El fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable. No obstante, a fin de contribuir a la transparencia del proceso y esclarecer el contenido y alcance de sus sentencias, las partes pueden solicitar a la Corte IDH su interpretación con relación a las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas. Esta solicitud no suspende la ejecución de la sentencia.

Por último, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias, la Corte IDH requiere informes de los Estados respecto de su cumplimiento, mismos que serán comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte IDH puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes

sobre el asunto y en caso de que lo estime conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema regional el cual se encuentra establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sus instituciones principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

I. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Los orígenes de la CIDH, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., se remontan a abril de 1948, cuando la OEA aprobó en Bogotá, Colombia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). Igualmente, en esa conferencia se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos que previó en su artículo 106 que existiría “...una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. En dicho artículo también se previó que existiría “una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos [que] determinar[ía] la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. Aun cuando no se habían siquiera organizado los trabajos para la elaboración de la Convención de la que hablaba la Carta de la OEA, la CIDH fue creada en 1959 y celebró su primer periodo de sesiones en 1960.

Después de veinte años de haberse propuesto su creación en la Carta de la OEA, en 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. La Convención Americana es el instrumento internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano de derechos humanos ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar, crea a la Corte IDH y asimismo define las funciones y los procedimientos de la Comisión y de la Corte.

En la actualidad, la CIDH está integrada por siete miembros que actúan independientemente, sin representar a ningún país en particular. Sus miembros son electos por la Asamblea General de la OEA para un periodo de cuatro años y pueden ser reelectos solo una vez. La CIDH se reúne en periodos ordinarios y extraordinarios de sesiones, varias veces por año. La Secretaría Ejecutiva cumple las tareas que le delega la CIDH y le brinda a ésta respaldo jurídico y administrativo en el desempeño de sus funciones.

La CIDH, como órgano de protección y promoción de los derechos humanos en todo el continente, lleva a cabo una gran diversidad de acciones que van desde el conocimiento de casos concretos de probables violaciones a los

derechos humanos (funciones cuasi-jurisdiccionales), hasta labores de carácter político.

Dentro de las *funciones de carácter cuasi-jurisdiccional* la CIDH conoce de peticiones en donde se reclaman violaciones a derechos humanos en todo el continente, así como de solicitudes de medidas cautelares. La CIDH posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación de derechos humanos en el continente americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la OEA, incluso si la representación de su gobierno ha sido suspendido de dicha organización. Así, la CIDH puede conocer casos de los países que han ratificado a la fecha la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

La CIDH ha definido con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto que, además de considerar denuncias de violaciones de la Convención Americana cometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH es competente para examinar presuntas violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana. Esto significa que la CIDH puede conocer de casos de países que no han ratificado la Convención Americana pero que sí son miembros de la OEA.

En adición a las funciones de carácter cuasi jurisdiccional de la CIDH, se encuentran las *funciones de carácter político*. Dichas funciones se derivan de lo estipulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 41. En la práctica, estas actividades se reflejan en la celebración de audiencias temáticas sobre temas de interés en materia de derechos humanos en el continente, la emisión de comunicados de prensa sobre situaciones que puedan llegar a “preocupar” a la CIDH, la elaboración de informes sobre la situación de países, o informes sobre grupos de personas o temáticas de interés, la realización de visitas *in loco*, la realización de consultas sobre temáticas de derechos humanos, la organización de seminarios y cursos sobre el sistema interamericano, reuniones privadas y públicas con autoridades estatales y con miembros de la sociedad civil, entre otras.

II. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte IDH es el organismo jurisdiccional dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Fue establecida el 18 de julio de 1978, al entrar en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte dispone que es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica, y cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

La Corte IDH está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Los jueces son elegidos a título personal “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos” (artículo 52 de la Convención). El mandato de los jueces es de seis años y solo pueden ser reelectos una vez. Los jueces que terminan su mandato siguen conociendo de los casos a que ya se hubieren abocado y que se encuentren en estado de

sentencia (artículo 54.3 de la Convención). Aunque no existe el requisito de residencia para los jueces en la sede de la Corte, el presidente presta permanentemente sus servicios (artículo 16 del Estatuto). El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces por un periodo que dura dos años y pueden ser reelegidos (artículo 12 del Estatuto). Finalmente, hay que señalar que la Corte IDH, al igual que la Comisión, cuenta con una Secretaría Ejecutiva cuyos funcionarios tienen como función auxiliar asistir a los jueces del tribunal en sus funciones.

La Corte IDH solo posee competencia para conocer asuntos de países del continente que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que expresamente han aceptado su competencia contenciosa. Sobre los demás países del continente la Corte IDH no tiene competencia alguna para conocer de casos contenciosos ni medidas provisionales.

Las funciones principales de la Corte IDH se relacionan con su actividad jurisdiccional ya sea cuando se encuentra en conocimiento de un *caso contencioso*, cuando examina un asunto relacionado con la solicitud de *medidas provisionales* o cuando ejerce su facultad para emitir *opiniones consultivas*. La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, carece de competencia para abordar asuntos de carácter político.

Una de las funciones de mayor relevancia de la Corte IDH es la de conocer *casos contenciosos* de violaciones concretas a derechos humanos; por esta vía, la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, por haber incumplido con sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos. De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. Así, el acceso a la Corte IDH no es inmediato, sino que para llegar a esa instancia primero se deben agotar los recursos internos nacionales —si los hubiese—, y posteriormente se debe acudir a la CIDH hasta concluir su procedimiento; si no existe oposición de la CIDH, el caso puede ser eventualmente sometido a la Corte IDH.

En términos del artículo 63.1 de la Convención: “Cuando [el Tribunal] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. De esta forma, los fallos son “definitivo[s] e inapelable[s]”. En “caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha fijado estándares a nivel internacional en materia de desapariciones forzadas, amnistías, masacres, tortura, ejecuciones extrajudiciales, inamovilidad de los jueces, libertad de expresión, derechos de los niños, combate a la violencia en contra de la mujer, entre muchos otros temas. La Corte IDH, a pesar de haber conocido relativamente pocos

casos ha abordado en su jurisdicción varias de las más graves violaciones a los derechos humanos que no son exclusivas del Continente, de ahí que la Corte IDH sea un referente internacional en la materia.

Todo lo anterior se ha traducido igualmente en que la Corte haya desarrollado su propia doctrina en materia de reparaciones, en donde se incluye no solo medidas indemnizatorias de carácter pecuniario (daño material e inmaterial), sino que se prevé medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las cuales pueden consistir, por poner un par de ejemplos, en localizar, identificar, exhumar los restos mortales de las víctimas y entregarlos a sus familiares en casos de desaparición forzada o educar a los funcionarios públicos en materia de derechos humanos.

Para la propia Corte IDH, sus decisiones tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte IDH al derecho interno. Para la Corte IDH, el sistema supone que una interpretación coherente de la Convención Americana para todos los países de la región es una condición indispensable para la efectiva vigencia de los derechos humanos en todo el hemisferio americano. En este sentido, la Corte IDH desde 2006 ha ido progresivamente desarrollando el concepto de “control de la convencionalidad” que implicaría una forma de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos.

Igualmente, la Corte IDH puede adoptar *medidas provisionales* a favor de una persona o un grupo de personas, a solicitud de la CIDH, en asuntos que no hayan sometida a ella; o a solicitud de los representantes de la víctima o de la CIDH en casos que se encuentren bajo su conocimiento. La Corte IDH dicta estas medidas en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas en los términos del artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por último, la Corte IDH ejerce una *función de carácter consultivo*. En el sistema interamericano de derechos humanos en los términos del artículo 64 de la Convención, el derecho de solicitar una *opinión consultiva* no se limita a los Estados parte de la misma, sino que todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si bien, solo los Estados miembros de la OEA y algunas instituciones tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva, el procedimiento es abierto, siendo la función consultiva de la Corte IDH más extensa —y se podría decir que más incluyente— que cualquier otra jurisdicción consultiva de cualquier otro tribunal internacional.

Carlos María Pelayo Moller

SISTEMA JUDICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El sistema judicial de la Unión Europea se presenta como un *unicum* en el panorama jurídico internacional, debido al hecho que, por un lado, el derecho de la Unión presenta dos características fundamentales: el efecto directo

en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*), y la primacía sobre la normativa interna (*Costa contra Enel*), y, por otro lado, la función jurisdiccional es ejercida en el seno de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que actúa de manera colaborativa con los órganos judiciales de los veintiocho Estados miembros de la Unión. El TJUE tiene como finalidad garantizar el respeto del derecho de la Unión «en la interpretación y en la aplicación» de los Tratados y reúne bajo esta denominación un conjunto de tres instancias jurisdiccionales: I. el Tribunal de Justicia, II. el Tribunal General y III. el Tribunal de la Función Pública.

I. El Tribunal de Justicia, creado en 1952, está compuesto por veintiocho jueces y ocho abogados generales, designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. El papel desempeñado por los abogados generales no es el de una parte del procedimiento, sino el de un *amicus curiae*, encargado de asesorar jurídicamente al Tribunal, en toda imparcialidad e independencia (art. 252, TFUE). Sus avisos, las llamadas «conclusiones», no tienen por consecuencia el efecto de vincular al Tribunal en la decisión del asunto. Las formaciones en las que se reúne al Tribunal son: el Pleno, en los casos de relevancia excepcional y en los casos previstos por su Estatuto; la Gran Sala (quince jueces) y las salas (tres o cinco jueces). El Tribunal de Justicia tiene competencia para conocer de varios tipos de recursos, que vamos a examinar a continuación: a) la cuestión prejudicial; b) el recurso por incumplimiento; c) el recurso de anulación; d) el recurso por omisión; e) el recurso de casación; f) el reexamen; el recurso de indemnización por daños. Además, el Tribunal tiene competencia para juzgar de los recursos introducidos contra la Unión por sus funcionarios o agentes (art. 270, TFUE) y cuando su papel de juez dependa de «una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta» (art. 272, TFUE).

a) La cuestión prejudicial es el ejemplo más importante del funcionamiento “integrado” del sistema judicial de la Unión y de las instancias jurisdiccionales estatales, encargadas de aplicar el derecho común. Las relaciones entre la Unión y los jueces nacionales se inspiran al respecto del principio de “cooperación leal” (*Unión de Pequeños agricultores contra Consejo de la Unión Europea*). En el caso de incertidumbre sobre la interpretación de una norma de derecho de la Unión, que se haya planteado dentro de un proceso en el ámbito estatal, las jurisdicciones nacionales tienen la *opción* o —en el caso en que sean jurisdicciones de última instancia— la *obligación* de suspender el procedimiento interno y de dirigirse al Tribunal de Justicia para pedirle que precise la cuestión (art. 267, TFUE). El recurso puede tener como objeto tanto la interpretación de una norma de los Tratados o de los actos cumplidos por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como la validez de

los actos apenas mencionados. El Tribunal responde a través de una sentencia o de un auto motivado, con los cuales da su interpretación, que es vinculante para el órgano jurisdiccional nacional y para los otros jueces llamados a juzgar una idéntica cuestión.

b) El recurso por incumplimiento de los Estados miembros está finalizado a controlar el respeto por los Estados de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Este control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea (art. 258, TFUE), lo que normalmente ocurre, como por otro Estado miembro (art. 259, TFUE). El procedimiento por este tipo de recurso prevé una fase precontenciosa y, en el caso en que la infracción persista, una fase contenciosa, ante al Tribunal.

c) El recurso de anulación permite al demandante controlar la legalidad de un acto obligatorio de una Institución de la Unión, a saber de un acto legislativo, de un acto del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, de un acto del Parlamento Europeo o del Consejo Europeo destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 263, TFUE), así como de los acuerdos del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones (art. 271, letras *b* y *c*, TFUE).

d) El recurso por omisión censura la falta de acción de una institución, órgano u organismo de la Unión (art. 265, TFUE). El acto cuya omisión constituye una violación es un acto jurídico que debe ser obligatoriamente emitido según los Tratados, lo que hace que se pueda tratar también de un acto no vinculante para sus destinatarios. La legitimación activa corresponde a las tres categorías de sujetos que pueden pedir la anulación de un acto obligatorio. La acción debe ir precedida de un acto de requerimiento dirigido a la institución para que actúe y se puede interponer en el plazo de dos meses después de la solicitud. Si el juez de la Unión declara la omisión, condena al legitimado pasivo a adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la violación (art. 266, TFUE).

e) El recurso de casación puede interponerse ante el Tribunal de Justicia como apelación por razones de derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General (art. 256, TFUE). En el caso en que el estado del asunto lo permita, el Tribunal de Justicia decidirá el procedimiento, salvo, en el caso contrario, devolver el litigio al Tribunal General.

f) El reexamen permite al Tribunal de Justicia de controlar en algunos casos excepcionales las decisiones adoptadas por el Tribunal General y por el Tribunal de la Función Pública.

g) El recurso de indemnización por daños (art. 268, TFUE) afirma el principio de la responsabilidad del Estado miembro en la aplicación del derecho de la Unión, permitiendo a los particulares de un Estado que hayan sufrido un daño por causa de su incumplimiento, de pedir una indemnización a este mismo.

El procedimiento ante al Tribunal de Justicia consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral, y sigue un desarrollo diferente según se trate de la cuestión prejudicial, que es una forma de recurso indirecto, o de uno de los

demás tipos de recursos, que son directos. La decisión se adopta por mayoría y no son posibles los votos particulares. El idioma de procedimiento puede ser una de las veinticuatro lenguas oficiales de la UE y depende de la lengua utilizada en la remisión prejudicial o en el recurso directo.

II. El Tribunal General, creado en 1988, está compuesto de al menos un juez por cada Estado miembro. Así como el Tribunal de Justicia, los jueces son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros y previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. A diferencia del Tribunal de Justicia, no están previstos abogados generales. El Tribunal puede reunirse en Pleno o en Gran Sala (trece jueces), en el caso de asuntos complejos o importantes o, lo que normalmente ocurre, en salas (cinco o tres jueces). El Tribunal General tiene una competencia general y una competencia exclusiva. Desde el primer punto de vista, el Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los mismos tipos de recursos que se pueden introducir, en segunda instancia, ante el Tribunal de Justicia (art. 256, TFUE), a decir: el recurso de anulación; el recurso por omisión; recurso de indemnización por daños; el recurso de anulación; los recursos introducidos contra la Unión por parte de sus funcionarios o agentes; los recursos introducidos en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta. La competencia general del Tribunal, por un lado, es residual, no pudiendo este conocer de los recursos atribuidos a un tribunal especializado y de los que son competencia del Tribunal de Justicia; por otro lado, es “abierta”, pudiendo su Estatuto establecer que a la instancia se sometan otras categorías de recursos. El Tribunal General tiene competencia exclusiva en los siguientes casos: recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; recursos estatales en materia de ayudas de Estado y de medida de defensa comercial; recursos en materia de marca comunitaria; recursos presentados contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. El procedimiento ante el Tribunal General consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral.

III. El Tribunal de la Función Pública, creado en 2004, reúne siete jueces nombrados por el Consejo por un mandato de seis años renovables, previo aviso de un comité, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos representados. El Tribunal puede reunirse en Pleno, en salas (cinco o tres jueces) como juez único. Su papel es el de juez especializado en el contencioso de la función pública, que desempeña en primera instancia en los litigios entre la Unión y sus agentes. El procedimiento comprende una fase escrita y, en el caso, una fase oral. Sus decisiones pueden ser apeladas, en el plazo de dos meses, ante el Tribunal General, limitadamente a las cuestiones de derecho.

Eloisa Denia Cosimo

SISTEMA NO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El primer paso en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos en nuestro país, se dio con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), por decreto presidencial del 5 de junio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990. La CNDH fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, contaba con un titular que era nombrado libremente por el presidente de la República, un secretario ejecutivo, un Consejo Honorario invitado por el Ejecutivo Federal, un secretario técnico también designado por el titular del Ejecutivo Federal y un visitador que dependía del presidente de la Comisión.

La segunda etapa de la figura del *Ombudsman* en México, surgió con la reforma constitucional del 28 de enero de 1992 en donde se elevó a rango constitucional la CNDH y se dispuso que las entidades federativas tuviesen su correspondiente organismo protector y defensor de los derechos humanos, con la creación, en el artículo 102 de la Constitución, del apartado B, que a la letra decía:

“B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados”.

Con esto se buscaba, en primer lugar, instituir en la norma fundamental, la existencia y funcionamiento de la CNDH, así como sus homólogos locales, vinculándolos éstos con aquélla, para integrar lo que se conoce como sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos. El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

La CNDH se integraba por un presidente que duraba cuatro años, con una posible reelección. Era designado por el titular del Ejecutivo Federal con aprobación del Senado de la República o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. También se estableció que formaban parte de la Comisión hasta cinco visitadores generales quienes realizarían, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo que fuera necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además,

como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación, se nombraba el Consejo Asesor, integrado, con carácter honorífico, por diez personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos.

Evidentemente formulaba recomendaciones, denuncias y quejas en los casos necesario. Además, decidía en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas..

Se consideró que este organismo no surgió con la fuerza e independencia necesaria para llevar a cabo adecuadamente sus labores, ya que se criticaron los mecanismos para el nombramiento del titular de la CNDH. También se criticó que los recursos materiales y financieros fueran proporcionados por el Ejecutivo Federal, lo que afectaba gravemente la autonomía de la institución. Es por estas críticas que se determinó realizar algunas reformas constitucionales en los órganos de defensa no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en México; así fue como el 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una sustancial reforma al artículo 102, Apartado B, de la Constitución federal, que modificó en particular ciertos aspectos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Puede señalarse que la autonomía del *Ombudsman* se convirtió en uno de los puntos trascendentes en la reforma.

Se determinó dejar en manos del Congreso de la Unión la facultad de designar y ratificar al presidente de la CNDH, así como a los consejeros de la misma. En efecto, de acuerdo con la reforma constitucional y con la Ley de la CNDH reformada por decreto publicado el 26 de noviembre de 2001, el presidente de la CNDH, deberá ser elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.

Se reiteró en el nuevo texto fundamental que los organismos no jurisdiccionales no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. También se conservaron en la mencionada reforma las disposiciones relativas a que la CNDH no podrá conocer de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación, pero sí deberá resolver sobre las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Por último, debemos mencionar la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, muy importante en materia de derechos humanos, que también trajo consigo adiciones importantes al sistema no jurisdiccional de protección y promoción de derechos humanos. Ahora los organismos locales también deben tener autonomía respecto a los tres poderes; se establece un sistemas más efectivo para el cumplimiento de recomendaciones; se permite que conozcan de la materia laboral, y, supuestamente, la CNDH absorbió la anterior facultad investigadora que el artículo 97 constitucional daba a la Suprema Corte, aunque al no ponerse de acuerdo las cámaras del Congreso de la Unión, en un texto coherente, el último párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional quedó con una redacción que parece no tener sentido.

José Luis Soberanes Fernández

SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La expresión “Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos” hace referencia al fenómeno global que, en los últimos años, ha comenzado a generar el enorme aumento de tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo, y a la consecuente interacción entre ellos.

La expansión de la justicia internacional es el desarrollo jurídico más importante después de la Segunda Guerra Mundial (Romano, Cesare, NYU, 1999); el número de cortes y tribunales internacionales creados a partir de 1945, es verdaderamente colosal [el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945); el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal de Tokio (1945); la Corte Internacional de Justicia (1946); el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993); el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994); la Corte Penal Internacional (2002); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979); la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (2006); el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), etcétera]. De igual manera, en el ámbito nacional el aumento de la población, junto con la existencia de nuevas especialidades jurídicas (derecho electoral, competencia económica, derecho de las telecomunicaciones, etcétera), ha dado lugar a la creación e instalación de muchos nuevos tribunales. Y lo cierto es que no solo ha aumentado el número de tribunales nacionales e internacionales en el mundo, sino que su alcance e influencia ahora son mucho mayores (Charney, Jonathan I., NYU, 1999).

Este aumento en el número e importancia de los tribunales ha tenido efectos muy interesantes en cuanto a su forma de trabajo, pero sobre todo, en cuanto a los vínculos, nexos y contactos que ahora se dan entre ellos.

Pese a no ser plenamente conscientes de la existencia del sistema ni de su pertenencia al mismo, en el ejercicio cotidiano de sus funciones los tribunales nacionales e internacionales reciben expedientes, envían documentos, piden datos, solicitan la cooperación de tribunales extranjeros o internacionales, se comunican, aplican criterios de otras cortes del mundo, reciben solicitudes y, en general, *interactúan* de múltiples formas con otros tribunales nacionales o internacionales; es decir, de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, los tribunales “se colocan” en un sitio específico dentro de una estructura mayor, y desde ahí intercambian información y resuelven los asuntos para los cuales consideran tener competencia, lo que paso a paso, está dando lugar a un *todo complejo e interrelacionado*, de carácter *envolvente* y, hasta el momento, *autoorganizado*, de entidades que tienen esencialmente las mismas facultades, que constantemente intercambian información y que en ciertos temas, incluso aplican las mismas normas, y cuyas decisiones resultan cada vez más interdependientes entre sí. Es decir, está dando lugar a un sistema transnacional de tribunales.

En el tema de la protección a los derechos humanos los tribunales nacionales e internacionales de todo el mundo encuentran una razón más de convergencia: las normas jurídicas que tienen que aplicar son básicamente las

mismas o, por lo menos, se trata de normas que guardan enormes similitudes entre sí. Esto se debe a dos factores muy claros: al hecho de que los progresos nacionales en relación con estos derechos provienen, en mayor o menor medida, de los mismos documentos históricos (la *Magna Charta* de 1215, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1796), y a que a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las naciones del mundo se han ido sometiendo, progresiva y paulatinamente, a los tratados internacionales en esta materia y a los diversos mecanismos de protección —regional y universal— de los derechos humanos y, con ello, incorporando a su derecho las normas y los estándares internacionales. Esto ha dado lugar a que para resolver casos relacionados con derechos humanos, los tribunales del mundo apliquen normas sumamente similares, o incluso, apliquen exactamente las mismas normas, y es ello lo que provoca que en materia de derechos humanos, los vínculos existentes entre los tribunales del mundo, tanto nacionales como internacionales, tiendan a ser todavía más intensos y manifiestos (Shany, Yuval, 2007; Volcansek, Mary y Stack, John F. Jr., 2005; Bustos, Rafael, 2008; y Martínez, Jenny, 2003).

La idea de formar parte de un sistema global puede parecer poco seductora para muchos juzgadores; no obstante, la pertenencia al sistema es, en cierta forma, inevitable. Una Corte nacional puede ignorar voluntariamente la existencia de un tribunal internacional, pero eso, en sí mismo, es una elección y una que le da forma al sistema transnacional de tribunales, pues en realidad, las Cortes del mundo nacionales o internacionales, no pueden evitar estas interacciones (Martínez, Jenny, 2003). Sería difícil pensar que un tribunal nacional pudiera dejar de reconocer por completo los efectos de una sentencia dictada por un tribunal internacional, o hacer total caso omiso a la petición de auxilio procesal proveniente de un tribunal perteneciente a otra soberanía, o de plano desconocer que existen otros tribunales en el mundo. Por el contrario, la evidencia disponible sugiere que la relación entre tribunales nacionales y derecho internacional es cada vez mayor, y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos han tenido una influencia enorme en el derecho interno en casi todos los países del mundo (Heyns, Christof y Viljoen, Franz, 2002).

Existe en realidad un conjunto de fenómenos, no solo jurídicos, sino de carácter económico, político, social y cultural, que desde hace algunas décadas están transformando el mundo a través de la generación de flujos y la creación de redes de actividad e interacción entre seres humanos, organizaciones, naciones, regiones y continentes; hoy día, una línea continua conecta lo local con lo global, pasando por lo nacional y lo regional, y sin duda alguna, los tribunales también son parte de esa nueva forma de interacción universal (López Ayllón, Sergio, 2004).

La visión de una comunidad global de jueces y la noción de un sistema de tribunales, son ideas que todavía pueden generar reticencias y parecer idealistas, pero el fenómeno está ahí (Slaughter, Anne Marie, 2010). Hoy día, los jueces y tribunales del mundo conversan, se reúnen, se leen, se citan entre sí,

y gracias a ello, se van convirtiendo paulatinamente en piezas de un mismo sistema, en elementos del “sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos”.

Mara Gómez

SUPRACONSTITUCIONALIDAD E HIPERCONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el prefijo *supra* significa “arriba” o “encima de”, por lo que *supraconstitucionalidad* debe entenderse como aquellos ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, ya que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución.

Por su parte, el prefijo *hiper* significa “exceso”, por lo que debemos entender la *hiperconstitucionalidad* como la característica de aquellas normas constitucionales que son continente de una carga axiológica o ideológica muy importante y significativa.

Siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría a través de su obra *La Constitución como norma jurídica*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido que “... la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, ‘normas constitucionales inconstitucionales’... y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía... Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción...” (Acción de Interpretación Constitucional, Exp. núm. 00-2908, resuelto el 3 de septiembre de 2001).

En razón del problema antes descrito, es que autores como Néstor Pedro Sagüés señalen que una de la recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución, es la denominada “tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales”, según la cual, no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía (afirmación explícitamente reconocida por la Sala Constitucional venezolana), ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán prevalecer las primeras.

Dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen, tanto precedentes que la aplican, como textos que han reconocido explícitamente la superioridad

de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas supraconstitucionales*), o bien, aquellas que sin contar con tal reconocimiento explícito, implícitamente poseen —como dijera Sánchez Agesta— una superfundamentalidad, es decir, una especial constitucionalidad (*normas hiperconstitucionales*).

En esta lógica, la diferencia conceptual existente entre la *hiperconstitucionalidad* y la *supraconstitucionalidad*, consiste en que la primera es la característica implícita que poseen aquellas normas constitucionales que son continente de una carga ideológica o axiológica fundamental, y la segunda es la característica que poseen algunos preceptos constitucionales a los que el propio Poder Constituyente (originario o constituido), en lo concreto o en lo abstracto, les ha otorgado explícitamente una jerarquía superior en relación con las demás cláusulas constitucionales. Así, también debemos afirmar que la relación ideal que deben guardar tales conceptos consiste en que no deben existir normas *hiperconstitucionales* a las que no se les reconozca una *supraconstitucionalidad*, como tampoco sería conveniente que existieran normas *supraconstitucionales* sin que sean *hiperconstitucionales*.

De esta forma, consideramos que dentro de ese nivel jerárquico superior de normas constitucionales puede hacerse la siguiente dicotomía: *i*) aquellas normas que son *supraconstitucionales* debido a que explícitamente —en lo concreto o en lo abstracto— se les ha dotado de una especial jerarquía, y *ii*) aquellas normas que son *hiperconstitucionales* debido a que implícitamente se les ha reconocido su especial carga axiológica o ideológica.

Como ejemplos de normas de las nomenclaturas antes referidas podemos citar los siguientes: *i*) *supraconstitucionalidad concreta*: artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquél país adoptó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse ésta, debido a que le fue reconocida explícitamente una prevalencia o jerarquía superior respecto de cualquier otra, aun cuando el choque normativo o antinomia se actualice a nivel constitucional; *ii*) *supraconstitucionalidad abstracta*: son las denominadas “cláusulas de intangibilidad” que se configuran en una supraconstitucionalidad abstracta, debido a que el Poder constituyente originario determinó que sus contenidos deberían permanecer como límites materiales inalterables al Poder revisor de la Constitución (*v. gr.* art. 139 de la Constitución italiana de 1947 al señalar: “No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”); *iii*) *hiperconstitucionalidad*: cláusulas constitucionales que establecen diferentes procedimientos de reforma, unos más agradados que otros, atendiendo precisamente a los contenidos que pretenden ser alterados. A la luz de la teoría constitucional podemos decir que este tipo de cláusulas establecen límites relativos que se imponen al Poder revisor, “...porque una vez que se ha cumplido con el procedimiento exigido —afirma Mijangos Borja— la reforma llega a ser válidamente parte de la Constitución, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad que establecen límites absolutos al poder revisor, respecto de ciertos principios constitucionales”.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO)

Es el máximo tribunal del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Está integrada por once ministros y funciona en Pleno o en salas. Sus sesiones son públicas, y por excepción secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público. El ministro presidente, que también lo es del Consejo de la Judicatura Federal, no integra ninguna de las salas, es elegido por votación de los once ministros y dura en el cargo cuatro años sin posibilidad de reelección para un periodo inmediato posterior.

El Pleno funciona con un quórum de siete ministros, salvo en los casos que requieren votación de calificada de ocho votos, a saber: *a)* las controversias constitucionales que versen sobre disposiciones generales, respecto de las cuales sea posible declarar la invalidez con efectos generales en términos del artículo 105, fracción I, último párrafo constitucional; *b)* las acciones de inconstitucionalidad; *c)* las declaratorias generales de inconstitucionalidad; *d)* la revocación de los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal. Salvo en los casos mencionados, sus resoluciones se toman por unanimidad o por mayoría de votos. Las salas requieren la presencia de cuatro ministros para funcionar y sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos de los ministros presentes.

Para el nombramiento de los ministros, el presidente de la República somete al Senado una terna de candidatos a fin de que dicho órgano en el plazo de 30 días, previa comparecencia de las personas propuestas, haga la designación mediante el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes. En caso de no hacerse la designación en ese plazo, el presidente de la República elegirá al ministro dentro de esa terna. Si el Senado rechaza la terna propuesta, el presidente de la República puede enviar una segunda terna y, en caso de que el Senado la rechace, el presidente elegirá al ministro que deba cubrir la vacante. Los ministros duran en su cargo 15 años y no pueden ser reelectos, salvo que hayan ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y ejerce, entre otras, la siguientes atribuciones: conoce en exclusiva de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad; es la instancia definitiva en materia de control de la constitucionalidad de normas generales a través del juicio de amparo, competente para emitir en ese ámbito declaratorias generales de inconstitucionalidad; como máximo intérprete de la Constitución ejerce una función unificadora al resolver sobre las contradicciones de tesis suscitadas tanto en el ámbito del juicio de amparo como en materia electoral, y como garante del federalismo, resuelve las controversias sobre límites territoriales que se susciten entre las entidades federativas y conoce de los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de coordinación fiscal.

En su carácter de cabeza del Poder Judicial federal, puede expedir acuerdos generales para la distribución de los asuntos entre las salas y su remisión a los tribunales colegiados de circuito, revisar las resoluciones del Consejo de

la Judicatura Federal que versen sobre designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, solicitar al Consejo que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal, así como revisar y, en su caso, revocar los acuerdos generales que el Consejo apruebe.

A partir de 2011, se han ido incorporando a la Constitución atribuciones novedosas, tales como conocer del recurso de revisión interpuesto por el Consejo Jurídico del Gobierno contra las resoluciones del organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, en los casos en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional; revisar de oficio e inmediatamente los Decretos expedidos por el Ejecutivo Federal en caso de la suspensión o restricción de garantías a que se refiere el artículo 29 constitucional, y resolver sobre la constitucionalidad de la materia de las consultas populares que sean convocadas por el Congreso de la Unión, previo a la emisión de la convocatoria respectiva.

A lo largo de su historia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como un tribunal constitucional; ello principalmente a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 2011, las cuales la han configurado como órgano encargado de la defensa del orden constitucional, tanto en el plano de los conflictos entre poderes como en el de la protección a los derechos fundamentales.

Hasta antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte no ejercía funciones de control constitucional relevantes. El régimen autoritario que marcó la mayor parte del siglo XX y que permeó a todas las esferas de la vida pública, se tradujo en la prevalencia de un constitucionalismo nominal, en el que la Constitución no era concebida como auténtica norma jurídica vinculante, sino como instrumento legitimador del poder. En ese contexto la función de la Corte se limitaba a la de órgano revisor de la legalidad y protector limitado de los derechos fundamentales clásicos, a través del juicio de amparo. Ante ese escenario, la reforma de 1994 reestructuró a la Corte y la dotó de mejores instrumentos de control de constitucionalidad mediante el fortalecimiento de las controversias constitucionales y el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad, al tiempo que creó al Consejo de la Judicatura Federal con el fin de reducir la carga derivada de las funciones de administración y vigilancia del Poder Judicial de la Federación que la Corte ejercía. A raíz de dicha reforma, acompañada del proceso de democratización del sistema político, la Corte consolidó su autonomía e independencia y transitó a una concepción de la Constitución en sentido normativo; sin embargo, en ausencia de una reforma en materia de amparo, su función se centró en resolver conflictos entre órganos de poder a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sin que existiera un avance en la protección y desarrollo de los derechos fundamentales.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos fundamentales vinieron a rectificar la situación. El reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales como parámetro de validez de la totalidad del orden normativo y las herramientas interpretativas contenidas en el artículo 1o. son el eje de un nuevo paradigma constitucional, en el que los mecanismos de control constitucional se enfocan

a la eficaz protección de los derechos fundamentales, lo que ha empezado a traducirse en el fortalecimiento de la Corte como tribunal constitucional en la vertiente de encargado del desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA)

I. Una transición democrática implica un proceso de disolución de un régimen autoritario, y el establecimiento de alguna alternativa participativa al mismo; es decir que da lugar a la creación de un nuevo sistema político.

II. Si bien la Constitución de 1917 tuvo en su origen y teleología un sentido democrático, en tanto que consagró la división de poderes e intentó establecer un juego de pesos y contrapesos, así como un sistema federal, lo anterior no dejó de ser una mera formalidad, ya que en los hechos se estableció un sistema vertical centralizado en el predominio del presidente, quien contaba con amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, convirtiéndose en la clave de todo el sistema político.

En este contexto, la Suprema Corte se desempeñaba con autonomía aunque atendiendo a consideraciones de carácter político, en asuntos de tal índole, independientemente de que éstos la mayoría de las veces no pasaban por los circuitos judiciales, ya que el árbitro que tenía la última palabra, era el titular del Ejecutivo, y las pocas cuestiones que pudieran resultar sensibles para el sistema, se resolvían atendiendo a las características de institucionalidad que caracterizaban a todos los actores del mismo, lo que se tradujo en una escasa relevancia política de la Corte, que se circunscribió a realizar una limitada protección de las garantías individuales.

El sistema gozó de un largo periodo de estabilidad hasta 1968, cuando por primera vez se cuestionó su legitimidad desde la clase media ilustrada representada por los estudiantes universitarios, quienes eran uno de los sectores destinados a formar parte de los beneficiarios del mismo.

Al movimiento estudiantil le siguió un fenómeno de guerrilla rural y urbana que, al margen de la ofensiva que se desató en su contra, generó una reacción del régimen que produjo la reforma política de 1977, que inició un proceso de liberalización que permitió abrir cauces institucionales de participación política a fuerzas antes excluidas.

En 1988 surgió la denominada *corriente democrática* dentro del partido oficial, que se tradujo en una crisis de legitimidad sistémica de tal magnitud, que obligó operar una serie de reformas legales que serían irreversibles para lograr el tránsito democrático.

Todo lo anterior fue gestando una cultura política democrática, surgiendo la participación ciudadana dirigida a promover y crear mecanismos que permitieran la vigilancia y colaboración de los individuos en las tareas del Estado, lo que originó que los márgenes de maniobra orgánicos se fueron estrechando paulatinamente hasta que la transición fue inevitable en 2000.

III. La transición mexicana, no solo no cuestionó la Constitución vigente, sino que la utilizó como uno de sus ejes, adecuándola a la realidad a través de una serie de reformas. Así, en 1987, ante el hecho de que la Corte se había convertido prácticamente en un tribunal de casación, en detrimento de su atribución esencial de máximo intérprete de la Constitución, se buscó dotarla de las herramientas necesarias para que se ocupara de los problemas estrictamente constitucionales, encomendando la problemática de legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito.

En 1994 se modificó la composición orgánica de la Corte, volviendo a la integración de once ministros prevista en el texto constitucional original; se estableció un sistema de control constitucional, integrado en lo fundamental por el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y se creó al Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración y vigilancia del Poder Judicial, permitiéndole al máximo tribunal dedicarse a sus labores sustantivas.

En 1996 se convirtió a la acción de inconstitucionalidad en la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución, otorgando a los partidos políticos legitimación activa para interponerla.

En 1999 se amplió la facultad de la Corte para que a través de acuerdos generales, decida cuáles asuntos conocerá y cuáles serán remitidos a los Tribunales Colegiados, por haberse establecido jurisprudencia o porque los mismos no implicaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

En 2006 se otorgó a organismos protectores de derechos humanos, la posibilidad de interponer acción de inconstitucionalidad.

En 2011 se operaron dos reformas complementarias entre sí; la primera de ellas, modifica sustancialmente el juicio de amparo al ampliar su objeto de tutela integrando a su ámbito de protección los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano; introduce la figura del interés legítimo que permite que se constituya como quejoso quien resulte afectado por un acto no jurisdiccional que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o al que se le afecte una situación de derecho derivada del propio ordenamiento; altera el principio de relatividad de las sentencias introduciendo un sistema atenuado de efectos generales en el que al establecerse jurisprudencia por reiteración respecto de la inconstitucionalidad de una norma general, si la autoridad legislativa no lo subsana, la Corte puede hacer la declaratoria respectiva, salvo en materia tributaria. La segunda, establece un nuevo medio de control respecto de los decretos expedidos por el Ejecutivo, en caso de suspensión de derechos humanos y sus garantías, mismos que serán revisados de oficio por la Suprema Corte para pronunciarse respecto de su constitucionalidad.

En 2012 se modifica el esquema de la controversia constitucional, para que a través de ella se resuelvan conflictos de límites que surjan entre las entidades federativas.

Finalmente en 2013 se le otorga legitimación activa a los órganos constitucionales autónomos para que interpongan controversias constitucionales.

La anteriores reformas han convertido a la Corte en un tribunal constitucional, generando un medio civilizado y racional para la solución de con-

flictos entre entes públicos, con lo que ha asumido el rol de órgano de control jurídico de los conflictos políticos que se presentan dentro de una constelación de poderes constitucionales y fácticos, siendo el garante de la observancia de la Constitución para evitar el ejercicio abusivo del poder; lo que fomenta y protege la calidad democrática del Estado, con lo cual es ya un actor pleno de la política nacional, desempeñando así uno de los papeles fundamentales de la transición democrática mexicana.

Roberto Ávila Ornelas

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La expresión “supremacía constitucional” hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política que pretenda regir el orden jurídico de un país: la superioridad de esta respecto a otras normas jurídicas. Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema, es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera.

Otra de las acepciones de la “supremacía constitucional”, es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado. Por ende, la supremacía constitucional es un principio condicionante para la existencia de cualquier sistema jurídico. El principio de supremacía surge a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora única, aunque desde la antigüedad se concebía la idea de un orden supremo, que regulaba la vida de la comunidad. La función primigenia que tuvieron las primeras Constituciones del Estado moderno, fue limitar el poder político ante cualquier exceso que pudiese suscitarse. Posteriormente, se fueron insertando de forma paulatina en los marcos constitucionales catálogos más amplios de derechos humanos, así como mecanismos para su adecuada tutela. Una vez que la Constitución se erigió como la única fuente de creación y validación del derecho, el principio de supremacía se convirtió en el factor determinante para garantizar la efectividad y permanencia de todo sistema jurídico.

Uno de los distintos significados del concepto supremacía constitucional concierne a su condición de ente creador del sistema jurídico, en otras palabras, la Constitución es la fuente de origen y vida de toda norma jurídica vigente en un Estado determinado. Es en el texto constitucional donde se encuentra el procedimiento que debe seguir la autoridad competente, para emitir una ley. Estas pautas deben cumplirse, pues de lo contrario la norma jurídica carecerá de validez, y por ende de exigibilidad. Esta dimensión de la supremacía constitucional es de índole formal, y demuestra que toda construcción legal debe ceñirse conforme a las disposiciones constitucionales.

Además de ser el soporte de la estructura jurídica, la Constitución evidencia su carácter de norma fundamental al establecer las pautas de validación para cualquier acto o norma emitida dentro del Estado. Esto significa que la expresión “supremacía constitucional” evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico. Las

actuaciones que no se adecuen, o bien, contraríen lo dispuesto por la norma constitucional, se entenderán como inválidas o nulas.

La rigidez constitucional es una característica que poseen la mayoría de las Constituciones. Dicha característica surge cuando el Poder Constituyente le confiere a la Constitución un valor formalmente superior al del resto de las normas existentes y vigentes dentro de un sistema jurídico. Esta superioridad explica el hecho por el cual, las constitucionales (escritas) poseen un procedimiento expreso para su reforma, distinto del previsto para crear o modificar las leyes ordinarias. En atención a la supremacía constitucional, dicho procedimiento no puede ser tratado por un poder público ordinario, sino por un órgano cuya única y principal función sea la de reformar o adicionar el texto constitucional. Este órgano recibe el nombre de poder revisor, poder modificador o Constituyente permanente, cuyos límites formales se circunscriben a la facultad de reformar el orden constitucional. Además de este límite natural, existen otros de índole material —explícitos o implícitos— en el texto constitucional, que no pueden ser trasgredidos por el poder revisor, ya que se erigen como aspectos sustanciales y prevalentes dentro del sistema jurídico.

Otra connotación de la locución “supremacía constitucional” es la que hace referencia a la Constitución como ley jerárquicamente suprema. Las normas jurídicas vigentes en un sistema jurídico se encuentran inmersas en una relación de jerarquía y prelación entre sí. La Constitución se erige como norma primigenia, puesto que posibilita la existencia del sistema jurídico, estableciendo las pautas para la vigencia y validez de cualquier norma, razón que la ubica en la cúspide de la estructura normativa.

Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores bajo dos perspectivas: lógica y axiológica. Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas.

Otra acepción trascendental del término “supremacía constitucional”, es la que hace referencia a su superioridad como norma, por reconocer, y en su caso maximizar los efectos de los principios fundamentales y los derechos humanos, esto implica advertir la idea de supremacía bajo una óptica material. Después de la Segunda Guerra Mundial se generó una conciencia colectiva internacional, en torno a la necesidad de que se sustrajera de los Estados la facultad discrecional de regular y proteger a los derechos humanos. Esto trajo como efecto, la supranacionalización de los derechos humanos, los cuales vinieron a dotar de fuerza legitimadora a los textos constitucionales, fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello no es posible concebir la existencia de un modelo constitucional, sin que se contenga una dimensión de índole sustancial o axiológica.

Como consecuencia de la expansión y ubicación de los derechos humanos como factores rectores de la actuación estatal, en diversos sistemas jurídicos se han diseñado bloques de derechos humanos o de constitucionalidad, confor-

mados por normas de carácter supremo, las cuales guardan un mismo nivel jerárquico. En tal sentido, la Constitución ya no se erige como el único parámetro de validación del sistema, sino que comparte esa función y posición con los tratados internacionales, jurisprudencia internacional, y en su caso, con las leyes ordinarias que reconocen derechos humanos. Los bloques de constitucionalidad resaltan la supremacía material de la Constitución, conformada por los derechos de la persona y los principios fundamentales, que dan soporte y legitimación a la actuación estatal. Se puede decir que en la actualidad, la acepción de “supremacía constitucional” se basa en la noción, de que el texto constitucional es el receptor de derechos humanos, y que sus respectivas garantías propician la intangibilidad de la dignidad de la persona.

Bajo esta perspectiva, el principio de supremacía no se ha reducido o merchado, sino que ha evolucionado en cuanto a su contenido. El ensanchamiento material garantiza de una mejor forma el ejercicio y tutela de los derechos humanos, fortaleciendo el estado constitucional y democrático de derecho, ubicando a la persona como razón única de ser de cualquier sistema jurídico.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

SUPREMACÍA DE LAS CONSTITUCIONES LOCALES

Principio conforme al cual, la Constitución política como ley fundamental, es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, por lo tanto, las demás normas de rango inferior deben subordinarse a ella. En caso contrario, las normas serán inconstitucionales. Y siendo la ley de más alto rango, debe existir un control constitucional para que todas las demás leyes se ajusten a ella, tanto en la forma como en el fondo.

Ahora bien, si los poderes públicos y los ciudadanos no estuvieran sometidos a la Constitución, la regulación constitucional carecería de sentido, en razón de lo cual la actividad de los órganos será legítima cuanto más sea acorde con ella y se respeten los límites que impone.

Si bien la supremacía significa grado máximo en determinada jerarquía, aquello que está en la cúspide de todo un sistema, adjetivada a la rama constitucional, la idea tiene diversos significados, uno, en cuanto a que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás que componen el orden jurídico, por lo que éstas no podrán contradecirla; otro, que ese conjunto de normas son fundamentales. También se aduce que no es suficiente que en sí misma la ley fundamental sea suprema, sino que va a requerirse que provenga de un órgano popular soberano, que sea promulgada por medio de un texto escrito y que su aplicación, vigencia y eficacia normativa sea garantizada por instrumentos de legalidad y constitucionalidad sobre las leyes o actos que de ella emanan, siendo invalidados o expulsados aquellos que se contrapongan.

Así, dentro de la estructura del diseño institucional local, suele reconocerse el principio de supremacía constitucional por lo que ve a exclusivamente al ámbito de aplicación de su régimen interno, siendo el fundamento de la unidad de éste y fuente de creación de todo el sistema jurídico y de los órganos públicos estatales o provinciales.

Por lo que ve al régimen federativo mexicano, la calidad de suprema deriva de los artículos 40 y 41 de la Constitución general, donde se enfatiza que lo será solo en el orden jurídico interno de la entidad federativa, pues las leyes que expida la legislatura local son emanación del gobierno instituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, cualquier ordenamiento estará subordinado a ella, con lo que la supremacía representa el punto más elevado de jerarquía en el sistema normativo local.

En algunas entidades federativas mexicanas, como Veracruz, Colima y Nayarit, se ha dedicado un artículo de sus textos constitucionales para establecer que, en cuanto a su régimen interior corresponde, su Constitución es la ley suprema.

Inclusive, en el estado de Nayarit, corresponde al Poder Judicial garantizar la supremacía constitucional, hacer su debida interpretación, así como proteger los derechos fundamentales que ella consagra (art. 82), a través de una Sala Constitucional–Electoral la cual tendrá competencia para conocer controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad por omisión; cuestiones de inconstitucionalidad; el juicio de protección de derechos fundamentales, y de los conflictos por límites territoriales entre dos o más municipios del estado, así como resolver la no aplicación de leyes en materia electoral contrarias a la Constitución (art. 91).

Es a partir del año 2000, en que el constitucionalismo local en la República mexicana favorece en más de veinte estados del país el principio de supremacía y su defensa ante los tribunales locales; aparece un reconocimiento a la fuerza normativa de la Constitución con carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, luego de incluirse nuevos catálogos de derechos fundamentales y los respectivos instrumentos de control constitucional.

Ahora bien, en atención a la idea de optimizar los derechos humanos, el principio de supremacía constitucional mantiene una evolución más dinámica por la influencia que ha venido ejerciendo el derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos, cuyas modificaciones nacionales han impactado al orden constitucional interno, de tal suerte que el ámbito internacional deja de ser un mero espectro abstracto e ideal, para convertirse en verdadero derecho aplicable y exigible.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos se han incorporado no solo como elementos normativos de aplicación supletoria en el derecho nacional, sino también se entretrejen con el ordenamiento constitucional de manera que son una extensión concordante a la misma Constitución con el mismo rango, lo que ha permitido que a la inclusión de los derechos humanos se le denomine bloque de constitucionalidad.

La expansión de los tratados no significa un debilitamiento del constitucionalismo local, toda vez que ello es producto del reconocimiento internacional de los derechos humanos, como un elemento básico de una sociedad democrática con valores universales cimentados en la dignidad de la persona. De ahí que la estructura piramidal clásica expuesta por Kelsen se ha ensanchado ahora desde la cúspide para integrar como normas supremas no solo a los contenidos de las Constituciones, sino a otros tipos normativos como son los tra-

tados internacionales o las leyes que protejan de manera semejante derechos fundamentales de las personas, así como las interpretaciones jurisprudenciales que realizan los tribunales supranacionales. Ello se evidencia, al momento de insertarse en las Constituciones cláusulas interpretativas conforme a los contenidos de los tratados, trayendo consigo apertura y eficacia en el respeto y vigencia de los derechos humanos, cuya lectura es armónica con el principio de supremacía.

Sin embargo, como principales características actuales de la supremacía constitucional en el ámbito estatal, podemos enunciar, cuando menos, que el Poder Constituyente es distinto de los poderes constituidos, que la forma externa de la Constitución es predominantemente escrita y rígida y que los órganos del poder se vean sujetos a mecanismos procesales de control cuando actos o normas no se ajustan a ella.

José Miguel Madero Estrada

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)

El Supremo Tribunal Federal (STF) es el órgano máximo del Poder Judicial brasileño. Está integrado por once ministros, nombrados por el presidente de la República, una vez aprobados por mayoría absoluta en el Senado federal, entre ciudadanos de gran competencia y plena integridad, mayores de 35 y menores de 65 años de edad (art. 101 de la Constitución Federal). Son órganos del STF el Pleno, las Salas (*Turmas*) y el presidente. Las Salas tienen iguales competencias y están constituidas, cada una, por cinco ministros; el presidente del Tribunal no integra Sala.

Es competencia originaria del STF juzgar sobre: a) la acción directa de inconstitucionalidad contra leyes y actos normativos federales o estatales, así como la acción declarativa de constitucionalidad de las leyes y actos normativos federales; b) en las infracciones penales comunes, el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios ministros y el procurador general de la República; c) en las infracciones penales comunes y los delitos de responsabilidad oficial, los ministros de Estado y los comandantes de la marina, del ejército y de la fuerza aérea, excepción hecha de lo dispuesto en el art. 52 I, los miembros de los tribunales superiores, los del Tribunal de Cuentas de la Unión y los jefes de misión diplomática de carácter permanente; d) el *habeas corpus*, cuando lo interponga cualquiera de las personas mencionadas en los incisos anteriores; el “mandamiento de protección” (*mandado de segurança*) y el *habeas data*, contra actos del presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del procurador general de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; e) los juicios entre un Estado extranjero o un organismo internacional y la Unión, un estado, el distrito federal o un territorio; f) las causas y los conflictos entre la Unión y los estados, la Unión y el distrito federal, o entre unos y otros, incluyendo las respectivas entidades de administración indirecta; g) la extradición solicitada por un Estado extranjero; i) el *habeas corpus*, cuando el demandado sea el Tribunal Superior o cuando el demandado o el demandante sea una autoridad o un funcionario, cuyos actos

estén directamente sujetos a la competencia del Supremo Tribunal Federal, o se trate de un delito sujeto a la misma competencia en instancia única; j) la revisión penal y la acción rescisoria de sus propias sentencias; l) la reclamación para la conservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus resoluciones; m) la ejecución de sentencias en las causas de su competencia originaria, facultada para la delegación de atribuciones para la práctica de actos procesales; n) la acción en que todos los miembros de la magistratura estén directa o indirectamente interesados, y aquella en la que más de la mitad de los miembros del tribunal de origen estén impedidos o estén directa o indirectamente interesados; o) los conflictos de competencia entre el Tribunal Superior de Justicia y cualesquiera tribunales, entre tribunales superiores, o entre éstos y cualquier otro tribunal; p) la petición de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad; q) el mandamiento de obligación (*mandado de injunção*), cuando la elaboración de la norma reglamentaria sea atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de alguna de estas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de alguno de los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal, y r) las acciones contra el Consejo Nacional de Justicia y contra el Consejo Nacional del Ministerio Público (art. 102, I, Constitución Federal).

Mediante recurso ordinario, el STF tiene competencia para resolver sobre: a) el *habeas corpus*, el mandamiento de protección, el *habeas data* y el mandamiento de obligación, resueltos en única instancia por los tribunales superiores en caso de que la resolución sea denegatoria, y b) delitos políticos (art. 102, II, Constitución Federal). El STF también tiene competencia para resolver, en recurso extraordinario, los asuntos resueltos en única o última instancia, cuando la resolución recurrida: a) sea contraria a una disposición de la Constitución Federal; b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzgue válidos una ley o acto del gobierno local impugnado en relación con la Constitución Federal, y d) juzgue válida una ley local impugnada en relación con una ley federal (art. 102, III, Constitución Federal).

La Constitución Federal de 1988 amplió de manera significativa el sistema de control concentrado de la constitucionalidad. Se estableció el control abstracto de la omisión inconstitucional, al disponer el art. 103, §2o. de la Constitución, que “declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se notificará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, se le dará un plazo de treinta días”. También se previó el examen del incumplimiento de un precepto fundamental (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*, art. 102, § 1o.). La enmienda constitucional num. 3, del 18 de marzo de 1993, creó la acción declarativa de constitucionalidad, que puede ser interpuesta ante el STF por los mismos sujetos legitimados para interponer la acción directa de inconstitucionalidad.

Así, el STF tiene competencia originaria sobre la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declarativa de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, el mandamiento de obligación y el examen del incumplimiento de un precepto fundamental. Además, ejerce el control de

constitucionalidad mediante el recurso extraordinario, hoy sujeto a la prueba de “repercusión general de las cuestiones constitucionales examinadas en el asunto” (art. 102, §2º, Constitución Federal). A fin de definir la repercusión general y hacer viable así el conocimiento del recurso extraordinario, el Código Procesal Civil utiliza una fórmula que conjuga relevancia más trascendencia (repercusión general = relevancia + trascendencia). La cuestión debatida tiene que ser relevante desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, además de trascender el interés subjetivo de las partes en el asunto (art. 543-A, §1o. CPC).

El STF puede, de oficio o a petición de parte, mediante resolución de dos terceras partes de sus miembros, después de dictar resoluciones reiteradas en materia constitucional, aprobar una tesis (*súmula*) que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tenga efecto vinculante en relación con los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación en la forma que disponga la ley (art. 103-A, Constitución Federal). Se trata de la llamada “tesis obligatoria”, que tiene “por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia efectiva entre órganos judiciales, o entre éstos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y una considerable multiplicación de los procesos sobre la misma cuestión” (art. 103, §1o., Constitución Federal). No obstante la previsión de tesis obligatoria, actualmente se debate en el STF sobre la eficacia vinculante de los considerandos que sustentan los fallos en el control concentrado de constitucionalidad y en el recurso extraordinario (STF, Reclamação 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004; STF, Reclamação 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Luiz Guilherme Marinoni
(traducción de Héctor Fix-Fierro)

SUSPENSIÓN PONDERATIVA

Entre las modificaciones que produjo la reforma al juicio de amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 se encuentra la del art. 107, frac. X, de la Constitución, relativa a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo. Dicho cambio consistió en disponer que para resolver sobre esta medida cautelarse “deberá realizar un *análisis ponderado* de la apariencia del buen derecho y del interés social” (cursivas añadidas).

El término “ponderar” en este precepto constitucional parece tener simplemente el sentido de imponer la mera “consideración” a los conceptos que refiere. Pero ninguna de las acepciones de este vocablo que brinda la Real Academia Española tiene esa orientación sencilla, sino que establecen otros significados; el más parecido a aquel sentido lleva a pensar que la “ponderación” de dichos conceptos debe consistir en examinarlos “con cuidado”, lo que denota algo más que una simple “atención” a ellos. Otras acepciones del verbo “ponderar” lo explican como la acción por la que se determina “el peso de algo”, o se “contrapesan” o “equilibran” dos objetos diferentes.

El origen de esta reforma, que incluyó la “apariencia de buen derecho” como *elemento constitucional* de la suspensión en el juicio de amparo, se remonta a la jurisprudencia 15/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la resolución de la contradicción de tesis 3/95 (IUS 1012382); se trata de una recepción más de la doctrina judicial en el nuevo régimen de este proceso. El alto tribunal sostuvo ahí que al analizarse la procedencia de suspender el acto reclamado, la naturaleza de la violación alegada y su correspondiente “apariencia de buen derecho” “deberá[n] *sopesarse* con los otros elementos requeridos [...], porque si el perjuicio al interés social o al orden público es *mayor* a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá *negarse* la suspensión solicitada” (cursivas añadidas). *A contrario*, deberá otorgarse la medida cautelar, si el daño que la ejecución del acto reclamado produjera al quejoso fuera mayor que el perjuicio ocasionado por la suspensión al interés social o al orden público (*cf.*: IUS 1012482, 1012552, 1012550 y 2003167).

El estudio que requiere la consideración de la apariencia de buen derecho siempre será, con mayor o menor grado, muy complejo. En él es necesario determinar distintos extremos, y su dificultad radica no solo en la argumentación probatoria que exige su realización, sino también en los criterios necesarios para concluir si el interés del quejoso debería ceder, o habría de hacerlo, el interés público que se supone tras el acto de autoridad impugnado. El instrumento para establecer los justos alcances de ambos extremos es el principio de proporcionalidad *lato sensu*, y el examen de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, más conocida como “ponderación” (véase “principio de proporcionalidad” en este diccionario).

La materia de esta medida cautelar, como la de cualquier otra, se cifra en la oposición entre la *tutela judicial efectiva* del posible derecho del quejoso —o aun el de otros sujetos—; para apreciar la intensidad con que se afectaría este derecho fundamental es relevante el grado de la “apariencia” de su “bondad”; y por el otro, la satisfacción del *interés público* que persigue la ejecución del acto reclamado. El resultado de este examen de proporcionalidad *lato sensu* arrojará cuál es la posición jurídica con el mayor peso en el caso concreto, la cual por lo mismo deberá prevalecer. Esto también puede decirse respecto de cualquier otra medida cautelar que haya de tomarse en el juicio de amparo u otros procesos.

Las disposiciones de la Ley de Amparo de 1936 regularon la suspensión en términos generales con base en la subsunción, el modelo de aplicación jurídica imperante en su tiempo. El art. 124 de dicha ley estableció requisitos cuya actualización determinaba otorgar esta medida cautelar. Particularmente, de la frac. II de este numeral se desprendía que la suspensión no se otorgaría cuando con ella “se sig[uiera] perjuicio al interés social, [o] se contrav[inieran] disposiciones de orden público”. La interpretación literal de este precepto conducía a que cualquier atisbo de “interés social” u “orden público” bastara para negar la suspensión.

En cambio, la “ponderación” de la “apariencia de buen derecho” exige, con base en el principio de proporcionalidad, sopesar el interés público del

acto reclamado frente al del quejoso y los posibles méritos de su pretensión, para establecer cuál amerita protección cautelar en el caso particular. Esta operación “ponderativa” no dará siempre como resultado la prevalencia del interés público, aun cuando sea claro que el acto reclamado lo promueve, pues a éste no le basta perseguir un fin legítimo para superar el interés suspensivo del quejoso y los beneficios que la medida cautelar reportaría a la tutela judicial efectiva de la posición que el derecho aparentemente le otorga (véase IUS 2003294).

Aunque esta ponderación, como se indicó, fue avalada por la jurisprudencia de la Suprema Corte, no fue sino hasta la reforma del 6 de junio de 2011 cuando adquirió fundamento textual en la Constitución. Ella también encuentra apoyo en los arts. 129, último párrafo, y 138 de la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013.

La suspensión ponderativa en el juicio de amparo asemeja esta medida cautelar a la dispuesta para la controversia constitucional por el art. 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, que prescribe considerar “las circunstancias y características particulares del caso” (véase IUS 1000511). Con esta asimilación se sistematiza (y moderniza) el derecho procesal constitucional mexicano.

Rubén Sánchez Gil

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE MENORES

La sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores —sustracción internacional parental de menores— tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. De ambas convenciones destacamos su contenido *cuasi* idéntico por lo cual, por cuestiones de espacio y para el desarrollo de la presente voz, haremos referencia a la primera de ella en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis años por parte, generalmente, de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el artículo 3o. de la Convención de La Haya de 1980 establece que: “... el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando éste derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención”.

Asimismo, el artículo 8o. de la Convención de La Haya de 1980 expresa que: “ Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha

sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor”.

Tenemos, entonces, que el progenitor perjudicado puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores en su interés superior.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así el artículo 7o. menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando ya sea directamente o a través de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1) localizar al menor; 2) prevenir que sufra mayores daños; 3) garantizar la restitución voluntaria; 4) buscar resolución amigable; 5) intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6) facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8) conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9) garantizar la restitución del menor sin peligro, y 10) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional redunda en dicho principio de cooperación, tornándolo imprescindible y así estipula: “La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”.

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución, si bien el mecanismo de retorno o restitución es considerado como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, una cuestión toral que se hace patente a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la Sexta reunión de la comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 realizadas en junio de 2011 y enero de 2012 y su Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9o. expresa que, en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro

Estado, se transmitirá directamente y sin demora, potenciando el multimencionado principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

En otro orden de ideas, expresar que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, solo podrá hacer valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 (arts. 11 y 12 de la Convención Interamericana de 1989) y que se enumeran a continuación: *a*) que hubiere transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita; *b*) que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue traslado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; *c*) el consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño; *d*) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable; *e*) cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y éste se oponga a su restitución; *f*) también se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (art. 20 de la Convención de La Haya de 1980), y *g*) se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo al art. 17 de la Convención de La Haya de 1980 que: “El hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”.

Por último, destacamos dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de esta voz que se asemeja, quizá, más a un recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

a) En ningún caso el juez ante el que se tramita o solicita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el art. 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: “... después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio”.

El juez sí decide, en cambio, en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, art. 5o., inciso *b*) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.

b) El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de inicio del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expedito que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

Nuria González Martín

T



TEORÍA CONSTITUCIONAL

Etimológicamente el vocablo “teoría” se integra con la raíz griega que significa *divinidad*, dioses o Dios, y es equivalente a la voz latina “Deo” o a la azteca “Teo” —teocalli, *lugar consagrado a los dioses*—. Al paso del tiempo, el vocablo fue transformándose hasta significar el conocimiento de algo que, entrelazado, conduce a todo un sistema de abstracción que se aplica en la realidad práctica. De ahí que la “teoría” denote un conjunto de ideas previas y, al mismo tiempo, se convierta en un sistema de respuestas a interrogantes fundamentales sobre la organización institucional y la convivencia social.

A su vez, el vocablo “constitucional”, si bien dotado de significados plurales que fundamentan al régimen de gobierno según una Constitución, deviene de considerar a ésta como un conjunto de normas propias de la organización estatal humana que identifican y armonizan a todo el ordenamiento jurídico del país, y a su estudio —el derecho constitucional— como aquella rama del derecho público que comprende las reglas relativas a la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos y los derechos y libertades de los ciudadanos.

En consecuencia, la teoría constitucional es el ámbito de conocimiento de aquellos conceptos y categorías jurídicas y políticas que componen el sistema constitucional fundamental del Estado. La naturaleza fundamental se sostiene en la generalización metodológica de los grandes ámbitos universales de estudio que utiliza el derecho constitucional para encontrar reflexiones acerca del concepto y elementos de la Constitución, sobre las relaciones entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias o reglamentarias, en las fuentes del derecho y las normas sobre producción jurídica, los derechos fundamentales y sus garantías, la reforma constitucional y su rigidez, así como en los principios constitucionales y la interpretación de la norma suprema, por señalar algunos que están lejos de considerarse un diálogo concluido.

Se trata, por así decirlo, de un conjunto de principios, normas y técnicas político-jurídicas que, con sujeción al fenómeno constitucional, determinan a partir de la teoría analítica y con validez universal el concepto, características, contenido y finalidad de la Constitución del Estado.

Así las cosas, la teoría constitucional no versa sobre el análisis y evaluación de la ley suprema de un Estado en particular, pues su objeto de estudio es de alcance general. Dicha teoría se funda y desarrolla dentro de los parámetros del *constitucionalismo*, de un movimiento que propugna por la promoción y defensa de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, sobre la base de servir de equilibrio y limitación al ejercicio al poder político.

Sin embargo, los temas centrales de la teoría constitucional contemporánea tienen que atenderse a las nuevas realidades y desafíos de este siglo, cuestionando los referentes dominantes de la Constitución que han sido tratados amplia y profundamente desde la antigüedad clásica y la Edad Media hasta nuestros días, como es el caso de la soberanía y la forma en cuanto al texto escrito y codificado, por lo que la simple manifestación jurídica de la *lex fundamentalis* es objeto de constante reflexión, sobre todo en materia de derechos humanos, democracia, soberanía y jurisdicción constitucional.

En efecto, era común considerar que bajo el rubro de teoría constitucional quedaban comprendidas diferentes materias, como definir qué es una Constitución, decidir cuáles son sus elementos, qué es la soberanía, el poder constituyente, la forma de Estado y de gobierno, la supremacía constitucional, la jerarquía de leyes y la división de poderes, entre otros temas sacramentales no exentos de contradicciones.

Esa teoría tuvo su origen en elaboraciones doctrinarias de Francia y Estados Unidos de América concentradas en el estudio del Estado y del poder político. De ahí que revisarla o reconstruirla atendiendo a los imperativos de la democracia constitucional de nuestro tiempo y enriquecerla con otros temas, es una tarea pendiente.

Más allá de esto, se advierte mayor consenso acerca de la necesidad de fortalecer el campo teórico de las garantías tutelares de los derechos humanos y de los medios de control jurisdiccional donde se incluya la revisión de las decisiones discrecionales del legislador, lo cual permite —en palabras de Riccardo Guastini (Fontamara, 2001)— que un Estado sea considerado *Estado constitucional* al contar con instituciones democráticas más eficaces, para hacer valer los derechos ya sean jurisdiccionales, otros de carácter político y otros sociales en sentido amplio, incluyendo también a la transparencia, fiscalización y rendición de cuentas de la administración pública y el respeto a los derechos de las minorías.

Otro aspecto a considerar es la internacionalización de órganos y procedimientos derivados de tratados, pactos o convenciones que vincula al derecho interno, de tal suerte que se ha venido generando, a la vista de todos los países, un nuevo fenómeno conocido como la *constitucionalización del derecho internacional* o, si se quiere, la *internacionalización del derecho constitucional*, por lo que la teoría constitucional tiene que responder más profundamente a esa nueva realidad regional, interdependiente y globalizada. Lo mismo puede decirse de la incorporación a los textos constitucionales de derechos de la tercera generación vinculados al desarrollo de los pueblos, a la preservación del medio ambiente y la defensa de los recursos naturales o al mantenimiento de la paz y acrecentamiento del desarrollo económico y social.

De lo expuesto fluyen necesariamente nuevos significados teóricos que perciben a la Constitución como un sistema de valores que representa los ideales de una comunidad política y no solo en meras proclamaciones del constituyente.

Tres grandes transformaciones modificaron e irradian el plano teórico del derecho constitucional: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución; la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional (Luis Romero Barroso, UNAM, 2008).

En razón de ese conjunto de factores, las nuevas ideas teóricas del constitucionalismo están siendo vistas desde la perspectiva del proceso de constitucionalización del sistema jurídico, con un bloque de constitucionalidad que arroja el control de la regularidad de la ley, incluyendo a los actos administrativos y a las sentencias judiciales, de manera que la Constitución, al poseer tal

fuerza normativa propia, no puede estar subordinada a la ley ni suspender su aplicación cuando sus preceptos legales y principios no lleguen a concretarse en la práctica. Por lo que el derecho constitucional y la idea misma de Constitución se han venido transformando profundamente al grado de impactar necesariamente en su investigación teórica, fenómeno que no es del exclusivo interés de la clase política o la academia, sino también de amplios grupos sociales al conocer y entrar en defensa de los derechos y garantías que ella establece, llegando a la judicatura constitucional en el mundo democrático.

José Miguel Madero Estrada

TRANSVERSALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La vida de las mujeres y hombres se encuentra impregnada por las relaciones de género, la cultura, la etnia, la clase, la edad, el idioma, todas ellas relaciones de poder a través de las cuales se expresan y refuerzan desigualdades y discriminaciones múltiples. Estas intersecciones biológicas-culturales-económicas demandan comprender y atender mejor las diversidades mediante una adecuada articulación de estas categorías a la hora de diseñar políticas públicas (Munévar, 2005) y analizar la realidad para su posterior transformación.

La estrategia del *mainstreaming* de género traducido al español como “transversalización” apunta a obtener mayor impacto en el objetivo de superar las discriminaciones sociales de género y alcanzar mayores niveles de igualdad entre mujeres y hombres. El concepto aparece en textos posteriores a la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer en Nairobi (1985) como resultado de las políticas para el desarrollo iniciadas en 1984, después de que se estructurara el Fondo de Naciones Unidas para la Mujer (Unifem) y se estableciera como mandato la incorporación de las mujeres y la igualdad de sus derechos a la agenda para el desarrollo (Rigat-Dflaum, 2008). Posteriormente, es adoptada en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (1995) en Beijing con el objetivo de hacer frente al bajo impacto que estaban teniendo las diferentes políticas, programas y acciones para lograr la igualdad entre mujeres y hombres en diferentes países.

A partir de Beijing, y a pesar de no contar con directrices sobre cómo desarrollar esta estrategia, la mayor parte de las agencias del sistema de Naciones Unidas, gobiernos, agencias de cooperación bilateral y otras organizaciones de desarrollo, adoptan la transversalización de la perspectiva de género. En este contexto se identifican necesidades por definir una estrategia que involucre a todas y todos los actores, que permee el total de las acciones, acelere los cambios estructurales y además que tenga un alcance global.

Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), la transversalización de la perspectiva de género representa integrar el enfoque de igualdad de género de forma transversal en todas sus políticas, estrategias, programas, actividades administrativas y financieras e incluso en la cultura institucional, para contribuir verdaderamente al cambio en las situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres.

En julio de 1997, el Ecosoc definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera:

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”.

En este contexto, la transversalización de la perspectiva de género es un proceso político a la vez que técnico, de análisis y de evaluación. Es una estrategia que involucra a las y los diferentes actores sociales en la búsqueda de la igualdad entre mujeres y hombres al mismo tiempo que denomina determinadas herramientas para el análisis de género. Se trata de un enfoque transformador, dotado de un cuerpo teórico propio, dirigido a analizar los impactos diferenciados entre mujeres y hombres, que permite tomar en cuenta las especificidades de personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, tiene como objetivo implementar medidas para corregir las desigualdades (Rígat-Dflaum, 2008).

Maidier Zilbeti Pérez

TRATADOS INTERNACIONALES (INTERPRETACIÓN)

I. CONCEPTO. La interpretación de los tratados, con el fin de determinar el consenso expresado por las partes, precisa el objeto, contenido, sentido y alcance de sus disposiciones convencionales y esclarece las condiciones para su aplicación práctica. Hermenéuticamente esa operación colma vacíos, introduce correcciones, complementa textos e, incluso, previene arbitrariedad. Existen tres grandes métodos para la interpretación de los tratados, los que a su vez determinan el procedimiento a seguir: 1) teleológico: enfatiza la finalidad del tratado con independencia del texto e intención de las partes; 2) subjetivo: busca esclarecer la intención común manifestada por las partes, y 3) textual: persigue fijar el sentido corriente, natural, ordinario o usual del: *i*) texto dentro del contexto en que se utiliza; *ii*) del contexto del tratado en su conjunto, y *iii*) del objeto y fin del tratado. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), sostuvo tempranamente la preeminencia del principio del consentimiento expresado en el texto: “El punto de partida y el objeto de la interpretación es elucidar el sentido del texto, no investigar *ab initio* la intención de las partes” (A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, pg. 54).

II. NORMATIVIDAD. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención), en vigor desde el 27 de enero de 1980, es el instrumento que regula esa clase de actos jurídicos y que contiene las reglas universalmente aceptadas para su interpretación (véase arts. 31, 32 y 33). Estas normas, parte del sistema jurídico internacional, se configuran como verdaderas disposiciones de cumplimiento obligatorio y no como meras indicaciones

o recomendaciones, si bien admiten la aplicación de principios distintos a los que incorporan, por lo que no configuran un marco regulatorio totalmente rígido. La CDI buscó darles ese carácter deliberadamente a partir de las prácticas consuetudinarias en la materia. Actualmente: 1) tratados, convenciones y acuerdos internacionales remiten usualmente a dichas reglas; 2) Estados, aun sin ser partes de la Convención: *a*) las consideran para adecuar su ordenamiento interno y celebrar tratados; *b*) se encuentran sujetos a ellas al consistir tanto derecho consuetudinario como la codificación de éste, y 3) tribunales, cortes y órganos creados o reconocidos por tratados las utilizan como parte de su actividad para su control, ya sea por norma o por autoridad. Esta aceptación general se debe a que esas reglas se basan en el consenso objetivo de voluntades con independencia de la naturaleza de las partes. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisó: “Para la interpretación del artículo 64... la Corte utilizará los métodos tradicionales de derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención...” (OC. 1/82, n. 33). Por su relevancia esas normas de interpretación se reprodujeron por la CDI, sin ninguna modificación, en la aún no vigente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

III. REGLAS CONVENCIONALES. 1. *General de interpretación*. Un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos, considerando su objeto y fin. La CDI estimó que esos elementos interpretativos tienen carácter auténtico y obligatorio por sí mismos, por lo que debían incluirse en el art. 31 de la Convención como regla general única, separada y distinta de los medios complementarios o subsidiarios contenidos en el diverso art. 32. Dichos medios auténticos constituyen, en todas sus partes siguientes, una sola operación o unidad combinada, por lo que no se trata de un conjunto de reglas independientes: *A) contenido*: la citada regla general contiene estos principios fundamentales: *i*) buena fe: precepto básico que debe aplicarse durante el proceso de interpretación, en tratados definitivos y provisionales, a fin de cumplir la norma *pacta sunt servanda*, así como el “efecto útil” que persigue concretar la función práctica para la que fue concebido el tratado; *ii*) primacía del texto: como expresión objetiva de la voluntad de las partes; *iii*) contexto: la expresión “en el contexto de éstos” quiere significar el tratado en su totalidad, y *iv*) objeto y fin: unidad objetiva del sentido del tratado (art. 31.1); *B) contexto*: para la Convención el sentido atribuido a los términos del tratado debe tener un “efecto conforme” al considerarlo como un todo, precisamente al vincular: *i*) artículos; *ii*) preámbulo; *iii*) anexos; *iv*) todo acuerdo sobre el tratado concertado entre todas las partes con motivo de su celebración (*v. gr.* protocolos y canjes de notas), y *v*) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (*v. gr.* declaraciones interpretativas). En principio, el preámbulo facilita la interpretación como parte del contexto del tratado pero no como elemento

autónomo. Luego, el título del tratado, los títulos de las partes, los capítulos y las secciones también forman parte integrante del tratado (art. 31.2); *C) interpretación auténtica*: juntamente, es decir, armónicamente con el texto y contexto, debe tomarse en cuenta: *i)* todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; *ii)* toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, y *iii)* toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, escrita o consuetudinaria, de naturaleza convencional o judicial. Estos tres elementos tienen carácter obligatorio y no se considera que por su naturaleza sean normas de interpretación de rango inferior al texto y a su contexto. No obstante, su fuerza probatoria variará según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que la práctica uniforme y universal ponga de manifiesto (art. 31.3); *D) sentido especial*: se otorga éste a un término si consta que tal fue la intención de las partes. La parte que lo invoca debe demostrarlo (art. 31.4).

2. *Medios de interpretación complementarios*. Siempre de manera ajustada a la regla general se puede recurrir a estos medios, en particular pero no solo a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, con el objeto de: A) confirmar el sentido resultante al aplicar la regla general, y B) determinar el sentido cuando esa regla general deja ambiguo u oscuro el sentido o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32).

3. *Interpretación de tratado autenticado en dos o más idiomas*. La autenticación es el procedimiento que establece el texto definitivo del tratado (art. 10). En principio se presume que sus términos tienen en cada texto autenticado igual sentido (art. 33.3). En este supuesto hacen igualmente fe en cada idioma a menos que el tratado disponga o las partes convengan que, en caso de discrepancia, debe prevalecer uno de los textos (art. 33.1). Luego, la versión del tratado en idioma distinto de aquél en que fue autenticado el texto, se considera como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen (art. 33.2). Finalmente, salvo en el caso en que prevalezca un determinado texto por tratado o por acuerdo, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de la regla general y los medios de interpretación complementarios, se adoptará el sentido que mejor concilia esos textos, habida cuenta el objeto y el fin del tratado (art. 33.4).

Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (AUSTRIA)

El Tribunal Constitucional de Austria está establecido como “guardián de la Constitución”, encargado de garantizar la prevalencia de la Constitución dentro del funcionamiento del Estado. Es sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes (art. 140 *Bundesverfassung*, *B-VG*), la posible eliminación de ordenanzas ilegales (*Verordnungen*, art. 139 *B-VG*) y el control de

resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1o. de enero de 2014: de decisiones de tribunales administrativos de primer instancia) dirigidas contra particulares por vía de amparo (art. 144 *B-VG*) lo que otorga al Tribunal Constitucional un papel primordial en la defensa de la Constitución y en la protección de derechos fundamentales.

El precursor histórico del Tribunal Constitucional de Austria es el “Reichsgericht”, que fue establecido por el Staatsgrundgesetz de 1867. Ya el Reichsgericht tenía la tarea de proteger los derechos fundamentales incorporados en el Staatsgrundgesetz. No obstante, las competencias del Reichsgericht eran más modestas que las del Tribunal Constitucional actual. El Reichsgericht no tenía la competencia de examinar leyes en cuanto a su conformidad con la Constitución. También en lo que concierne a supuestas violaciones de derechos fundamentales por acto administrativo (Verwaltungsakt), el Reichsgericht solo podía constatar la violación pero no podía anular el acto en cuestión.

Así que el establecimiento del Tribunal Constitucional en 1920, con la competencia de controlar la constitucionalidad de leyes fue una novedad —a nivel nacional como internacional—. Como consecuencia de esto fue tomado como modelo en otros Estados (“österreichischer Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit”). Uno puede considerar a Hans Kelsen como el “padre” del Tribunal Constitucional de Austria. Para Kelsen, el Tribunal era el garante del orden democrático de la Constitución y su “niño más amado”.

Desempeñando un control concentrado, el Tribunal Constitucional asegura que ninguna norma general esté en desacuerdo con la Constitución, que está situada en la cúspide de la pirámide jurídica (Stufenbau der Rechtsordnung). Eso principalmente gracias a su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes (art. 140 *B-VG*) y de controlar la legalidad de ordenanzas del poder administrativo (Verordnungen; art. 139 *B-VG*). De importancia esencial en ese contexto es además su competencia de controlar las resoluciones administrativas dirigidas contra particulares por vía de amparo (“Beschreibeschwerde”, art. 144 *B-VG*) cuando un individuo reclama una violación de sus derechos constitucionales o una violación de sus derechos por aplicación de una norma general inconstitucional con ocasión de una resolución administrativa de última instancia (desde el 1o. enero 2014: de una decisión de un tribunal administrativo de primer instancia).

El Tribunal Constitucional desempeña también un papel importante en la solución de conflictos entre supremas instituciones constitucionales o “conflictos de competencia” (art. 138 *B-VG*). Como árbitro de conflictos de competencia (*Kompetenzgerichtshof*) el Tribunal Constitucional es la institución que resuelve conflictos de competencia entre distintos tribunales; entre tribunales y órganos administrativos; así como entre autoridades públicas o instancias gubernamentales (*Behörden*) de la federación y de los *Länder* (art. 138 *B-VG*). También, el Tribunal Constitucional es competente de decidir casos en lo tocante a órganos supremos del Estado (el presidente, miembros del gobierno federal y de los *Länder*), cuando éstos son acusados de un comportamiento ilegal (*Staatsgerichtshof*, art. 142 *B-VG*). Otras competencias incluyen el control de tratados internacionales en cuanto a su conformidad con la Constitución

(art. 140a *B-VG*) y cierto control en el ámbito electoral (sobre todo casos de contestación de las elecciones; art. 141 *B-VG*).

El Tribunal Constitucional está compuesto por un presidente, un vicepresidente y doce magistrados. A esos se juntan seis magistrados suplentes en casos de presentarse algún impedimento por parte de los miembros del Tribunal. Los magistrados ejercen su función —como profesión secundaria— hasta que cumplen 70 años. En cuanto a su nombramiento, el gobierno federal tiene el derecho de nombrar al presidente, al vicepresidente, a seis magistrados y a tres suplentes; la Cámara Baja del Parlamento (*Nationalrat*) elige por su parte a tres magistrados y a dos suplentes, y la Cámara con representantes de los *Länder* (*Bundesrat*) nombra a tres magistrados y a un suplente. Así que el modo de nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional establece un estrecho vínculo entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo) del Estado.

Esto parece especialmente importante dado que el Tribunal Constitucional representa el principio del Estado de derecho (*Rechtsstaatlichkeit*) y en su defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, entra en conflicto con el Parlamento. Sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes pone límites a la soberanía parlamentaria. Eso se muestra en particular en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en el ámbito de derechos fundamentales. De hecho, hay una evolución importante en la postura del Tribunal al respecto. Hasta los inicios de los años 1980, el Tribunal adoptó una postura de autorrestricción o *judicial self restraint*: demostró mucha deferencia hacia el Poder Legislativo (*Gesetzgeber*) y no se consideró competente para decidir sobre preguntas de gran implicación político-jurídica. En las últimas tres décadas, por el contrario, el Tribunal Constitucional adoptó una actitud más activista (*judicial activism*), sometiendo los actos del legislador a un control siempre más exigente. Lo que parece importante desde la perspectiva de una protección efectiva de derechos fundamentales, pero que ha provocado algunos conflictos con el parlamento.

Un posible límite a la protección efectiva de derechos fundamentales es que el Tribunal Constitucional no es competente para controlar las decisiones de tribunales civiles y criminales de última instancia. Es así como, si esas decisiones violan derechos fundamentales o se basan en leyes inconstitucionales, no hay posible recurso jurídico para oponerse a ellas, no obstante, que según recién reforma (BGBl I 2013/114) individuos que consideran sus derechos violados en una decisión de un tribunal de primer instancia por la aplicación de una ley inconstitucional pueden iniciar un control de la ley respectiva a partir del 1o. de enero de 2015 (*Gesetzesbeschwerde*). Eso al menos mejora la protección de sus derechos fundamentales. A pesar de ese vacío, criticado por algunos comentaristas, en suma, el Tribunal Constitucional de Austria se muestra como guardián largamente competente y eficaz de la Constitución y defensor de los derechos fundamentales incorporados en la misma de manera eficiente.

Christina Binder

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PERÚ)

La creación de un Tribunal especializado en materia constitucional se remonta en el caso peruano, a la Constitución Política de 1979, cuyo texto reconoció la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Su promotor en el ámbito legislativo fue el jurista y político peruano Javier Valle-Riestra Gonzáles, como consta de los debates realizados durante la Asamblea Constituyente 1978-1979. Por entonces, fue concebido como un órgano autónomo compuesto por nueve miembros (provenientes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) siendo sus funciones la de órgano de casación en los casos de hábeas corpus y amparos denegados en la vía judicial y de conocimiento, en el caso del proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

Al margen de la buena intención con la que fue perfilado en aquellos años, el Tribunal no pudo funcionar como se esperaba debido a diversas deficiencias en su configuración constitucional y legal, quedando virtualmente desactivado tras la ruptura constitucional de 1992. Su producción jurisprudencial por lo mismo fue bastante reducida y salvo casos muy específicos, notoriamente discreta.

Aprobada una nueva Constitución en 1993, volvió a reconocerse un nuevo órgano especializado en materia constitucional al que esta vez se le confirió el nombre mucho más omnicompreensivo de Tribunal Constitucional. Su función, al igual que en el modelo constitucional precedente, es la de órgano de control de la Constitución (art. 201, primer párrafo) asumiendo un estatus autónomo e independiente, es decir, totalmente separado del Poder Judicial como en general, del resto de órganos constitucionales.

Su entrada en funciones se produjo el 12 de julio de 1996 y salvo algunas incidencias que lo afectaron parcialmente durante algún tiempo (la destitución a tres de sus miembros entre los años 1997-2000), ha tenido actividad jurisdiccional continua.

Su regulación legal actualmente se encuentra dispensada mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 28301 del 23 de julio de 2004 y desarrollada mucho más específicamente mediante Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional aprobado por Resolución Administrativa núm. 095-2004-P/TC del 2 de octubre de 2004.

El actual Tribunal Constitucional, a diferencia de su predecesor, tiene funciones notoriamente incrementadas. Ya no es simplemente un órgano de casación, sino que ahora tiene facultades de pronunciamiento en instancia definitiva y especializada en relación con los procesos hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento que hayan sido denegados en la vía judicial (art. 202, inciso 2), para cuyo efecto habrá de promoverse el llamado recurso de agravio constitucional como mecanismo procesal de acceso.

Asimismo tiene competencias para conocer y resolver de forma directa y en instancia única tanto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes (art. 202, inciso 1), como del llamado proceso competencial (art. 201, inciso 3).

Cabe añadir que cada uno de los procesos constitucionales que son materia de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, al igual que algún otro, que solo es competencia el Poder Judicial, son objeto de regulación

específica mediante el Código Procesal Constitucional o Ley núm. 28237 del 31 de mayo de 2004.

La Constitución, por otra parte, otorga al Tribunal una conformación de siete magistrados electos directamente por el Parlamento mediante un procedimiento de votación calificada traducido en la exigencia de dos tercios del número legal de sus miembros. El periodo del cargo es formalmente de cinco años (art. 201, primer y tercer párrafos) no admitiéndose la reelección en el mismo.

Los requisitos que se exigen para ser magistrado constitucional, son en rigor, los mismos que para ser vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República (ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años) gozando por otra parte y una vez ya electos, de la inmunidad y prerrogativas que le asisten a los Congresistas de la República (art. 201, segundo párrafo).

Aunque el procedimiento de elección aquí descrito pareciera no ofrecer mayores dificultades, en la práctica se ha tornado polémico en más de una oportunidad. Esto último como consecuencia de diversos factores, pero principalmente, de la excesiva fragmentación de la representación parlamentaria a la que le ha costado enormes esfuerzos generar consenso en la designación de los candidatos a magistrado y por otro lado, del intento, poco disimulado en algunos casos, de querer politizar al Tribunal eligiendo, no precisamente a cuadros a partir de un perfil profesional óptimo, sino a razón exclusiva de intereses ideológicos o partidarios. Ello ha originado que en más de una ocasión, la designación de magistrados se haya dilatado más de lo debido dando lugar a que el periodo de quienes todavía ostentan el cargo, se haya tenido que prolongar por encima de los cinco años, al tener que verse obligados a permanecer en sus mandatos hasta el momento que se elija a sus reemplazantes (conforme lo dispone el art. 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Como resultado de estas y otras dificultades que ha presentado el modelo de designación, más de un analista, se ha inclinado en postular un futuro cambio en las reglas del juego a fin de concretizar de manera realmente eficiente y menos polémica, el proceso de elección de magistrados constitucionales.

Conviene puntualizar que en el Perú el ejercicio de la jurisdicción constitucional no solo recae en el Tribunal Constitucional, sino también en el Poder Judicial. Ello debido al modelo dual o paralelo que nos caracteriza.

Desde la perspectiva descrita los procesos constitucionales pueden ser exclusivos y compartidos. Los exclusivos son aquellos en cuyo conocimiento, trámite y resolución participa solo el Tribunal Constitucional o solo el Poder Judicial. De este modo son procesos exclusivos del Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el proceso competencial, mientras que es un proceso constitucional exclusivo del Poder Judicial, el proceso de acción popular.

A su turno, son procesos constitucionales compartidos, los mecanismos procesales en cuyo conocimiento, trámite y resolución participan tanto el Po-

der Judicial como el Tribunal Constitucional, aunque en distintas etapas procesales. En este escenario se encuentran los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento cuyo trámite inicialmente recae en el Poder Judicial, concluyendo allí cuando la sentencia es estimatoria. Por el contrario, cuando la sentencia resulta desestimatoria, se tendrá la posibilidad de acceder al Tribunal Constitucional, quien será en definitiva y por lo que respecta a la sede interna, el que tendrá la última palabra.

El modelo así configurado, ofrece un interesante reparto de funciones que permite que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, puedan tener su propio espacio de actuación. Y aunque se han dado casos de fricciones o enfrentamiento entre dichos organismos, tal vez generados como consecuencia del protagonismo que suele reivindicar para sí el Tribunal Constitucional y a una cierta parquedad del Poder Judicial al momento de pronunciarse sobre temas estrictamente constitucionales, los mismos no han sido frecuentes sino escasos, lo que refleja la utilidad del esquema en la forma en que ha sido concebido.

El Tribunal Constitucional peruano por lo demás, ha producido una frondosa jurisprudencia desde su entrada en funciones en 1996. Naturalmente ha experimentado etapas en que la misma ha sido mucho más discreta o restrictiva y en otras en cambio, más agresiva o dinámica. Ello ha sido producto no solo de los contextos institucionales por lo que ha tenido que atravesar, sino a su vez, por el enfoque jurídico perfilado por las diversas composiciones de los plenos que lo han venido conformando.

El balance general sin embargo, nos muestra un Tribunal con una cierta propensión al activismo en el que se aprecian creaciones que incluso van más allá de lo previsto por la Constitución y por la propia legislación procesal constitucional. Si esto en algunos casos resultó positivo o en otros, más bien polémico o negativo, depende del análisis de cada pronunciamiento y de las inevitables consecuencias generadas a la luz de los mismos.

Luis R. Sáenz Dávalos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL BOLIVIANO

La expresión Tribunal Constitucional Plurinacional es empleada, en el sistema constitucional boliviano, para denominar al máximo y supremo intérprete de la Constitución; vale decir, al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, el mismo que realiza esta labor sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En la denominación asignada al órgano contralor de constitucionalidad, la expresión “Plurinacional” tiene su fundamento en lo siguiente.

De un lado, en el nuevo modelo de organización adoptado por Bolivia que, dada su estructura social y cultural heterogénea, adopta la cualidad de Estado plurinacional, lo que significa que el Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal,

pero con el reconocimiento a esas naciones y pueblos indígenas originarios de su propio territorio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

En consecuencia, la expresión “Plurinacional”, más allá de una mera y formal denominación, significa que el Tribunal Constitucional, en su estructura institucional y orgánica refleja la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano.

De otro, por mandato del art. 1o. de la Constitución, Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. En el plano jurídico, el pluralismo significa la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos; vale decir, el sistema jurídico del Estado y los diferentes sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinas; en ese contexto el Estado reconoce y garantiza la jurisdicción indígena originaria campesina, ejercida por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, otorgándole una jerarquía igual a la jurisdicción ordinaria; pero, por mandato del art. 190.II de la Constitución, el ejercicio de esa jurisdicción tiene su límite en la Ley Fundamental del Estado y los derechos humanos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos; vale decir, sobre su derecho consuetudinario y sobre la impartición de justicia que realiza la jurisdicción indígena. En ese cometido, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá, entre otras, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la constitucionalidad de su derecho consuetudinario aplicable a un caso concreto; así como los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

En coherencia con esa cualidad descrita, el Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión de los arts. 197.I y 198 de la Constitución y 13 de la Ley núm. 027, estará integrado por siete magistradas o magistrados titulares y siete magistrados suplentes, todos ellos elegidos por voto directo con sufragio universal con criterios de plurinacionalidad, representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. Para la realización de las elecciones de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión del art. 199.II de la Constitución, habrá dos fuentes de postulación de los candidatos, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes, y la de las organizaciones de la sociedad civil, y de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

Según las normas previstas por el art. 199.I, concordante con el art. 234 de la Constitución, y el art. 17 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, para ser elegido magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional se requiere cumplir con los siguientes requisitos: *a)* contar con nacionalidad boliviana; *b)* haber cumplido treinta y cinco años de edad; *c)* haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones; *d)* no tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en mate-

ria penal pendiente de cumplimiento; *e*) no estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad previstos por la Constitución y la ley; *f*) estar inscrito en el padrón electoral; *g*) hablar al menos dos idiomas oficiales del Estado; *h*) poseer título de abogado con título en provisión nacional; *i*) tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, y *j*) no haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Por previsión del art. 200, concordante con el art. 183.I de la Constitución y el art. 14 de la Ley núm. 027, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional tienen un periodo de mandato personal por seis años sin derecho a la reelección, y cesarán en sus funciones por las siguientes causales: *a*) por cumplimiento del periodo de funciones o de su mandato; *b*) incapacidad absoluta y permanente declarada judicialmente; *c*) renuncia; *d*) sentencia penal ejecutoriada; *e*) pliego de cargo ejecutoriado; *f*) incurrir en alguna prohibición o causa de incompatibilidad, y *g*) otras establecidas por ley.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, según las normas previstas por los arts. 26, 27, 31, 32, y 34 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, internamente se organiza de la siguiente manera: *a*) la Sala Plena, que es la reunión de los siete magistrados titulares que la integran, para ejercer las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución y la ley; *b*) la Presidencia, ejercida por un presidente o presidenta elegido o elegida en Sala Plena mediante voto de los magistrados; *c*) tres salas especializadas, conformadas por dos magistrados titulares; el presidente o la presidenta no integra las salas especializadas; una de ellas conocerá adicional y exclusivamente las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, y *d*) la Comisión de Admisión, que estará integrada por tres magistrados que desempeñarán sus funciones en forma rotativa y obligatoria.

Por disposición del art. 196 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la misión de velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Es independiente con relación a los órganos del poder constituido.

Conforme a las competencias atribuidas por el art. 202 de la Constitución y art. 12 de Ley núm. 027, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad en los siguientes ámbitos:

Control de constitucionalidad sobre las normas. Ejerce control sobre la constitucionalidad de las leyes, estatutos autonómicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y los reglamentos o resoluciones no judiciales de carácter normativo. Este control lo realiza de manera preventiva y correctiva.

a) El control preventivo o *a priori*. Este control lo ejerce a través de los siguientes procesos constitucionales: *a*) la absolución de las consultas que pue-

dan efectuar las autoridades legitimadas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; *b*) absolviendo las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; *c*) absolviendo las consultas previas que planteen las autoridades con legitimación activa sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones o convenios internacionales; *d*) absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de las preguntas del referendo; *e*) absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de los estatutos orgánicos o cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, y *f*) absolviendo la consulta sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

b) El control de constitucionalidad correctivo o *a posteriori*. Este control lo ejerce a través del conocimiento y resolución de los siguientes procesos constitucionales: *a*) la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta; *b*) la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, y *c*) el recurso contra tributos, sean impuestos, tasas, patentes o contribuciones.

c) Control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político. Ejerce este control conociendo y resolviendo los siguientes procesos constitucionales: *a*) las acciones de conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; esto es, entre los órganos del poder central; *b*) las acciones de conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional y las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas; *c*) las acciones de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y/o agroambiental, y *d*) el recurso directo de nulidad.

d) Control de constitucionalidad tutelar. Este control lo ejercen en única instancia los jueces y tribunales de garantías constitucionales, y correspondiendo al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver los siguientes procesos constitucionales: *a*) el recurso contra resoluciones legislativas, y *b*) en grado de revisión, las resoluciones dictadas en las acciones tutelares, como ser acción de libertad (hábeas corpus), acción de amparo constitucional, acción de protección de la privacidad (hábeas data), acción de cumplimiento, y acción popular.

José Antonio Rivera Santiváñez

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Hasta 1977 la Constitución mexicana eleva al rango constitucional los principios electorales, por lo que se comenzó a establecer los órganos de protección y control jurisdiccional como tribunales contenciosos electorales, y hasta 1996 hay tribunales que forman parte de la administración de justicia federal y que desarrollan la protección de derechos políticos al margen del juicio de amparo.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene encomendada, por mandato constitucional, la responsabilidad de garantizar que todos los actos y resoluciones en la materia se sujeten en forma irrestricta a los principios de constitucionalidad y legalidad, así como de tutelar de manera

efectiva los derechos político-electorales de votar, ser votado, y de asociación y afiliación políticas.

El Tribunal se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, correspondientes a las cinco circunscripciones en que se divide el país para efectos electorales.

A la Sala Superior le corresponde conocer de diversos tipos de controversias además de las relacionadas con los procesos electorales federales, de tal manera que conoce las impugnaciones de todos los actos del Instituto Federal Electoral realizados entre la celebración de dichos procesos y, por lo que toca al ámbito local, recibe las impugnaciones de actos de las autoridades de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios estatales o resolver las controversias que surjan, que puedan afectar el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.

A partir de la reforma constitucional y legal publicada el 22 de agosto de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se constituye no solo como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes electorales (art. 105, fracc. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino también como un órgano especializado de dicho poder.

La inclusión al Poder Judicial de la Federación generó la autonomía orgánica y funcional del tribunal, pues, por un lado, no se encuentra subordinado a algún otro órgano o institución y, por el otro, desde un punto de vista normativo y administrativo, el tribunal cuenta con facultades para expedir las normas que rijan su funcionamiento interno.

Así, dicha autonomía generó un avance fundamental en lo que a justicia electoral se refiere, pues la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el resultado de un esfuerzo por modificar un sistema de naturaleza meramente político, por la materialización de uno de naturaleza judicial-electoral.

Ejemplo de ello, lo constituye el hecho de que por primera vez en el año 2000, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, resolvió de forma definitiva e inatacable las impugnaciones que sobre la elección de presidente de la República se presentaron, realizó el cómputo final de dicha elección y formuló la declaración de validez y de presidente electo.

Actualmente, con motivo de la reforma constitucional de 2007, el legislador estableció un sistema de justicia de carácter integral y completo, pues, por un lado, descentralizó la administración de la justicia en materia electoral al otorgar la permanencia a las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, por el otro, consolidó a dicho órgano jurisdiccional como un tribunal de constitucionalidad al otorgarle la facultad de inaplicación de leyes cuando contravengan el texto constitucional.

Como se mencionó, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encuentra conformado por una Sala Superior (Distrito Federal) y cinco salas regionales (Monterrey, Guadalajara, Xalapa, Distrito Federal y Toluca) que funcionan de forma permanente.

Al respecto, la Sala Superior se encuentra integrada por siete magistrados y cada una de las salas regionales por tres magistrados. La presidencia de cada Sala es producto de la elección de sus respectivos integrantes, en tanto que la del Tribunal Electoral recae en el de la Sala Superior, por un periodo de cuatro años.

Los magistrados electorales que integran las salas Superior y regionales, son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales deberán satisfacer los requisitos previstos en la ley, que no podrán ser menores a los que se exige para ministro de la Suprema Corte (Sala Superior) y magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito (salas regionales).

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es competente para conocer de impugnaciones relacionadas con: *a)* elecciones federales de diputados y senadores; *b)* elección de presidente de la República (la Sala Superior es la única instancia); *c)* actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las anteriores; *d)* actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios y que sean determinantes para el proceso electoral; *e)* actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos; *f)* conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores, y *g)* conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores.

Asimismo, las salas del Tribunal Electoral cuentan con la facultad para resolver en el caso concreto, la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, la Sala Superior deberá informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de dichas determinaciones.

La tarea de este órgano jurisdiccional electoral está referida al análisis de los procesos electorales, a la luz de los principios electorales que se han ido incorporando al constitucionalismo mexicano desde la reforma de 1977, por tal motivo el Tribunal Electoral conoce del sistema de nulidades. Las nulidades de las que conoce este órgano jurisdiccional, respecto a la contravención a la ley, provocan la anulación de los actos controvertidos, sin embargo, cuando se refiere a la contravención a la Constitución política, el Tribunal puede, como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declarar nula y sin efectos la ley, no solo un acto. Ese es el control constitucional en materia electoral que implica que no solo es la ley la que importa, sino los principios inmersos en la Constitución.

Manuel González Oropeza

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (SALA SUPERIOR)

La justicia electoral como la conocemos es de reciente creación. De hecho, desde los inicios del México independiente y hasta hace relativamente pocos años, no existía un órgano jurisdiccional encargado de dirimir controversias electorales y calificar las elecciones, ni se consideraban los derechos político-electorales como derechos fundamentales.

No obstante, el 11 de abril de 1874, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encabezada por el jurista José María Iglesias como su presidente, sostuvo durante un tiempo, que el máximo tribunal contaba con facultades para resolver conflictos de índole político-electoral; específicamente señaló que el juicio de amparo procedía en contra de los actos dictados por autoridades ilegítimas, entendiéndose por tales, las que desempeñaran cargos públicos sin haber resultado electas, o que en los comicios respectivos, hubiera sido infringido algún precepto constitucional, dando así inicio a la tesis sobre la ilegitimidad o “incompetencia de origen”.

Posteriormente, Ignacio L. Vallarta asumió la presidencia del Alto Tribunal, y sostuvo que dicho órgano jurisdiccional no podía conocer sobre la referida cuestión, debido a que existe una diferencia entre competencia y legitimidad, además de que la Constitución federal únicamente preveía el primero de los requisitos aludidos, con lo que se marcó la pauta para rehusar el conocimiento de asuntos de corte político-electoral, dando inicio a la tesis de la improcedencia del juicio de amparo en dicha materia.

Clausurada esta vía, el máximo tribunal de nuestro país tuvo algunas oportunidades de defender los derechos político-electorales sin mucho éxito. Una de ellas fue en 1917, dado que en la carta magna, específicamente en el artículo 97, se le dio la facultad de investigar, entre otras cuestiones, hechos que pudieran constituir violaciones al voto público. Sin embargo, en diversos momentos decidió no inmiscuirse en este tema, sosteniendo que “semejante intervención la llevaría a convertirse en dictador de las cuestiones políticas, con incalculables consecuencias” (Petición 86/52).

Asimismo, en 1977, se reformó el precepto referido ampliando dicha facultad investigadora, y a su vez se modificó el artículo 60 constitucional, el cual instauró el recurso de reclamación mediante el cual, se podía acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de controvertir las decisiones adoptadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, relativas a la calificación de la elección de sus propios miembros, pero sus resoluciones no eran vinculantes.

Fue a partir de 1987, con la creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral (Tricoel), que se sentaron las bases del sistema de justicia electoral que tenemos hoy en día. De su nombre, se aprecia que dicho organismo era parte de la justicia administrativa que derivó de la doctrina francesa del control jurisdiccional de los actos administrativos, constituyendo así el primer órgano jurisdiccional especializado en la materia, lo cual fue un primer paso para su consolidación.

En 1990, se creó el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Federal Electoral (Trife), los cuales tuvieron mayores atribuciones y autonomía para resolver conflictos en la materia. Sin embargo, en ciertos casos, sus resoluciones todavía podían ser modificadas por los colegios electorales.

En 1993, el Tribunal adquirió su plena autonomía ya que se dio fin a la autocalificación que llevaban a cabo los diputados y senadores mediante los colegios electorales, consolidándose como un auténtico tribunal administrativo.

Posteriormente, en 1996 se registró un cambio importante, al incorporarse este órgano jurisdiccional de índole administrativa al Poder Judicial de la

Federación, abandonando la configuración contenciosa administrativa francesa, y uniéndose a la tendencia contemporánea de la judicialización de los procedimientos contenciosos electorales, la cual opta por un sistema de medios de impugnación, que garantiza la regularidad de los actos de las autoridades electorales.

En ese momento, la justicia electoral en México había pasado de ser prácticamente inexistente, a tener un Tribunal Supremo, que conforme al recién reformado artículo 99 constitucional, cuenta con la facultad de resolver de forma definitiva e inatacable: *a)* impugnaciones atinentes a los comicios federales de diputados y senadores; *b)* controversias relativas a la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo la facultad de realizar el cómputo final de la misma, así como la declaración de validez de la elección y de presidente electo; *c)* planteamientos sobre actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones; *d)* violaciones de actos o resoluciones que afecten los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación; *e)* conflictos laborales entre el Tribunal, el Instituto Federal Electoral con sus respectivos servidores, y *f)* la determinación e imposición de sanciones en la materia.

En 2007, se dio otro gran paso, ya que el Tribunal Electoral se incorporó como una nueva magistratura constitucional y además, se le dio permanencia a las salas regionales, garantizando así un mejor acceso a la justicia y ejerciendo un control integral de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades electorales, al tener la facultad de inaplicar leyes en materia electoral en casos concretos por estimarlas inconstitucionales.

En la actualidad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es, con excepción del control abstracto de constitucionalidad que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante las acciones de inconstitucionalidad, la máxima autoridad y órgano jurisdiccional especializado en la materia.

Este órgano encargado de la justicia electoral, se encuentra conformado por una Sala Superior y cinco salas regionales, cuyos miembros son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte. La primera está integrada por siete magistrados electorales, que duran en su encargo nueve años improrrogables, mientras que las segundas están integradas por tres con la misma duración en su encargo.

Es importante destacar, que el sistema de medios de impugnación en materia electoral, está conformado por auténticos medios de control de constitucionalidad que constituyen verdaderas garantías constitucionales electorales.

Asimismo, resulta relevante señalar que en este caso la administración y vigilancia del Tribunal no está encargada al Consejo de la Judicatura Federal, sino que cuenta con una Comisión de Administración, integrada por el magistrado presidente del Tribunal, un magistrado electoral el cual es nombrado por insaculación, y tres miembros del propio Consejo.

El 10 de julio de 2011, se dio una importante reforma que modificó diversas disposiciones constitucionales, pero en especial el artículo 1o., al incorporarse la interpretación *pro persona*, la cual obliga a las autoridades electorales a utilizar la interpretación más amplia en beneficio de los justiciables.

Esta modificación a la carta magna logró cambiar el alcance de la defensa de los derechos fundamentales, al establecer determinados criterios interpretativos para su efectiva protección, al tiempo que señala la manera en que las autoridades deben efectuar dicha labor.

Como se aprecia, es notable el cambio que ha tenido la justicia electoral en nuestro país, ya que pasó de ser prácticamente inexistente, a tener un órgano jurisdiccional especializado del Poder Judicial de la Federación, que en unos cuantos lustros, ha logrado consolidarse ejerciendo un control de constitucionalidad y de convencionalidad por inaplicación de las leyes electorales, en casos concretos, y que garantiza la legalidad de todos los actos y resoluciones electorales.

José Alejandro Luna Ramos

TRIBUNAL (SALA) CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA

Venezuela no cuenta con un Tribunal Constitucional autónomo sino con una Sala Constitucional que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en conjunto con las demás salas previstas constitucionalmente: Político Administrativa, Electoral, de Casación Social, de Casación Civil y de Casación Penal. Los magistrados y magistradas de todas estas seis salas del TSJ, incluyendo la Constitucional, integran la Sala Plena del TSJ. En principio, cada una de las salas del TSJ tiene asignadas sus competencias propias y delimitadas, no debiendo existir una relación jerárquica entre las mismas.

La Sala Constitucional es el tribunal de máxima jerarquía que ejerce jurisdicción constitucional, la cual incluye el control concentrado (abstracto) de constitucionalidad de todos los actos que se dictan en ejecución directa de la Constitución, y la revisión en última instancia de las decisiones dictadas por otros tribunales sobre acciones de amparo constitucional y de control difuso (concreto) de constitucionalidad. En efecto, el artículo 336 de la Constitución venezolana vigente desde 1999 dispone que:

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley”.

Como tribunal constitucional, la Constitución dispone expresamente, que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del TSJ y los demás tribunales de la República. Por vía de interpretaciones constitucionales vinculantes dictadas por esa misma Sala Constitucional, y por vía de desarrollos legislativos, en concreto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia promulgada en 2010, a la Sala Constitucional se le han otorgado potestades que permiten, en la práctica, ejercer una superioridad jerárquica determinante —a menudo objeto de excesos— incluso sobre las demás salas del propio TSJ. Por ejemplo, por vía jurisprudencial se creó un *recurso extraordinario de revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes*, de aquellas dictadas por otras salas del TSJ, mediante el cual pueden ejercer el control sobre todas las sentencias dictadas por cualquier tribunal de la República —sin lapso de caducidad para el ejercicio de dicho recurso—. Igualmente, por vía legislativa, se introdujo la institución procesal del *avocamiento*, por medio del cual la Sala Constitucional, incluso de oficio, puede retirar el conocimiento de un caso a cualquier tribunal competente de la República, incluyendo a las demás salas del TSJ, para conocerlo y decidirlo ella. Aunque estos recursos y solicitudes son de naturaleza extraordinaria, es evidente los problemas que conllevan de violaciones a las garantías fundamentales del debido proceso, incluida el juez natural.

Por estas razones, en la práctica (de constitucionalidad cuestionable) la Sala Constitucional del TSJ ostenta una firme posición de jerarquía por encima de todos los demás tribunales de la República, incluyendo las demás salas del TSJ.

TRIBUNALES

Los tribunales son órganos centrales del sistema jurídico, encargados de resolver las controversias jurídicas que les plantean los ciudadanos y las autoridades públicas, así como de dar una interpretación definitiva a la Constitución, las leyes y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista idiomático, se trata de un nombre genérico que comprende otras denominaciones como las de “corte” (*court*) —usual en nuestra tradición jurídica para referirse solo a los órganos jurisdiccionales superiores o de máxima jerarquía (Suprema Corte, Corte Constitucional, Corte de Apelaciones)— y de “juzgado”, que se aplica regularmente a los órganos jurisdiccionales de carácter unitario y menor jerarquía. Si bien los tribunales en sentido estricto tienden a ser *órganos colegiados*, compuestos por varios juzgadores o por varias salas (unitarias o colegiadas), también puede hablarse de tribunales unitarios (por ejemplo, los Tribunales Unitarios de Circuito del Poder Judicial de la Federación).

Los tribunales pueden ser estudiados como *institución* y como *organización*. La dimensión institucional de los tribunales se refiere a las *funciones sociales* que desempeñan. Tales funciones pueden ser muy diversas, pero siguiendo a Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) podemos hablar de tres funciones últimas: orientación de la conducta, tratamiento de los conflictos declarados y legitimación del poder.

Tratándose de los tribunales, tiene prioridad lógica el *tratamiento de los conflictos declarados*. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque en muchas ocasiones la intervención judicial no los resuelve, sino que pueden persistir e incluso agudizarse. Por otro lado, una proporción importante de los asuntos que llegan a tribunales no son conflictos en un sentido real, es decir, que una de las partes no controvierte u opone resistencia a las pretensiones de la otra. En muchos casos, los tribunales cumplen, por tanto, funciones que podríamos denominar “administrativas” o “notariales”. Sin embargo, aún en esos casos, el tribunal solo puede procesar el asunto si se plantea como *controversia jurídica* entre dos partes. Podríamos decir, entonces, que los tribunales resuelven o procesan controversias jurídicas o litigios, aunque no necesariamente se trate de conflictos sociales genuinos.

La *orientación de la conducta* es una función general del derecho y particular de los tribunales. Por un lado, a través de sus resoluciones los tribunales fijan el comportamiento que deben observar las partes de la controversia a partir de la resolución. Por otra parte, envían señales a los terceros sobre la resolución que dictarían en casos iguales o similares, lo que puede influir de manera indirecta en su comportamiento. En 1979, Robert Mnookin y Lewis Kornhauser publicaron un estudio ya clásico bajo el título “Negociando bajo la sombra de la ley: el caso del divorcio”. Con la expresión “sombra de la ley” hacían referencia al hecho de que los términos en que negociaban entre sí las parejas en proceso de divorcio se veían afectados por los pronunciamientos de los tribunales en anteriores juicios contenciosos. Al seguir el principio fundamental de “igual trato a los asuntos iguales”, los tribunales crean *seguridad jurídica*, es decir, certeza de orientación para quienes no han sido parte en un litigio. Por

la misma razón, casi todos los sistemas judiciales cuentan con mecanismos para resolver de manera definitiva las contradicciones en que pueden incurrir entre sí los órganos jurisdiccionales.

Los tribunales *legitimán el poder*, primero, en la medida en que se trata de una vía institucional prevista en el orden jurídico vigente y que excluye la “justicia por propia mano”; segundo, porque sus resoluciones cuentan, en principio, con respaldo y consenso sociales; tercero, en cuanto dan *forma* y *permanencia* a los actos del poder.

Los tribunales son también *organizaciones*. Una organización consiste en un conjunto de *funciones* o *roles especializados* que se articulan o interrelacionan en vista de un objetivo común. De acuerdo con esta definición, un tribunal está compuesto por un conjunto de roles especializados (jueces, secretarios, actuarios, oficiales judiciales, etcétera) que se articulan para producir resoluciones jurisdiccionales a través de un procedimiento jurídicamente regulado. A la pregunta de por qué la resolución de controversias jurídicas asume una *forma organizada*, Niklas Luhmann (*El derecho de la sociedad*, 2002) responde que de esa manera se garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los jueces, reguladas por un estatuto especial, la primera de las cuales es la *prohibición de denegación de justicia*. Mientras otros órganos jurídicos no tienen obligación de crear derecho —los legisladores no están obligados a legislar ni los particulares a celebrar contratos—, los tribunales *deben* dar respuesta jurídica a toda demanda que se les plantee bajo pena de incurrir en responsabilidad.

Si bien cada tribunal es en sí mismo una organización, los tribunales tienden a formar parte de una organización más amplia, compuesta por órganos jurisdiccionales de diverso tipo y nivel, a la que se denomina Poder Judicial o Rama Judicial. En el mundo contemporáneo existen varios modelos o tipos de organización judicial. Se puede hablar así de organizaciones judiciales *unitarias*, *bifurcadas* o *segmentadas*.

Una organización judicial es unitaria si incorpora en una misma jerarquía a todos los tribunales y órganos jurisdiccionales que forman parte del mismo ordenamiento. Esto puede ocurrir inclusive si estos órganos son autónomos o pertenecen formalmente a otro poder, pero se encuentran sometidos a la autoridad de un solo tribunal máximo, como sucede en México con el Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia, a los cuales están sometidos los demás órganos jurisdiccionales a través del juicio de amparo.

Son bifurcadas las organizaciones judiciales que siguen el modelo francés de separación entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa. La primera es encabezada por la Corte de Casación y la segunda por el Consejo de Estado. Se trata de dos ramas jurisdiccionales completas e independientes entre sí.

Podemos hablar de organizaciones judiciales segmentadas como en el caso de la República Federal de Alemania, que cuenta con *cinco* ramas jurisdiccionales ordinarias, cada una con una jerarquía completa de tribunales y un órgano máximo de carácter federal: civil y penal, laboral, administrativa, social y financiera. Cuenta además con otros tribunales especializados, como la jurisdicción constitucional y la de marcas y patentes.

Desde el punto de vista de la jerarquía, lo habitual es que una organización judicial nacional esté compuesta de tres a cuatro niveles: juzgados menores (por ejemplo, “juzgados de paz”, “juzgados municipales”), juzgados o tribunales de primera instancia, tribunales de apelación y tribunales supremos (con funciones de casación o revisión).

En una organización judicial no solo se dan relaciones de distinto tipo entre los órganos jurisdiccionales que la componen, sino también con otras organizaciones, como los Consejos de la Judicatura (formen o no parte del Poder Judicial), los ministerios y las procuradurías de Justicia, las defensorías públicas y los colegios de abogados. Debido a la complejidad de estas relaciones, los tribunales no tienen control pleno sobre los procedimientos que tienen responsables de llevar, sino que su desempeño depende en buena medida del funcionamiento de las relaciones interorganizaciones.

Héctor Flix-Fierro

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (FUNCIONES ULTERIORES)

A los tribunales constitucionales, debido a su carácter de órganos imparciales, se les han ido atribuyendo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, funciones ulteriores, además del control de constitucionalidad y de las tareas de naturaleza arbitral, como la solución de conflictos de competencia entre entes, típicos de los ordenamientos descentralizados (entre Estado y regiones o entre regiones en Italia, entre *Bund* y *Länder* en Alemania, entre Estado y Comunidades Autónomas en España) y la decisión de los conflictos entre los órganos o poderes del Estado (Italia, España, Bolivia, Costa Rica, Chipre, etcétera).

En primer lugar, puede tratarse de tareas dirigidas a garantizar la continuidad en el desempeño de determinados mandatos, como la verificación del impedimento, temporal o permanente, de los sujetos titulares de determinados cargos, especialmente los jefes de Estado, y el examen de los requisitos necesarios para el *interim*. Estos tribunales a menudo participan en los procesos de *impeachment* a los presidentes, ministros u otros órganos constitucionales, con funciones consultivas, de decisión o de garantía.

En segundo lugar, a dichos órganos se puede encomendar la comprobación de la regularidad de procedimientos electorales —presidenciales o parlamentarios, pero también administrativos—, la convalidación de los resultados o la resolución de los eventuales conflictos; en Italia, a la Corte Constitucional se le remite la admisión de las preguntas de los referéndums de tipo abrogativo.

En tercer lugar, se puede tratar de funciones relacionadas con la defensa del ordenamiento democrático, sintomáticas de las denominadas «democracias protegidas». En esta categoría hay que situar la ilegalización de los partidos (normalmente llamados “anti-sistema”) que, por sus objetivos y su actuación, ponen en riesgo la permanencia del ordenamiento (por ejemplo, en Alemania, Portugal, etcétera).

También los presupuestos de los partidos pueden ser sometidos al control de algunos tribunales constitucionales.

Además, si no se considera una función ulterior la decisión de los recursos individuales en casos de lesión de derechos fundamentales (recurso de amparo y *Verfassungsbeschwerde*), es única la competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán para declarar la pérdida de los derechos fundamentales de un sujeto que haya abusado de ellos para contrastar el ordenamiento.

Finalmente, a los tribunales constitucionales se les puede involucrar en los procedimientos de reforma constitucional: en estos casos, se les atribuye la iniciativa, una función consultiva o el control de constitucionalidad, preventivo o sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile, Moldavia, Ucrania, etcétera), lo que se puede considerar función “ulterior” tanto haciendo referencia al núcleo originario de las competencias, como desde el punto de vista sustancial, puesto que consiste en la verificación de que se haya respetado la voluntad del Poder Constituyente por parte de la reforma.

Sabrina Ragone

V



VISITADURÍA EN LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL

La Visitaduría General (VG) es uno de los órganos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) que primordial, pero no exclusivamente, tiene por objeto integrar las investigaciones relativas a presuntas violaciones a los derechos humanos y determinarlas en la forma de *i*) proyecto de recomendación; *ii*) acuerdo de conclusión por no tratarse de violaciones a los derechos o por haberse resuelto en el trámite, o bien en la de *iii*) acuerdo de solución amistosa (art. 16, fr. III, RCDHDF).

Para integrar las investigaciones, los visitadores tienen facultades para: *i*) llevar a cabo inspecciones o visitas; *ii*) solicitar informes a las autoridades involucradas o bien a otras que puedan auxiliar en la investigación; *iii*) comparecer a servidores públicos; *iv*) citar y entrevistar a peritos o testigos; *v*) llevar a cabo inspecciones oculares, auditivas y de identificación; así como *vi*) todas aquellas diligencias que sean necesarias para la investigación de hechos presuntamente violatorios de derechos humanos.

Además, para el desarrollo integral del mandato de promover y proteger los derechos humanos de la CDHDF, a los VG se les pueden asignar por el presidente asuntos especiales de manera discrecional y tienen atribuciones para, entre otros: *i*) denunciar ante los órganos competentes a los servidores públicos que obstaculicen la investigación con el objeto de que sean sancionados; *ii*) solicitar a las autoridades competentes medidas precautorias, de conservación o de restitución para evitar violaciones irreparables; *iii*) en casos urgentes, solicitar a autoridades federales y de los estados de la República que se adopten dichas medidas; *iv*) iniciar investigaciones de oficio, elaborar pronunciamientos generales, proponer proyectos de modificaciones de leyes, reglamentos y de prácticas administrativas para mejorar la protección de los derechos humanos; *v*) proponer programas preventivos, y *vi*) elaborar proyectos de propuesta general, informes especiales o acuerdos de no responsabilidad.

Las VG, en el ámbito de sus competencias, como el resto de las autoridades del país están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Ello implica que en el marco de las competencias el o la VG debe interpretar las normas en favor de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, mantener un diálogo con organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, autoridades en todos los niveles de gobierno, así como también participar en actividades de divulgación y en las discusiones en favor de la protección de la persona.

Conforme a la legislación aplicable, los VG pueden llevar a cabo actividades académicas, pero no pueden desempeñar ningún cargo, comisión o empleo público o privado o ejercer libremente su profesión. Los visitadores tampoco pueden ser detenidos, sancionados o juzgados por opiniones ni recomendaciones que emita ni tampoco por actos realizados en ejercicio de sus facultades.

Actualmente, la CDHDF cuenta con cinco visitadurías generales que se identifican numéricamente, sin embargo, se podrán crear nuevas según se haga

necesario para brindar una mejor atención a las víctimas. Las visitadurías, por así haberlo dispuesto el presidente de la institución, se especializan en los siguientes temas: violaciones a los derechos humanos por autoridades de seguridad pública y procuración de justicia (Primera VG); debido proceso y derechos de las personas privadas de libertad (Segunda VG); derechos económicos, sociales, culturales y medio ambientales (Tercera VG); derechos de grupos específicos y violaciones graves a los derechos humanos (Cuarta VG) y derechos humanos laborales (Quinta VG).

El presidente de la CDHDF nombra libremente a los VG, quienes deberán ser nacionales mexicanos, tener más de treinta años, no haber sido condenados por delito intencional o doloso y gozar de buena reputación, probidad y reconocido prestigio público. Por lo menos el 50% de los visitadores deberán contar con el título de licenciado en derecho y al menos tres años de desempeño profesional.

Cada VG se integra por el o la titular, dos direcciones de área, visitadores y visitadoras adjuntas, así como el personal técnico y administrativo para llevar a cabo sus funciones.

El antecedente de la palabra visitaduría, como nos los recuerda José Trinidad Lanz Cárdenas, se remonta al derecho colonial, en el que se contemplaba a las “visitas” como un procedimiento mediante el cual se fiscalizaba a los oficiales reales contra conductas indebidas. Se trataba de inspectores enviados desde la península a los virreinos o capitanías generales para verificar la actuación de las autoridades, incluidos virreyes. En otras palabras, las visitas eran una función de gobierno que supervisaba a otras autoridades e informaba al más alto representante si los inspeccionados se habían ajustado a sus mandatos legales, o habían actuado indebidamente.

La figura de visitador se incorporó en la legislación que regula las comisiones públicas de derechos humanos cuya primera expresión a nivel federal fue de una dependencia de la Secretaría de Gobernación. Tenía sentido denominarle visitadores a los funcionarios de una oficina gubernamental cuya función era la de vigilar la actuación de las demás dependencias del propio Poder Ejecutivo. En el marco del sistema ombudsman vigente, la denominación de visitadores no refleja integralmente la complejidad de las atribuciones y funciones conferidas a los altos funcionarios de instituciones autónomas. Es más adecuado el nombre de defensor adjunto, adjuntía o defensoría delegada, que emplean en otros países como por ejemplo Argentina, Colombia, España y Perú, para el personal responsable de tramitación de quejas.

En México, se cuenta con 32 instituciones defensoras de derechos humanos, una federal y 31 de los estados y el Distrito Federal, que se denominan Comisiones de Derechos Humanos. Gozan de autonomía de gestión, presupuestaria, así como también de personalidad jurídica y patrimonio propios. La autonomía implica que, entre otros, el nombramiento de los presidentes se haga por los congresos locales, en el caso del Distrito Federal, por la Asamblea Legislativa, a través de procesos transparentes en los que se debe consultar a la sociedad civil.

Conforme a la Constitución, los organismos protectores de derechos humanos conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de la autoridad

administrativa (se excluyen a las cuestiones electorales y jurisdiccionales) y podrá formular recomendaciones no vinculantes, denuncias y quejas ante otras autoridades. En concordancia con los Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos o mejor conocidos como Principios de París, la CDHDF tiene como objeto la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico mexicano.

José Antonio Guevara Bermúdez

W



WRIT OF CERTIORARI (AUTO DE AVOCACIÓN) ANTE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Una de las peculiaridades del sistema judicial de los Estados Unidos de América en comparación con la mayoría de los demás sistemas jurídicos es el carácter discrecional de la jurisdicción de la Corte Suprema de aquel país. Casi todos los casos que se conocen por la Corte Suprema de los Estados Unidos llegan a ella por su jurisdicción discrecional. El mecanismo por el cual la Corte Suprema acepta conocer de estas causas es el auto de avocación. El recurso de *certiorari* técnicamente es una orden a un tribunal inferior para que entregue el expediente a la Corte Suprema para que esta pueda examinar la decisión del tribunal inferior. Un auto de avocación puede ser enviado a un tribunal federal de apelaciones o a un tribunal de último recurso del estado.

Con excepción de una pequeña área de jurisdicción original y una pequeña área de jurisdicción de apelación obligatoria, los asuntos que atiende la Corte se componen de los casos que se compromete a escuchar bajo su apelación discrecional o jurisdicción *certiorari*. En este último periodo de la Corte Suprema, todos los 78 casos resueltos llegaron a ella por medio de su jurisdicción *certiorari*.

La jurisdicción de apelación discrecional de la Corte Suprema se extiende a los casos de tribunales federales de apelaciones y a algunos casos del tribunal de última instancia de un estado. Los casos de los tribunales federales de apelación por lo general vienen a la Corte Suprema solo después de que ha habido una decisión por parte del tribunal de apelación. La Corte Suprema técnicamente podrá conceder el recurso una vez que la apelación ha sido presentada en el tribunal de apelación, pero esto es un caso muy raro. Con el fin de buscar el recurso de *certiorari* para revisar una decisión de un tribunal estatal, la decisión objeto de revisión debe haberse basado en la ley federal. Si la decisión se basa en motivos de la ley estatal “adecuados e independientes”, entonces no será elegible para la revisión de la Corte Suprema; esto es debido a que los tribunales estatales de última instancia son los árbitros judiciales finales de la interpretación de sus leyes estatales; las cortes federales, incluida la Corte Suprema de los Estados Unidos, no tienen conocimientos especiales o poder sobre la ley del estado (en oposición a la ley federal).

La decisión de si procede o no conceder el recurso de *certiorari* se basa exclusivamente en el criterio de la Corte. El carácter discrecional de la jurisdicción *certiorari* de la Corte refleja el papel fundamental y limitado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. No es un tribunal de apelación ordinario que busca obtener justicia en casos individuales; en cambio, la Corte se centra más en el interés general de los temas y con la consecución de la uniformidad de la ley federal. Al final del día, el extraordinario nivel de control que tiene sobre sus propios asuntos le concede a la Corte la facultad de definir su propio papel institucional.

La regla 10 de las Reglas de la Corte Suprema establece algunas de las razones que justifican la concesión de la solicitud de *certiorari*. Entre ellas se encuentran: cuando hay una división de autoridad en una importante cuestión federal entre los tribunales de apelaciones y/o los tribunales estatales de última instancia, y cuando una sentencia de primera instancia se ocupa de una cues-

tión importante de la ley federal, que no ha sido, pero que debería ser resuelta por la Corte Suprema. La regla 10 afirma que las bases establecidas para el otorgamiento del recurso no son “ni el control ni una medición completa de la discreción de la Corte”, reforzando así el carácter discrecional del auto.

Técnicamente, la denegación de la solicitud de *certiorari* no debe interpretarse como una expresión de la opinión de la Corte en cuanto a los méritos del caso. La negación del recurso no puede ser utilizada para apoyar la tesis de que algunos de los ministros o magistrados consideran que el caso fue decidido correctamente en primera instancia.

Las Reglas de la Corte Suprema limitan la longitud de una petición de auto de avocación a 9,000 palabras, y la Corte insta a los peticionarios a ser lo más concisos posible. El tiempo para la petición para el auto de avocación es de 90 días después de la entrada de la sentencia de la instancia precedente. Las normas establecen que el demandado podrá presentar un escrito de oposición dentro de los 30 días después de protocolizado el caso. El escrito de oposición también está limitado a 9,000 palabras. El solicitante tiene entonces la opción de presentar un escrito de réplica, limitado a 3,000 palabras de extensión. Cualquiera de las partes podrá presentar un escrito complementario en cualquier momento mientras la petición se encuentre pendiente de resolución, con el fin de atraer la atención de la Corte a información que no estaba disponible en el momento de la última comunicación de la parte.

El método por el que los ministros o magistrados han revisado las peticiones para un auto de avocación ha cambiado con el tiempo. Originalmente, el presidente del Tribunal Supremo proporcionaba resúmenes de los hechos y de las cuestiones planteadas en cada caso, que luego eran discutidos en una conferencia entre los ministros o magistrados. En 1935, el presidente del Tribunal Supremo, Hughes, introdujo lo que se llamó la “lista muerta” —una lista de los casos que no se discutirían por los ministros o magistrados en el pleno—. Debido a que no todos los casos serían revisados en el pleno, los ministros o magistrados comenzaron a confiar más en sus secretarios de estudio y cuenta para redactar los memorandos sobre las peticiones de *certiorari*.

Hoy en día, la mayoría de los jueces revisan las solicitudes de *certiorari* por medio de la “bolsa de *certiorari*”. La bolsa de *certiorari* fue sugerida por primera vez por el ministro Powell en 1972 para aliviar la carga de los ministros o magistrados y su personal. Bajo la bolsa *certiorari*, los ministros o magistrados dividen las peticiones entre todos sus secretarios de estudio y cuenta. Cada secretario prepara un breve memorándum que resume la petición y hace una recomendación sobre si se debe conceder o no el recurso. Estas notas, a su vez, se distribuyen a todos los ministros o magistrados. Sobre la base de estos memorandos, el presidente del Tribunal Supremo hace circular a los demás ministros o magistrados una “lista de discusión” de los casos que se abordarán en el pleno. Otros ministros o magistrados pueden añadir casos adicionales a la lista de discusiones.

La decisión de conceder el recurso de *certiorari* se hace bajo lo que se conoce como “la regla de los cuatro” —el recurso se concederá si cuatro de los nueve ministros o magistrados están de acuerdo—. Aunque se trata de una regla informal, está firmemente arraigada en el procedimiento de la Corte Suprema.

La notificación tanto de la concesión como de la denegación de la solicitud de *certiorari* son asuntos técnicos y concisos; el Tribunal solo emite una orden declarando que el recurso se concede o se deniega. Una negación no va acompañada de ninguna explicación o justificación, aunque en casos muy raros uno o más de los ministros o jueces podrá emitir un voto particular que disiente de la denegación de la petición. El peticionario podrá presentar una moción para una nueva audiencia sobre la denegación de un recurso de *certiorari*. Sin embargo, casi nunca se conceden tales mociones.

Hay una cierta crítica de lo que se ha denominado la “contracción de la agenda plenaria”. Los académicos han atribuido el descenso en el número de casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia a una serie de factores —incluyendo una reducción drástica de la jurisdicción de apelación obligatoria de la Corte, la bolsa *certiorari* y la composición ideológica de los jueces—. Sin embargo, a menos que el Congreso actuara para restaurar parte de la jurisdicción de apelación obligatoria de la Corte, el recurso de *certiorari* sigue siendo el mecanismo principal por el cual la Corte Suprema revisa las decisiones, y su discrecionalidad se mantiene prácticamente absoluta.

Toni Jaeger-Fine

(traducción de María de la Concepción Vallarta Vázquez)